

filat der Handels- und Gewerbekammer für Osterreich unter der Ems, wonach die Fabriken der Widerklägerin zu den größten Etablissemerten dieser Art in Osterreich-Ungarn gehören), zu verneinen. (Vgl. auch Dunant, *Traité des marques de fabriques*, pag. 139.) Von jenem Grundsätze aus aber muß die Widerklägerin als die wahre Berechtigte an der schweizerischen Marke „Apollo“ erklärt werden, und es ist daher ihre Widerklage begründet; denn die Zulässigkeit einer Klage auf Löschung einer eingetragenen Marke und Verbot des weiteren Gebrauches unterliegt keinem Zweifel.

6. Da die Widerklage somit schon von dem von der Widerklägerin in erster Linie geltend gemachten Standpunkt aus gut-zuheissen ist, braucht auf ihre zweite, mehr nur nebensächlich herbeigezogene Begründung nicht eingetreten zu werden, zumal diese Begründung heute vom Vertreter der Widerklägerin nicht vorgetragen worden ist.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Klägerin und Widerbeklagten wird als unbegründet abgewiesen, und das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 21. September 1900 wird somit in allen Teilen bestätigt.

III. Obligationenrecht. — Code des obligations.

84. Urteil vom 5. Oktober 1900
in Sachen Dodel gegen Grether & Cie.

Werkvertrag. (Erstellung eines Hauses.) — Heimschlagsrecht. — Mängel des angewiesenen Baugrundes. Schadenersatzpflicht des Bauunternehmers gemäss Art. 358, O.-R., von ihm zu verlangende Sorgfalt. Tragweite des Art. 364, Abs. 3 eod., Erhöhung des Werklohnes bei ausserordentlichen, nicht voraussehbaren Umständen. — Causalzusammenhang zwischen der behaupteten vertragswidrigen Bauausführung und dem Schaden. — Mass des Schadenersatzes.

A. Durch Urteil vom 10. Mai 1900 hat die I. Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

Die Klägerin und Widerbeklagte wird verpflichtet, an den Beklagten und Widerkläger 18,391 Fr. 30 Cts. nebst 4% Zinsen von 5000 Fr. seit 28. August 1897, von 2000 Fr. seit 13. Oktober 1897 und von 11,391 Fr. 30 Cts. seit 8. Oktober 1896 zu bezahlen. Die Mehrforderung des Beklagten und Widerklägers wird abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht erklärt.

Der Beklagte und Widerkläger beantragt, daß allen in seiner Eingabe an die Vorinstanz vom 31. Januar 1900 und in der mündlichen Verhandlung vom 8. März gestellten Anträgen act. Nr. 269 und 277 in vollem Umfange entsprochen werde, und daß daher das Urteil wie folgt abgeändert werde:

Die Klägerin und Widerbeklagte wird verpflichtet, an den Beklagten und Widerkläger 36,305 Fr. nebst nachbezeichneten Zinsen zu bezahlen, nämlich:

- a) Fr. 13,913 70 für die Kosten richtiger Fundamentpfeiler (anstatt bloß 7000 Fr.) nebst Zins à 4% von 5000 Fr. seit 20. August 1897 und von 8913 Fr. 70 Cts. seit 13. Oktober 1897;

Fr. 13,913 70 übertrag.

- Fr. 13,913 70 Übertrag.
- b) Fr. 6,000 — für die Kosten richtiger Entwässerung in oder beim Grundstück des Prof. Dodel, nebst Zins à 4 % vom Tage der Auslage an (welche Post von der Vorinstanz ganz verworfen wurde);
- c) Fr. 6,000 — für Reparaturkosten nebst Zins à 4 % seit 8. Oktober 1896;
- d) Fr. 10,000 — (anstatt bloß 5000 Fr.) für Minderwert der Liegenschaft, indirekten Schaden, Inkonvenienzen etc., nebst Zins à 4 % seit 8. Oktober 1896;
- e) Fr. 391 30 als Ersatz der Kosten der Expertise zum ewigen Gedächtnis, nebst Zins à 4 % seit 8. Oktober 1896;
- zus. Fr. 36,305 — nebst Zinsen.

Eventuell solle das Dispositiv dahin abgeändert werden, daß die Urteilssumme von 18,391 Fr. 30 Cts. um 2199 Fr. (1881 Fr. + 318 Fr.) erhöht werde auf 20,590 Fr. 30 Cts. nebst Zinsen, indem: ad 1 a oben eventuell nicht nur 7000 Fr. laut Erwägung 11 zu bezahlen wären, sondern 8881 Fr. nebst Zins à 4 % von 5000 Fr. seit 20. August 1897 und von 3881 Fr. seit 13. Oktober 1897, d. h. es habe die Klägerin auch die in der Affordsumme enthaltenen 1881 Fr. für die ursprünglichen drei unnützen Pfeiler zurückzuerbüßen, nicht nur die 7000 Fr., welche die nachträgliche Arbeit mehr kostete als anfänglich richtige. Ad 1 b müsse die Klägerin dem Beklagten eventuell ferner mindestens die 318 Fr. nebst Zins à 4 % seit 30. April 1899 (Tag der Schlusszahlung an die Affordsumme act. 27) zurückzuerbüßen, welche in Post 26 des Kostenvoranschlages für 3 Meter tiefe Drainage um das Haus herum vorgesehen worden und in der Affordsumme von 65,000 Fr. inbegriffen seien.

