

möchte aber nach allgemeinen Grundsätzen seine Schadenersatzpflicht zu begründen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 9. Juli 1919 bestätigt.

93. Anzug aus dem Urteile der II. Zivilabteilung vom
11. Dezember 1919 i. S. Kniep gegen Schindler.

Preisminderungsklage beim Grundstück- (Gebäude-) Kauf. Begriff des Minderwerts im Sinne von Art. 205 OR. Massgebend ist der Zeitpunkt des Gefahrübergangs, d. h. wieviel die Sache damals infolge der Mängel gegenüber dem mangelfreien Zustande weniger wert gewesen wäre. Unzulässigkeit eines Zuschlags zu der so ermittelten Summe, weil die Hebung der Mängel heute, nach der endgiltigen Feststellung im Prozesse gegenüber der Bestreitung des Verkäufers einen grösseren Aufwand erfordern würde.

Baumeister Kniep in Luzern hatte den Klägern Robert und Karl Schindler ein im Rohbau erstelltes Hotelgebäude in Luzern verkauft, mit der Verpflichtung, den Innenausbau nach bestimmten Anforderungen vor der Fertigung noch vorzunehmen. In der Folge belangten ihn die Käufer auf Zahlung von 90,000 Fr. als « Preisminderung und Schadenersatz wegen Nichterfüllung », weil die Ausführung der Baute nicht den gegebenen Zusicherungen entspreche und eine Reihe den Wert und die Tauglichkeit des Gebäudes zum Hotelbetrieb herabmindernder Mängel aufweise. Durch die von den kantonalen Instanzen erhobenen Expertisen wurde in der Tat das Vorhandensein einer Anzahl von Gewährsmängeln festgestellt. Als Masstab für die Feststellung des Minderwerts wurden dabei im Einverständnis der Parteien

die Auslagen betrachtet, welche die Hebung der Mängel erfordern würde, wobei die Experten deren Betrag in erster Linie nach den Verhältnissen zur Zeit des Kaufes (Frühjahr 1912) berechneten, sodann aber beifügten, dass heute, im Jahre 1918 wegen der eingetretenen Verteuerung aller Löhne und Materialien dafür mindestens 60% mehr gerechnet werden müssten. Während die zweite kantonale Instanz darauf den Klägern neben dem auf die Zeit des vertraglichen Uebernahmetermins (Art. 220 OR) berechneten Minderwerte auch jenen Zuschlag zusprach, strich das Bundesgericht auf Berufung des Beklagten diese Post. Gründe:

« Dagegen wird der sog. « Teuerungszuschlag » von 60 %, wie ihn das angefochtene Urteil im Anschluss an die Ausführungen der Oberexperten zugebilligt hat, vom Beklagten mit Recht angefochten und ist zu streichen. Da der Verkäufer seiner Vertragspflicht genügt, wenn sich die Kaufsache im Zeitpunkte des Gefahrübergangs in vertragsgemäsem Zustande befand, wenn er also dem Käufer durch deren Uebergabe den Wert verschafft, den sie unter dieser Voraussetzung in jenem Zeitpunkte hatte, kann auch nur jener Moment und nicht irgend ein späterer Termin für die Bestimmung des Minderwerts wegen Mängeln im Sinne von Art. 205 OR massgebend sein. Es ist zu ermitteln, um wieviel die Sache damals infolge der Mängel gegenüber dem mangelfreien Zustande weniger wert gewesen wäre. Nur in diesem Verhältnis kann eine Herabsetzung des Kaufpreises verlangt werden. (OSER zu Art. 205 OR Nr. V.) Daran ändert die Tatsache nichts, dass unter Vorbehalt der rechtzeitigen Rüge die Minderung innert der Frist der Art. 210, 219 OR auch wegen erst später erkennbar gewordener, aber von Anfang an vorhanden gewesener Mängel verlangt werden kann. Die fraglichen Fristen bestimmen nur den Zeitraum, binnen dessen ein Mangel, um überhaupt berücksichtigt werden zu können, geltend gemacht werden muss. Der Inhalt des Gewährleistungsanspruchs an sich wird da-

