

Klägers bekannt. Mit Unrecht sieht der Beklagte den Vorentscheid deshalb als aktenwidrig an, weil er die Zeugin Frau Meschlmann, die über das Verhältnis des Klägers zu Frau von K. ausgesagt hatte, nicht erwähne. Da Frau Meschlmann mit dem Kläger im Prozesse gestanden hatte, konnte ihr Zeugnis wegen Befangenheit außer Betracht bleiben, und inhaltlich ist es zudem nicht geeignet, darzutun, daß der Kläger sich als Kurarzt unmöglich gemacht habe.

6. — Die begangene Vertragsverletzung hat für den Kläger eine Vermögensschädigung zur Folge gehabt. Auf Grund der auf eine Expertise gestützten Feststellungen der Vorinstanz ist anzunehmen, daß die Einnahmen des Klägers im Hotel des Beklagten (im Gegensatz zu denen in den andern Hotels) nach der Etablierung Dr. Schärz in Adelsboden in auffallendem Maße zurückgegangen sind und zuletzt ganz aufgehört haben, daß die Ursache in der Protektion Dr. Schärz durch den Beklagten liegt, und daß Dr. Schärz beim Beklagten 5000 Fr. — der Gewinn aus Selbstdispensation inbegriffen — verdient hat. Mit Recht hält aber die Vorinstanz dafür, daß der aus der Vertragsverletzung herrührende Schaden sich nicht auf diese vollen 5000 Fr. belaufe, da der Beklagte die Konkurrenz Dr. Schärz nicht hätte gänzlich ausschließen können und da ferner die Mindereinnahmen des Klägers zu einem geringern Teile auch seinem persönlichen Verhalten zuzuschreiben seien. Wenn das Obergericht den ersten dieser Reduktionsgründe mit 1500 Fr. und den zweiten mit 500 Fr. veranschlagt, so scheint diese Schätzung der Sachlage in allen Beziehungen angemessen zu sein, und jedenfalls läßt sie sich vom bundesrechtlichen Standpunkte aus weder als zu hoch, noch als zu tief gegriffen bemängeln. Von einer Verpflichtung zur Ersetzung des indirekten Schadens endlich, den der Kläger durch Beeinträchtigung seines Ansehens als Kurarzt bei den andern Hoteliers erlitten haben will, kann nach den Akten keine Rede sein.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die beiden Berufungen werden abgewiesen und das angefochtene Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 26. November 1909 wird in allen Teilen bestätigt.

32. Urteil vom 7. Mai 1910

in Sachen **Aktienbrauerei zum Gurten**, Besl. u. Ber.-Kl.,
gegen **Zubach-Groß**, Kl. u. Ber.-Besl.

Untermiete (Art. 285 OR): Schadenersatzpflicht des Untervermieters, welcher dem Untermieter den Gebrauch der Mietsache nicht einräumt, weil ihm selbst die Mietsache vom Eigentümer unberechtigterweise nicht überlassen wird. Mangelnder Entlastungsbeweis (Art. 274 u. 110 OR) — Unmöglichkeit der Erfüllung (Art. 145 Abs. 1 OR)? Entschädigungsbemessung.

A. — Durch Urteil vom 17. November 1909 hat der Appellationshof des Kantons Bern in vorliegender Rechtsstreitsache erkannt:

„1. Die Parteien sind mit ihren Beweisbeschwerden abgewiesen.

„2. Dem Kläger ist sein Klagsbegehren grundsätzlich zugesprochen „und die Entschädigung, die die Beklagte ihm zu bezahlen hat, bestimmt auf 1000 Fr. nebst Zins à 5 % seit 4. April 1908.“

B. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und beantragt:

1. Die verlangte Beweisvervollständigung sei zuzulassen.

2. Es seien in Abänderung des vorinstanzlichen Urteils die Rechtsbegehren des Klägers im ganzen oder einem größern Umfang abzuweisen.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten die gestellten Berufungsanträge wieder aufgenommen. Der Vertreter des Klägers hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils geschlossen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die beklagte Aktienbrauerei zum Gurten in Wabern hatte im Jahre 1906 von Frau Wirz-Bargezi in Solothurn das Restaurant Viktoria daselbst gemietet und es für die Zeit bis zum 1. November 1907 dem Albert Wöhrer in Untermiete gegeben. Durch Vertrag vom 9. September 1907 räumte sie mit Zustimmung der Eigentümerin die Untermiete für die Zeit vom 1. November 1907 bis zum 31. März 1909 zu einem jährlichen Zins