Die Kläger und Widerbeklagten beantragen dagegen:

1. Gänzliche Verwerfung der mit der Widerklage geltend gemachten Forderungen und Ansprüche des Beklagten und Widerklägers.

2. Eventuell:

- a) Streichung der Entschädigung von 5000 Fr. für Minderwert des Hauses, eventuell Herabsetzung derselben auf 500 Fr.;
- b) Streichung der Entschädigung von 7000 Fr. für Erstellungskosten der drei Betonpfeiler, eventuell Herabsetzung dieser Entschädigung auf 1000 Fr.

C. In der heutigen Hauptverhandlung erneuert der Beklagte und Widerkläger seine schriftlich gestellten Berufungsanträge und beantragt Verwerfung der gegnerischen Berufung. Der Vertreter des Klägers und Widerbeklagten beantragt Gutheißung der Berufung der Kläger und Widerbeklagten und Abweisung derjenigen des Beklagten und Widerklägers. Eventuell beantragt er, die Entschädigung von 5000 Fr. für Minderwert des Hauses, und von 7000 Fr. für Erstellung der drei Betonpfeiler auf je 2000 Fr. herabzusetzen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kläger und Widerbeklagten, A. Grether & Cie., haben dem Beklagten und Widerkläger, Professor Dodel, am 25. Mai 1893 einen Bauplatz am Abhang des Geißberges bei Zürich, in dem zur Überbauung mit Villen bestimmten „Nigiquartier“, verkauft, wobei sie Nachwährschaft wegbedangen, und sodann durch Bauvertrag vom 17. Juli gl. J. die komplette Ausführung einer Villa auf diesem Bauplatz zwischen der Nigi- und Hadlaubstraße „nach den vorliegenden und anerkannten Zeichnungen und der zugehörenden Baubeschreibung um die runde Summe von 65,000 Fr.“ übernommen. Sie verpflichteten sich zu „solider Arbeit und Verwendung nur durchaus guter Materialien“. In der genannten Baubeschreibung, welche als Bestandteil des Bauvertrages gelten sollte, ist u. a. gesagt: „Das Gebäude selbst sowohl als auch die „Verandapfeiler und Mauern sind in gehöriger Tiefe und Breite „zu fundieren, und sind die Fundamente bis Unterkante Souterrainboden bezw. Unterkante Weinkellerboden (welcher ca. 1 Meter tiefer zu legen ist) aus Portlandcement-Beton herzustellen;“ ferner: „Längs der Rückseite und den beiden Nebenseiten ist zur „Entwässerung eine Drainage, ein Meter tiefer als Kellerboden „zu machen und mit der Abzugsbohle zu verbinden.“ Nachdem Grether & Cie. ein Probelloch ausgegraben hatten, begannen sie

im Sommer 1893 mit dem Ausgraben der Fundamente, und erstellten das Haus rechtzeitig bis zum Frühjahr 1894. Am 19. März 1894 bezog der Bauherr Dodel daselbe und zahlte auch die Bausumme vollständig aus. In ihrem Kostenvoranschlag (der jedoch nicht Teil des Bauvertrages bildete) hatten die Unternehmer einen Betrag von 1881 Fr. für drei, 7,10 Meter in die Tiefe reichende Fundamentpfeiler vorgesehen, welche von ihnen auch ausgeführt wurden. Im Mai 1895 erstellten sie infolge des Zutretens von Mauerrissen an der Südwestseite des Hauses einen weitem bis in eine Tiefe von 8,26 Meter reichenden Pfeiler, wofür sie dem Bauherrn am 13. Februar 1896 Rechnung im Betrage von 889 Fr. 75 Cts. stellten. Dieser bestritt die Zahlungspflicht mit der Behauptung, die Erstellung des Pfeilers sei notwendig gewesen, weil die Unternehmer nicht solid genug fundamentiert hätten. Die Bewegung des Hauses sei auch trotz der Erstellung des Pfeilers noch nicht zum Stillstand gebracht. Im März 1896 erwirkte er die Anordnung einer Expertise zu ewigem Gedächtnis, welche im August desselben Jahres durch Professor Heim und Ingenieur Oberst Locher in Zürich erstattet wurde; dieselbe konstatierte, daß der südwestliche Teil des Hauses sich gegen Südwest langsam auswärts sinkend bewegt habe, wodurch eine Reihe von Defekten entstanden sei; die Bodenbewegung gehe langsam weiter und es bestehe die gewisse Gefahr, daß im Laufe der Zeit die Schäden sich mehren werden. Die Ursache bestehe darin, daß keinerlei rationelle Entwässerungsarbeiten ausgeführt worden seien, um vor dem Überbauen den ohnehin als gefährlich bekannten Boden zu befestigen. Am 10. Juni 1896 leiteten Grether & Cie. gegen Professor Dodel Klage auf Bezahlung ihrer Rechnung von 889 Fr. 75 Cts. ein. Nach Eingang der oben erwähnten Expertise stellte Professor Dodel mittelst Widerklage das Begehren, daß Grether & Cie. verpflichtet werden, die von Professor Heim und Oberst Locher vorgeschlagenen Entwässerungsarbeiten und drei weitere Betonpfeiler, eventuell andere, durch Expertise festzusetzende Maßregeln auszuführen, weiter eventuell dem Widerkläger die Kosten der Ausführung dieser Arbeiten zu ersetzen; ferner ihm die Kosten der am Haus und im Garten notwendigen Reparaturen, sowie die Kosten der Expertise zum ewigen Gedächtnis und des