durch nicht modifiziert. Kann der Zuschlag somit nicht aus dem Gesichtspunkte der Minderungsklage begründet werden, so gilt das Gleiche auch für den Versuch, ihn als Schadenersatz wegen schuldhafter Nichterfüllung des Vertrages zu bezeichnen. Die Frage, ob überhaupt ein derartiger Schadenersatz neben der Minderung verlangt werden könne oder ob nicht der Verkäufer, wenn er einmal an Stelle der Wandlungs- die Minderungsklage wählt, auf die Preisminderung beschränkt sei (so OSER, a. a. O.) braucht dabei nicht entschieden zu werden. Denn bei der hier in Betracht kommenden Forderung handelt es sich ja nicht um die Vergütung weiteren Schadens, der dem Käufer infolge der Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes ausser der Entwertung dieses selbst erwachsen wäre, wie er allein Gegenstand einer solchen Schadenersatzklage bilden könnte. Im Streite liegt vielmehr wiederum einzig der Ausgleich der Nachteile aus den Mängeln der Sache an sich, indem verlangt wird, dass dem Käufer dafür ausser dem eigentlichen Minderwert im Sinne von Art. 205 OR auch der Mehrbetrag ersetzt werde, welchen die Behebung der Mängel im Zeitpunkt ihrer endgiltigen Feststellung im Prozesse, Mai 1918 (gegenüber der Bestreitung des Verkäufers) erfordert hätte. Ein solches Begehren wäre aber nur denkbar als Korrelat einer — nicht erfüllten — Pflicht des Verkäufers, die fragliche Nachbesserung (Mängelhebung) selbst vorzunehmen. Bestand sie nicht, d. h. konnte der Verkäufer hiezu nicht verhalten werden, so vermag ihn auch die Tatsache, dass der Käufer wegen des Streites über das Bestehen eines davon unabhängigen Anspruchs anderer Art, desjenigen auf Preisminderung, seinerseits die Verbesserung hinausgeschoben hat, nicht zu berühren. Der Verzug des Beklagten in der Vergütung der Preisminderung, auf den die Vorinstanz hinweist, kann ihn nur für die Nachteile aus der Vorenthaltung dieser Summe, nicht für Nachteile haftbar machen, die die Kläger infolge der Verschiebung einer allein ihnen obliegenden Vorkehr sich zu-

gezogen haben. Nun besteht aber in der Tat ein Recht des Käufers auf Verbesserung der gemachten Leistung, d. h. Lieferung einer mangelfreien statt der gelieferten mangelhaften Sache nur im beschränkten Umfange, nämlich nur beim Gattungskaufe (Verpflichtung zur Lieferung einer bestimmten Menge vertretbarer Sachen). Indem ihn das OR in Art. 206 nur für diesen Fall vorsieht, hat es ihn für den anderen des Verkaufs einer bestimmten Sache (Spezies) unzweideutig abgelehnt und zum Ausdruck gebracht, dass es hier den Käufer auf die in Art. 205 vorgesehenen Rechtsbehelfe der Preisminderung und Wandlung (eventuell verbunden mit Schadenersatz) beschränkt wissen will. Selbst wenn man in dieser Hinsicht nach Analogie der Vorschriften über den Werkvertrag (Art. 368 OR) da eine Ausnahme machen wollte, wo nicht die Lieferung einer fertigen, sondern einer nach gewissen Richtungen erst noch fertigzustellenden bestimmten Sache versprochen worden ist und in solchen Fällen dem Käufer neben der Wandlung oder Preisminderung auch noch den Anspruch auf Verbesserung der Sache einräumen wollte, könnte das Verhältnis dieser Ansprüche doch, wie es denn auch Art. 368 bestimmt, **keinesfalls ein kumulatives, sondern nur ein alternatives** sein, sodass die Geltendmachung des einen die gleichzeitige Erhebung des anderen ausschliesst. Wollten die Kläger die finanziellen Folgen einer nachträglichen Hebung der Mängel auf den Beklagten abwälzen, so hätten sie demnach ihre Klage auf Verurteilung dieses zur Vornahme jener Verbesserungsarbeiten richten müssen, wobei sie dann bei Verweigerung der Leistung durch ihn die dafür gemachten Aufwendungen nach Art. 98 OR von ihm ersetzt hätten verlangen können. In Verbindung mit der Preisminderungsklage und als Annex zu ihr kann ein solcher Ersatzanspruch nicht erhoben werden. Es spielt deshalb auch keine Rolle, dass der Beklagte in seiner Erklärung vor Friedensrichter vom 10. März 1913 allerdings die Hebung der Mängel, soweit er dafür