von 1500 Fr. dem Kläger Imbach ein. Im Einverständnis mit der Beklagten und der Eigentümerin kam der Kläger mit Wöher überein, die Mietsache schon auf den 1. Oktober 1907 zu beziehen, und traf darauf am 19. September mit seiner Familie in Solothurn ein. Hier erklärte ihm aber Frau Wirz, die sich von Wöher die Schlüssel der Mietlokalitäten verschafft hatte, sie werde ihn nicht einziehen lassen, da sein Mobiliar mit Wanzen behaftet sei. Der Kläger bestritt mit Brief vom 21. September der Frau Wirz das Recht, ihm den Eintritt zu verweigern, und erklärte, für gehörige Reinigung des Mobiliars vor dem 1. Oktober sorgen zu wollen. Die Eigentümerin teilte jedoch dem Kläger mit, daß sie den Aufzug unter keinen Umständen gestatte und die Einwilligung zur Untermiete rückgängig mache. Die Beklagte, an die sich der Kläger unterdessen in der Sache gewendet hatte, notifizierte mit Schreiben vom 3. Oktober durch ihren Anwalt der Frau Wirz, daß der Kläger zum Einzug berechtigt sei, und forderte sie auf, ihn sofort einziehen zu lassen; das Mobiliar könne sie vor dem Einzug einer Prüfung unterziehen. Am 4. Oktober verlangte der Kläger von der Beklagten, sie solle dafür sorgen, daß er eingesetzt werde, und erklärte, sie für den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden haftbar zu machen. Die Beklagte antwortete am 8. Oktober, sie habe die Eigentümerin zur Gestattung des Einzuges aufgefordert und sie für allen Schaden aus der Weigerung haftbar gemacht; ein mehreres zu tun sei ihr nicht möglich. Der Kläger ließ durch einen Sachverständigenbefund vom 12. Oktober feststellen, daß seine sämtlichen Möbel nunmehr vollständig sauber und frei von jeglichem Ungeziefer seien, und teilte diesen Befund am 13. Oktober der Beklagten mit, indem er erklärte auf dem Antritt der Miete und zwar auf 1. November zu beharren. Die Beklagte gab ihrerseits am 15. Oktober der Eigentümerin von diesem Gutachten Kenntnis und forderte sie neuerdings, unter Vorbehalt aller Rechte im Weigerungsfalle, auf, den Kläger einzuziehen zu lassen. Am 2. November sandte sie noch einen Vertreter nach Solothurn, um den Kläger in das Mietobjekt einzusetzen. Allein Frau Wirz beharrte auch dem gegenüber auf ihrer Weigerung.

Daraufhin hat der Kläger, nachdem ein Sühneversuch vom 18. November erfolglos geblieben war, gegen die Beklagte die vorlie-

gende Klage eingereicht, womit er verlangt, daß die Beklagte ihm wegen Nichterfüllung des Untermietvertrages eine vom Gerichte zu bestimmende angemessene Entschädigung zu bezahlen habe. Die Beklagte hat auf Abweisung der Klage angetragen, im wesentlichen mit der Begründung, daß sie sich infolge des Verhaltens der Eigentümerin schuldlos in der Unmöglichkeit der Erfüllung gesehen habe und daher für den Schaden, soweit ein solcher überhaupt entstanden sei, nicht hafte.

2. — Die Beklagte hat als Untervermieterin dem Kläger als Untermieter den Mietbesitz deshalb nicht verschafft, weil ihr als Mieterin von der Eigentümerin als Vermieterin die Überlassung der Mietsache verweigert worden ist. Diese Weigerung der Eigentümerin war ungerechtfertigt und bildet gegenüber der Beklagten eine Verletzung des Mietvertrages, da nach den altentmässigen Feststellungen der Vorinstanz jedenfalls vom 12. Oktober 1907 an die Möbel des Klägers in sauberem Zustande und frei von Insekten waren und die Gefahr einer Infektion der Mietlokalitäten — der einzige Grund, auf den die Eigentümerin ihre Weigerung stützte — nicht mehr bestanden hat. Bei dieser Sachlage kann von einem Selbstverschulden des Klägers, das, wie in der Klagbeantwortung behauptet wurde, die Beklagte an der Einweisung des Klägers in die Mieträume verhindert hätte, und das daher ihre Schadenersatzpflicht wegen Nichtverschaffung des Mietbesitzes ausschliesse, nicht die Rede sein.

3. — Mit Unrecht glaubt ferner die Beklagte ihre Ersatzpflicht schon mit dem Hinweis darauf ablehnen zu können, daß sie dem Kläger die Abtretung der Ansprüche angeboten hat, die sie ihrerseits gegenüber der Eigentümerin aus deren Leistungsweigerung erlangt habe. Kraft seiner Rechtsstellung als Untermieter kann der Kläger von ihr persönlich als der Untervermieterin verlangen, daß sie ihm nach vertraglicher Verpflichtung „den Gebrauch der Mietsache überlasse“ (274 OR). Um die Vorkehrungen aber, die zur Bewirkung dieser Leistung erforderlich sind, braucht sich der Kläger nicht zu kümmern und sich daher auch zur Erlangung des Mietbesitzes keine Rechte gegen Drittverpflichtete abtreten zu lassen und solche geltend zu machen. Vielmehr ist es Sache der Beklagten, dafür zu sorgen, daß seine Vermieterin ihr gegenüber den Vertrag