Verfahrens vor dem Audienzrichter zu ersetzen und ihm für Minderwert seiner Liegenschaft 10,000 Fr. zu bezahlen. Auf Antrag des Widerklägers wurde (durch Gerichtsbeschluß vom 16. Februar 1897) die Erstellung der drei Pfeiler den Baumeistern Lauffer & Franceschetti in Zürich übertragen. Diese führten die Arbeit bis zum 15. September 1897 aus und stellten dafür Rechnung im Betrage von 13,913 Fr. 70 Cts. Das Bezirksgericht Zürich hat, nach Einholung eines neuen Sachverständigenutachtens (von den Herren a.-Oberingenieur Moser und Architekt Stadler), sowohl Hauptklage als Widerklage abgewiesen. Der Beklagte und Widerkläger hat gegen diese Entscheidung die Appellation an das Obergericht erklärt, und Gutheißung der Widerklage im Sinne folgender Begehren beantragt: Die Widerbeklagten seien zu verpflichten:

a) dem Widerkläger die Auslagen für die drei Betonpfeiler mit 13,913 Fr. 70 Cts. zu ersetzen und zwar mit Verzugszins zu 5 % von 5000 Fr. vom 28. August 1897 an und von 8913 Fr. 70 Cts. vom 13. Oktober 1897 an, ebenso die Auslagen für eine sachgemäße Entwässerung nach Wahl des Widerklägers entweder in seinem Grundstück oder in der Hadlaubstraße nach den Angaben der Expertise mit 6000 Fr., nebst Zins zu 4 % vom Tage der Auslage an, insofern nicht die Widerbeklagten binnen Monatsfrist von der Rechtskraft des Urteils an sich schriftlich verpflichten, die von den Experten Moser und Stadler und Locher und Heim vorgeschlagenen Entwässerungsarbeiten oberhalb der Hadlaubstraße vorzunehmen, und diese Arbeit dann nicht innerhalb sechs Monaten ausführen;

b) dem Widerkläger die bisherigen und zukünftigen Auslagen für die wegen der Rutschung nötig gewordenen Reparaturen an Haus, Garten und Einfriedung zu ersetzen, und zwar mit 6000 Fr. nebst Zins zu 4 % vom Tage der Auslage an;

c) ihm 10,000 Fr. nebst Zins zu 4 % seit 8. Oktober 1896 für Minderwert an Haus und Boden zu bezahlen;

d) ihm die Auslagen der Kosten der Expertise zu ewigem Gedächtnis mit 391 Fr. 30 Cts. und Zins zu 4 % seit 8. Oktober 1896 zu ersetzen, und ihre Auslagen für die im November 1898 angeordneten Schachtausgrabungen selbst zu tragen.

Die Vorinstanz hat diese Appellation als teilweise begründet gefunden, und darüber in dem aus Fakt. A oben ersichtlichen Sinne entschieden.