nach Vertrag einzustehen habe, zugesichert hatte, wozu er gemäss dem Gesagten wenigstens nach dem Wortlaute des Gesetzes kaum hätte verhalten können, weil eben die Klage nach dem Rechtsbegehren und der Begründung nicht auf Erfüllung jenes Versprechens durch Verurteilung des Beklagten zu dieser Leistung, sondern auf Preisminderung und Schadenersatz wegen schuldhafter Vertragsverletzung durch Lieferung einer mangelhaften Sache geht. Der Irrtum der Vorinstanz ist eben darauf zurückzuführen, dass zur Bestimmung der Preisminderung im Sinne von Art. 205 OR im Einverständnis der Parteien die Kosten der Behebung der Mängel zur Zeit der Kaufserfüllung als Kriterium herangezogen wurden, wobei übersehen wurde, dass in Wirklichkeit der Klagegegenstand nicht diese Behebung, sondern die Entwertung der Sache infolge der Mängel bildete.»

94. Urteil der II. Zivilabteilung vom 22. Dezember 1919
i. S. Bloch gegen Zeiger.

Art. 505, 508 Abs. 2, 509, 166, 167 OR; 835, 975 ZGB. Erklärung des Gläubigers einer verbürgten, durch Grundpfandverschreibung sichergestellten Forderung, der vom Bürgen für einen Teil der Schuld befriedigt worden ist, gegenüber dem Hauptschuldner, dass die Forderung für den entsprechenden Betrag untergegangen sei und er deshalb in die Löschung des Pfandrechts dafür einwillige. Daraufhin erfolgte Herabsetzung der Pfandsumme im Grundbuch mangels Anzeige von der Subrogation des Bürgen in die Forderungsrechte an den Grundbuchführer. Schadenersatzklage des Bürgen gegen den Gläubiger, weil dieser ihn durch den Verzicht auf das Pfandrecht um die Deckung für seine Regressforderung an den Hauptschuldner gebracht habe. Möglichkeit, im Wege der Berichtigungsklage nach Art. 975 ZGB die Wiedereintragung des Pfandrechts zu erwirken, wenn der Hauptschuldner sich bei der Pfandentlassung im bösen Glauben befand, d. h. von den die Subrogation des Bürgen in Forderung und

Pfandrecht bewirkenden Tatsachen Kenntnis hatte. Abweisung des eingeklagten Schadenersatzanspruches, solange als nicht ein solches Begehren gestellt, aber sei es wegen anderer Beurteilung der Frage des guten Glaubens des Hauptschuldners in jenem Verfahren, sei es wegen inzwischen begründeter vorgehender dinglicher Rechte gutgläubiger Dritter an der Pfandsache abgewiesen worden ist.

A. — Wittve Schmid-Kopp in Basel war Gläubigerin einer Hypothekarobligation des alten baselstädtischen Rechtes, errichtet am 28. Juni 1911 auf die Ehegatten Schupp-Schmidt und haftend im IV. Range auf deren Liegenschaft Gartenstrasse 117 « Hotel Bahnhof » in Basel für ein Kapital von 43,000 Fr., verzinslich zu 4½ %, bis 1. Juli 1914 fest, von da an auf drei Monate kündbar. Zur Sicherheit dafür war ausser der Liegenschaft auf Grund des kantonalen Gesetzes vom 29. Juni 1882 über die Verpfändung von Fahrnis als Zubehörde von Liegenschaften das Hotelmobiliar verpfändet worden. Während nach dem Hypothekartitel diese Ausdehnung der Pfandhaft zu Gunsten aller Hypotheken mit Einschluss der vorgehenden hätte gelten sollen, findet sich im Grundbuch ein bezüglicher Eintrag nur bei der IV. Hypothek, sodass nach der von den Vorinstanzen dem erwähnten Gesetze gegebenen Auslegung auch nur für jene ein Pfandrecht am Mobiliar entstehen konnte. Im Jahre 1912 ging die Forderung aus der Obligation infolge Todes der ursprünglichen Hypothekargläubigerin zu je einem Viertel auf deren vier Kinder über. Da zu diesen auch der Hypothekarschuldner Schupp-Schmidt selbst gehörte, erlosch seine Schuld für den betreffenden Viertel durch Vereinigung und wurde deshalb auch die Pfandsumme im Grundbuch entsprechend auf 32,250 Fr. herabgesetzt. Ein anderer Erbe, Arnold Schupp-Schaub trat seinen Viertel am 9. Juli 1912 durch Vermittlung des heutigen Beklagten Emil Zeiger-Schmitt an S. Bloch-Bloch in Basel ab. In Verbindung damit leistete der Beklagte dem neuen Gläubiger Bürgschaft für die abgetretene Forderung bis zum Kapitalbetrage von 9000 Fr.