2. Da die Kläger und Widerbeklagten gegen das Urteil der ersten Instanz, durch welches die Hauptklage abgewiesen worden ist, nicht appelliert haben, so ist nur noch die Widerklage im Streit. Der Widerkläger hat diese sowohl auf den mit den Widerbeklagten abgeschlossenen Kaufvertrag über den Bauplatz, als auf den mit ihnen abgeschlossenen Werkvertrag über die Erstellung der Villa auf demselben gestützt. Die Klage aus dem Kaufvertrag ist von der Vorinstanz abgewiesen worden, im wesentlichen mit der Begründung: Aus dem Kaufvertrag ergebe sich allerdings, daß die Widerbeklagten das streitige Grundstück als „Bauplatz“ verkauft und sogar den Widerkläger zur sofortigen Überbauung verpflichtet haben, weshalb sie nach Art. 243 D.-R., der als kantonales Recht zur Anwendung komme, dafür verantwortlich seien, daß das Grundstück nicht solche Mängel aufweise, die die Tauglichkeit desselben als Bauerrain aufheben oder ganz erheblich mindern; und nach den Expertengutachten sei als festgestellt zu betrachten, daß eine in der Tiefe von ungefähr 10 Meter sich befindende gefährliche Rutschfläche und die damit notwendig vorhandene Rutschgefahr als ein Mangel des als Bauplatz verkauften Grundstücks sich qualifiziere. Allein dessen ungeachtet könne der Widerkläger auf Grund des Kaufvertrages gegen die Verkäufer keinerlei Ansprüche herleiten, weil diese im schriftlichen Kaufvertrage sowohl als in der notariatslichen Fertigung jede Nachwahrhaftspflicht wegbedungen haben, und nicht gesagt werden könne, die Widerbeklagten hätten dem Widerkläger die Gewährsmängel arglistig verschwiegen; die Wegbedingung sei also nicht auf Grund von Art. 244 D.-R. zu betrachten. Überdies wäre die Klage aus Nachwahrhaftigkeit verjährt, da sie erst nach Verfluß eines Jahres seit der Fertigung erhoben worden sei. Diese Entscheidung unterliegt gemäß Art. 56 und 57 Organ.-Ges. der Berufung an das Bundesgericht nicht; denn der zwischen den Parteien abgeschlossene Kaufvertrag untersteht, als Liegenschafts Kauf, in allen Beziehungen nicht dem eidgenössischen, sondern dem kantonalen Rechte. Das Bundesgericht hat demnach einzig zu prüfen, ob und in welchem

Umfange die mit der Widerklage erhobenen Ansprüche auf Grund des zwischen den Parteien abgeschlossenen Werkvertrages gerechtfertigt seien.

3. Aus dem Werkvertrag erwächst dem Unternehmer die Pflicht zur vertragsgemäßen und kunstgerechten Ausführung des Werkes; wenn das Werk Mängel in dieser Beziehung aufweist, so treffen ihn die in Art. 358 D.-R. bezeichneten Folgen; d. h. der Besteller kann, je nach der Erheblichkeit der Mängel oder Abweichungen vom Vertrage entweder die Annahme des Werkes verweigern (dasselbe heimschlagen), oder einen entsprechenden Lohnabzug machen; er kann auch die unentgeltliche Verbesserung verlangen, sofern dieses dem Unternehmer nicht übermäßige Kosten verursacht, alles vorbehaltlich seines Rechts, bei Verschulden des Unternehmers Schadenersatz zu verlangen. Bei Werken, die auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtet sind, und ihrer Natur nach nur mit unverhältnismäßigen Nachteilen enisernt werden können, greift jedoch das Heimschlagsrecht nicht Platz. Auf Grund der Akten und der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz steht nun fest, daß bei dem von den Widerbeklagten erstellten Hause Bewegungen eingetreten sind, welche verschiedene Verbesserungsarbeiten (Verstärkung der Fundamentierung und Reparaturen entstandener Risse im Gebäude etc.) notwendig gemacht haben, und daß abgesehen von den hiedurch verursachten Kosten das Haus eine gewisse Wertminderung erlitten hat. Es steht ferner nach den für das Bundesgericht verbindlichen tatsächlichen Ausführungen der Vorinstanz fest, daß diese Mängel nicht etwa durch schlechtes Baumaterial oder schlechte Bearbeitung desselben verursacht, sondern daß sie Folgen ungeeigneter Beschaffenheit des Baugrundes sind. Die Vorinstanz konstatiert auf Grund der beiden Expertisen, daß dieselben darauf zurückzuführen seien, daß während und namentlich aber nach der Erstellung des Gebäudes in dem unter dem Bau liegenden Terrain Bewegungen stattgefunden haben, die ihre Ursache haben einerseits in der geologischen Beschaffenheit des Baugrundes sowohl als des ganzen oberhalb der Rigistrasse befindlichen Landkomplexes, anderseits in der Gleichgewichtsstörung in diesem Terrain, die verursacht worden sei durch den Straßeneinschnitt unterhalb des Hauses des Widerklägers, durch den Jun-

damentausshub zu dem Hause und durch die Belastung mit diesem selbst. Wegen Mängel des ihm angewiesenen Baugrundes trifft den Unternehmer an sich keine Gewährspflicht, ebensowenig wie wegen Mängel des Stoffes, welchen nicht er selbst, sondern der Besteller zu dem Werke liefert. Allein damit ist die Frage, ob die Widerbeklagten als Bauunternehmer dem Widerkläger gegenüber die an ihrem Werke konstatierten Schäden nach Maßgabe von Art. 358 D.-R. zu vertreten haben, nicht erledigt. Denn zur kunstgerechten Ausführung eines Bauwerkes, für welche der Unternehmer grundsätzlich Gewähr zu leisten hat, gehört an sich auch die Berücksichtigung der Beschaffenheit des angewiesenen Baugrundes, seiner Eignung für die Erstellung des Bauwerkes. Inwieweit in dieser Beziehung die Gefahr unzureichender Maßnahmen den Unternehmer trifft, läßt sich freilich nicht abstrakt, in allgemein-gültiger Weise, bestimmen, sondern muß nach den besondern Umständen des konkreten Falles, insbesondere darnach beurteilt werden, ob und inwieweit es die Parteien, nach der Meinung ihres Vertrages, als Sache des Bestellers oder des Unternehmers betrachtet haben, die erforderliche Prüfung des Baugrundes vorzunehmen. Der Bauvertrag kann in der Meinung abgeschlossen sein, daß der Unternehmer lediglich die Ausführung der ihm vom Besteller vorgelegten Pläne, unter strikter Einhaltung der darin vorgesehenen Maße übernehme, und eine Prüfung der Zweckmäßigkeit dieser letzteren von ihm nicht erwartet werde. Die Bestellung des Werkes kann aber auch in dem Sinne erfolgen, daß der Besteller vom Unternehmer erwartet, oder nach den Grundsätzen über Treu und Glauben erwarten darf, er übernehme die kunstgerechte Prüfung und Berücksichtigung des Baugrundes. Die Vorinstanz hat deshalb mit Recht angenommen, daß sich die Dilligenzpflicht des Unternehmers, in Hinsicht auf Mängel des Baugrundes, nicht in der unverzüglichen Anzeige derjenigen Mängel am Baugrunde (oder am gelieferten Stoffe) erschöpft, deren er bei Ausführung des Werkes wirklich gewahr wird (Art. 356 D.-R.), sondern daß der Besteller (sofern sich nicht eine andere Vertragsmeinung ergibt) von ihm die Anwendung der Sorgfalt und Umsicht eines tüchtigen Fachmannes, für den er sich ausgegeben, auch in Bezug auf die Feststellung solcher

Mängel, also auf die Untersuchung der Beschaffenheit des Baugrundes, erwarten darf. Nach Art. 364 bestimmt sich dann, ob und inwiefern die Maßnahmen, welche zur Bekämpfung solcher, bei Abschluß des Bauvertrages noch nicht zu Tage liegender Mängel erforderlich sind, dem Unternehmer zur Last fallen.

4. Der Widerkläger behauptet nun in erster Linie, daß die Widerbeklagten auf Grund des abgeschlossenen Werkvertrages à forfait es übernommen haben, auf ihre Kosten in Bezug auf Fundation und Entwässerung des Grundstücks überhaupt alle diejenigen Maßregeln zu treffen, welche nach dem vorhandenen Baugrunde erforderlich gewesen seien, um die zu erstellende Baute in jeder Hinsicht zu sichern und nachherige Rutschungen zu vermeiden. Er macht somit geltend, die Widerbeklagten hätten durch den Abschluß des Werkvertrages auch die Gefahr in Beziehung auf Mängel des Baugrundes schlechthin übernommen. Dies kann jedoch, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, nicht als Meinung des genannten Vertrages angesehen werden. Mangels anderweitiger ausdrücklicher Abrede muß angenommen werden, daß bei Festsetzung der Pauschalsumme nur diejenigen Fundamentierungs- und anderen Sicherungsarbeiten als von den Widerbeklagten übernommen betrachtet worden seien, welche damals, bei Abschluß des Vertrages als erforderlich vorausgesehen wurden, und, ohne daß außerordentliche Umstände ins Auge gefaßt wurden, vorzusehen waren. Nun handelte es sich aber bei den konstatierten Mängeln des Baugrundes, welche die nachträglichen Sicherungsarbeiten notwendig gemacht haben, um ganz außerordentliche Verhältnisse, die beim Abschluß des Werkvertrages nicht vorausgesehen worden sind und auch nicht vorzusehen waren. Die Unternehmer wären daher, wenn sie diese Verhältnisse rechtzeitig erkannt hätten, in der That berechtigt gewesen, nach Art. 364 D.-R. mit Rücksicht auf die dadurch notwendig gewordenen Mehrarbeiten entsprechende Erhöhung des Werklohnes zu verlangen, da sie eine solche Gefahr nicht übernommen hatten. Es läßt sich des weitern auch nicht sagen, daß die Widerbeklagten die an dem Bauwerk zu Tage getretenen Schäden durch Nichtbeachtung bestimmter, ihnen erteilter Bauvorschriften verursacht haben. Der Widerkläger macht zwar geltend, daß sie die Berandapfeiler nicht nach Vertrag erstellt haben,

indem diese nicht nur nicht auf den Felsen geführt, sondern in eine Schicht Waldboden gestellt worden seien, die, von einem einst stattgefundenen Bergsturz herrührend, sich in einer Tiefe von 7 Meter im Boden befände. Infolge dieser ungenügenden Fundation seien die Pfeiler nicht imstande gewesen, der Bewegung des Terrains nachhaltigen Widerstand entgegenzusetzen. Die Vorinstanz stellt jedoch gestützt auf die Expertise fest, einerseits, daß die beiden äußeren Pfeiler unter jene Waldschicht hinunter, auf eine Schicht von Kies und Sand gestellt worden seien, und diese Fundation technisch unter normalen Verhältnissen, d. h. abgesehen davon, daß 2 Meter tiefer sich die gefährliche Rutschfläche befand, nicht zu beanstanden wäre, und andererseits, daß diese Pfeiler, selbst wenn sie bis auf den Felsen geführt worden wären, die Rutschungen nicht hätten verhindern können, da ihr Widerstand viel zu gering gewesen wäre. Nach dieser für das Bundesgericht verbindlichen thatsächlichen Feststellung mangelt es an dem Beweise eines Kausalzusammenhangs zwischen der behaupteten vertragswidrigen Bauausführung und dem Schaden, für welchen die Widerbeklagten verantwortlich gemacht werden. Das gleiche gilt hinsichtlich der Behauptung des Widerklägers, daß die in der Baubeschreibung vorgesehene Drainage um das Haus herum nicht in der vertraglichen Tiefe von 1 Meter unter dem Kellerboden erstellt worden sei; denn auch hier fehlt es an dem Beweise des Kausalzusammenhangs mit dem geltend gemachten Schaden, indem die Vorinstanz thatsächlich feststellt, daß die Rutschung (nicht wegen des mehr oberflächlich im Boden fließenden Wassers), sondern wegen des viel tiefer durchgehenden, die Haupttrutschfläche durchnässenden Grundwassers erfolgt sei.

5. Es kann sich hienach nur fragen, ob nicht die Widerbeklagten im Sinne von Art. 358 D.-R. dafür einzustehen haben, daß sie die gefährliche Beschaffenheit des Baugrundes nicht rechtzeitig erkannt, bzw. nicht diejenige Prüfung des Baugrundes vorgenommen haben, bei welcher sie die Notwendigkeit der von den Experten bezeichneten Sicherungsvorkehrungen hätten erkennen müssen. In dieser Beziehung ist nun zunächst der Vorinstanz darin beizupflichten, daß nach den Umständen des vorliegenden Falles der Widerkläger in der That sich darauf verlassen durfte, daß die Widerbeklagten

der Eignung des fraglichen Terrains zur Erstellung des beabsichtigten Baues diejenige Aufmerksamkeit zuzuwenden, welche von der Sorgfalt und Sachkunde eines tüchtigen Baumeisters erwartet werden kann. Dies schon deshalb, weil die Widerbeklagten unmittelbar vor dem Abschluß des Werkvertrages dem Widerkläger das fragliche Terrain selbst verkauft, und obgleich sie in dem Kaufvertrag die Nachwährschaft wegbedangen, doch eine gewisse Zusicherung für die Verwendbarkeit zu Bauten dadurch gegeben haben, daß sie den Käufer verpflichteten, sofort auf demselben zu bauen. Wenn nun die Widerbeklagten unmittelbar nachdem sie das Baugterrain dem Widerkläger mit der angegebenen Verpflichtung verkauft hatten, die Erstellung der Baute selbst übernahmen, so mußten sie sich sagen, daß die Übernahme nach Treu und Glauben in der Meinung geschehe, daß die Prüfung, ob und wie ohne Gefahr auf dem fraglichen Terrain gebaut werden könne, ihre Sache sei, und sie deshalb in ihrer Stellung als Bauunternehmer dem Widerkläger (vorbehältlich ihrer allfälligen Rechte nach Art. 364 Abs. 3) für kunstgerechte Ausführung der Baute auch nach der Richtung einzustehen haben, daß es an der durch die Terrainbeschaffenheit gebotenen Sicherung nicht fehle.

6. Die ihnen diesfalls obliegende Sorgfalt haben die Widerbeklagten nicht angewendet. Sie haben zwar vor Beginn des Baues Probeflöcher bis zu 7 Meter Tiefe ausgegraben und behaupten, damit alles gethan zu haben, was billigerweise von einem Baumeister verlangt werden dürfe; denn diese Probeflöcher hätten ein durchaus gutes Resultat ergeben, und da der Baugrund als solcher nach dem Ausspruch der Gerichtsexperten ein guter gewesen sei und sich auch während der ganzen Bauzeit keine Spur von Rutschungen gezeigt habe, hätten sie mit Fug annehmen dürfen, daß sich die Baute nach den vorliegenden Plänen solid und richtig werde erstellen lassen. Dem steht jedoch entgegen, daß die Widerbeklagten unmittelbar vor dem Verkauf des fraglichen Terrains an den Widerkläger von Professor Zwicky ein Gutachten über die Entwässerung und Befestigung des Gebietes im Rigiquartier eingezogen haben, welches ausdrücklich darauf aufmerksam machte, daß die Rutschungen im Boden gestört und durch stets sich wiederholende Bewegungen noch weiter verschoben werden, und zur Be-

seitigung dieser Übelstände eine Entwässerung als angezeigt bezeichnete. Mit Recht findet die Vorinstanz, das Gutachten Zwick, aus welchem die Gefahr zukünftiger Rutschungen zu erkennen war, hätte den Widerbeklagten Veranlassung geben sollen, in dieser Richtung die größte Sorgfalt und Umsicht anzuwenden; sie stellt ferner thatsächlich und für das Bundesgericht verbindlich fest, daß die Widerbeklagten bei Grabung der Fundamente die obern sekundären Rutschflächen beobachten konnten, daß nach dem Gutachten der Experten sich bei dieser Grabung offenbar auch aus diesen obern Rutschflächen herrührender Wasserzufluß zeigte, und daß endlich in der Tiefe von 5—7 Meter eine Walschicht angetroffen wurde, die den deutlichsten Beweis bildete, daß das Bauterrain aus eigentlichem Rutschgebiet bestand, und daß die Widerbeklagten trotz allen diesen Thatsachen, ohne etwas vorzukehren, weiter arbeiteten und auch auf das Gutachten Zwick hin vor Beginn der Baute nichts zur Entwässerung des in Frage kommenden Gebietes gethan haben.

7. Infolge der mangelhaften Terrainbeschaffenheit, welche die Widerbeklagten bei Anwendung der ihnen nach dem Gesagten obliegenden Sorgfalt und Umsicht rechtzeitig hätten erkennen sollen, sind nun in erster Linie diejenigen Verstärkungsarbeiten notwendig geworden, mit denen die Baumeister Lauffer & Franceschetti von Gerichts wegen beauftragt wurden und deren Kosten sich auf 13,913 Fr. 70 Cts. belaufen. Die Behauptung der Widerbeklagten, daß die von Lauffer & Franceschetti getroffenen Maßregeln nicht notwendig gewesen seien, da durch die im Frühjahr 1895 in der Hadlaubstraße vorgenommene Entwässerung und den von den Widerbeklagten erstellten Notpfeiler die Bewegungen zum Stillstand gekommen seien, wird widerlegt durch die für das Bundesgericht verbindliche thatsächliche Feststellung, daß im Mai 1895 das Terrain noch in Bewegung war und laut der Aussage der Experten der Notpfeiler und die Straßendohle nicht genügt hätten, die Bewegung aufzuhalten, sondern daß die Erstellung der von Lauffer & Franceschetti ausgeführten Betonpfeiler angezeigt gewesen sei. Dagegen kommt in Betracht, daß es sich hier um bauliche Maßnahmen handelt, welche über die bei Abschluß des Bauvertrages in Aussicht genommene Fundamentierung hinausgehen,

und für deren Erstellung die Widerbeklagten gemäß Art. 364 Abs. 3 O.-R. besondere Vergütung, über die vereinbarte Pauschalsumme hinaus, hätten verlangen können. Einen Schaden hat daher der Widerkläger in dieser Beziehung durch die von den Widerbeklagten zu vertretende Unterlassung gehöriger Prüfung des Baugrundes nur insoweit erlitten, als die fraglichen Verstärkungsarbeiten mehr gekostet haben, als wenn sie rechtzeitig vorgenommen worden wären, bezw. die Widerbeklagten, wie es ihnen oblag, dem Widerkläger rechtzeitig von der gefährlichen Bodenbeschaffenheit und der daherigen Notwendigkeit der Vornahme dieser Arbeiten Anzeige gemacht hätten. Die Vorinstanz hat auf Grund der Expertise festgestellt, daß der Mehrkostenbetrag sich auf rund 7000 Fr. belaufe; bei dieser Feststellung muß es sein Bemenden haben, da dieselbe weder auf aktenwidrigen Annahmen, noch auf einer bundesrechtliche Grundsätze verletzenden Würdigung des Beweisergebnisses beruht. Der Widerkläger macht zwar geltend, daß bei Erstellung richtiger Fundamentpfeiler von Anfang an nicht nur die Mehrkosten von 7000 Fr. wegen nachträglicher Mehrarbeit, sondern selbstverständlich auch ein ursprünglich im Kostenvoranschlag der Widerbeklagten für die drei von ihnen erstellten Fundamentpfeiler vorgesehener und in der Pauschalsumme von 65,000 Fr. inbegriffener Betrag von 1881 Fr. weggefallen wäre, so daß also, im Falle der Anwendung des Art. 364 Abs. 3 O.-R., die Widerbeklagten nicht hätten verlangen können, daß der Widerkläger ihnen alle 6913 Fr. 70 Cts. (13,913 Fr. 70 Cts. — 7000 Fr.) zu der Affordsumme von 65,000 Fr. hinzuzähle, sondern nur, daß die Affordsumme um das Plus der Kosten richtiger Pfeiler, d. h. um 6913 Fr. 70 Cts. — 1881 Fr. = 5032 Fr. 70 Cts. erhöht werde, und da der Widerkläger außer den 65,000 Fr. alle 6913 Fr. allein bezahlt habe, so müssen ihm die Widerbeklagten auch die in den 65,000 Fr. enthaltenen 1881 Fr. für die ursprünglichen drei unnützen Pfeiler zurückvergüten, und nicht bloß die 7000 Fr., welche die nachträgliche Arbeit mehr kostete als anfänglich richtige. Allein es ist in keiner Weise dargethan, daß die gerichtlichen Experten bei ihrer Berechnung der Mehrkosten auf die vom Widerkläger hervorgehobenen Thatsachen nicht gebührende Rücksicht genommen und insbesondere nicht in Betracht gezogen

haben, ob und in welchem Umfange die von den Widerbeklagten erstellten Arbeiten bei der von Lauffer & Franceschetti vorgenommenen Fundamentierung nützliche Verwendung gefunden haben. Die Widerbeklagten sind demnach, in Übereinstimmung mit dem angefochtenen Urteil, zu verpflichten, dem Widerkläger die von ihnen verschuldeten Mehrkosten für Erstellung richtiger Fundamentierung mit 7000 Fr. samt den dazu geforderten Zinsen zu ersetzen. Ebenso die Kosten der Instandstellung des Gebäudes und der Gartenmauer in dem von der Vorinstanz gestützt auf die Expertise zu 6000 Fr. angeflagten Betrage. Denn diese Kosten sind dadurch veranlaßt worden, daß die Widerbeklagten die ihnen obliegende Prüfung des Baugrundes und die rechtzeitige Anzeige der Mängel desselben, welche sie hätten erkennen sollen, unterlassen haben.

8. Nach dem bereits Gesagten erweist sich dagegen die Widerklageforderung von 6000 Fr. für die Kosten richtiger Entwässerung in oder bei dem Grundstücke des Widerklägers als unbegründet. Die Widerbeklagten haben die Ausführung der dahergigen Arbeiten durch den Werkvertrag nicht übernommen; es handelt sich um Maßregeln, die durch die mangelhafte Beschaffenheit des Baugrundes verursacht worden sind, wofür den Bauunternehmer grundsätzlich keine Gewährspflicht trifft. Die Widerbeklagten könnten daher zum Ersatz der geforderten Kosten nur verpflichtet werden, wenn und insoweit sie dieselben durch Unterlassung der ihnen in casu obliegenden Prüfung des Baugrundes und der in Art. 356 D.-R. vorgeschriebenen rechtzeitigen Anzeige der Mängel verschuldet hätten; hierfür liegt jedoch nichts vor; es ist nicht bewiesen, daß die Entwässerung etwa erst notwendig, oder daß sie kostspieliger geworden sei infolge verspäteter Anzeige der dem Baugrund anhaftenden Mängel. Die Akten bieten des fernern auch keinen Anhaltspunkt dafür, daß die von den Widerbeklagten ausgeführte und in ihrem Kostenvoranschlag mit 318 Fr. berechnete Drainage um das Haus herum infolge der von den Experten vorgeschlagenen Entwässerung weggefallen wäre, weshalb auch das eventuelle Berufungsbegehren auf Rückvergütung der genannten 318 Fr. als unbegründet erscheint.

9. Was endlich die Forderung auf Minderwertentschädigung

anbetrifft, so steht thatsächlich fest, daß infolge der Terrainrutschungen und der dadurch bewirkten Risse im Haus eine Wertverminderung eingetreten ist, welche die Vorinstanz auf Grund der Expertise auf den Betrag von 5000 Fr. anschlägt; es besteht ferner kein Zweifel, daß die Schädigungen, welche diese Wertverminderung zur Folge haben, in ursächlichem Zusammenhang mit der den Widerbeklagten zur Last fallenden Unterlassung gehöriger Prüfung des Baugrundes und rechtzeitiger Anzeige der gefährlichen Beschaffenheit desselben stehen. Die Widerbeklagten sind deshalb dem Widerkläger zum Ersatz des dahergigen Schadens verpflichtet. In Bezug auf die Höhe des Schadenersatzes ist ohne weiteres der Entscheidung der Vorinstanz beizupflichten, da dieselbe auf der sachverständigen Schätzung der Experten beruht und nicht ersichtlich ist, daß die Experten von unrichtigen thatsächlichen Annahmen, oder von einer rechtsirrtümlichen Auffassung über die rechtliche Bedeutung der geltend gemachten Minderwertsfaktoren ausgegangen seien.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung beider Parteien wird als unbegründet abgewiesen und daher das Urteil der Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Mai 1900 in allen Teilen bestätigt.

85. Arrêt du 6 octobre 1900 dans la cause
Société anonyme de publicité « La Suisse » contre Heller.

Action en dommages-intérêts intentée par une société anonyme contre le *gérant sans mandat*, art. 48, 50 et 674 CO. — Pouvoirs du représentant de la société avant et après l'inscription de celle-ci; art. 654 et 36 CO.; art. 623 eod. — Interprétation des statuts de la société. — Ratification des contrats conclus avant l'inscription.

A. — Le 7 mai 1896 a été inscrite au registre du commerce de Brigue la « Société anonyme des hôtels et bains de Louèche-les-Bains, » ayant son siège dans cette dernière localité et pour but l'exploitation des bains et des sources de la