erfülle und sie dadurch in den Stand setze, ihrerseits gegenüber dem Kläger ihrer vertraglichen Verpflichtung zu genügen. Ob dabei, wie die Vorinstanz annimmt, der Anspruch des Untermieters gegenüber dem Untervermieter auf Einräumung der Mietsache die Natur eines Garantieverprechens habe und daher die Beklagte unabhängig von jedem Verschulden für die Folgen der Nichterfüllung einstehen müsse, kaum unerörtert bleiben. Abgesehen hievon muß nämlich die Beklagte dem Kläger schon nach der allgemeinen Regel des Art. 110 OR dann Schadenersatz leisten, wenn sie nicht beweist, daß ihr kein Verschulden an der Nichterfüllung zur Last falle, ein Beweis, der nicht als erbracht gelten kann: Er setzt hier voraus, daß die Beklagte alle Schritte getan habe, von denen nach den Umständen zu erwarten war, daß sie es ihr ermöglichen würden, dem Kläger den ihm einzuräumenden Mietbesitz zu verschaffen. Nun hat sich die Beklagte damit begnügt, der Eigentümerin außergerichtlich zu erklären, daß ihre Weigerung, den Kläger einzuziehen zu lassen, nach der vorgenommenen Reinigung des klägerischen Mobiliars unbegründet sei, daß der Kläger als Untermieter ein Recht zum Bezuge der Mieträume habe und daß sie die Eigentümerin für den aus ihrer Weigerung entstandenen Schaden haftbar mache. Von rechtlichen Schritten gegenüber der Eigentümerin aber hat die Beklagte gänzlich abgesehen, trotzdem solche nach der Sachlage geboten gewesen wären. Zwar gewährt das solothurnische Recht dem Mieter keinen eigentlichen Besitzschutz (vergl. Art. 356 ZGB) und die Beklagte hätte daher den Widerstand der Eigentümerin nicht schon vor Anhebung des ordentlichen Prozesses durch richterliche Besitzanweisung brechen können. Dagegen war sie in der Lage, sofort Klage auf Übergabe der Mietsache einzureichen, und angesichts der Liquidität ihres Anspruches wäre zu erwarten gewesen, daß entweder die Eigentümerin nunmehr ihren Widerstand aufgegeben oder daß doch der Kläger in Kürze ein die Einweisung anordnendes vollstreckbares (Art. 246 und 248 soloth. ZPO) Erkenntnis erwirkt hätte, ganz abgesehen davon, ob die Einweisung nicht schon während der Rechtshängigkeit durch einstweilige Verfügung (250 Abs. 3 eod.) zu erlangen gewesen wäre. Und wenn auch eine gewisse Frist bis zur Durchsetzung des Anspruches nötig gewesen wäre, so kann das doch an der grundsätzlichen Schadenersatzpflicht

nichts ändern. Denn in Frage steht nicht bloß der Schaden, der dem Kläger durch den Verzug in der Einräumung der Mietsache, sondern der ihm dadurch entstanden ist, daß ihm die Beklagte die Sache überhaupt nicht übergeben hat, trotzdem er in Solothurn verblieben und zum Antritt bereit gewesen und also nicht etwa vom Vertrage zurückgetreten ist. Zu Ungunsten der Beklagten fällt zudem in Betracht, daß sie nicht rechtzeitig vom früheren Untermieter die Schlüssel herausverlangt und sie dem Kläger übergeben hat, sondern es hat geschehen lassen, daß der frühere Untermieter sie der Eigentümerin einhändigte, was diese in ihrer ablehnenden Haltung bestärken mußte. Ist es aber nach all dem der Beklagten als Mangel in der Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten anzurechnen, wenn sie nicht wirksamer sich um die Beseitigung des Hindernisses sich bemüht hat, das die Weigerung der Eigentümerin für die Besitzanweisung bot, so ergibt sich daraus von selbst, daß auch der von der Beklagten angerufene Art. 145 OR unanwendbar ist, indem bei dieser Sachlage keine vom Schuldner „nicht zu verantwortende“ Unmöglichkeit der Leistung im Sinne dieses Artikels vorliegen kann.

4. — Hinsichtlich des Quantitativs des Schadens sodann darf eine Nachprüfung des Vorentscheides insofern unterbleiben, als dieser verschiedene Posten der klägerischen Schadensberechnung (Umzugskosten zc.) als außer Betracht fallend erklärt. Es handelt sich nur noch darum, ob die Vorinstanz, indem sie den Schaden auf rund 1000 Fr. bemessen hat, damit zum Nachteil der Beklagten zu hoch gegriffen habe. Sie führt nun aus, daß der Kläger, wenn er die übernommene Wirtschaft hätte betreiben können, am Anfang einen monatlichen Bierkonsum von zirka 4,5 Hektoliter gehabt hätte, der dann aber (wie im Gegensatz zum erhobenen Expertenbefund anzunehmen sei), nach und nach auf 9 Hektoliter gestiegen wäre; daß man so zu einem Durchschnittskonsum von 6,75 Hektoliter monatlich oder 80 Hektoliter jährlich gelange und daß der Verdienst per Liter 12 Cts. betragen hätte, was für die 17-monatliche Vertragsdauer einen entgangenen Gewinn von 1075 Fr. ergebe; dieser Betrag endlich sei auf 1000 Fr. abzurunden, weil die Ehefrau des Klägers, die die Wirtschaft zu führen gehabt hätte, ihre Arbeitskraft nun anderweitig habe verwenden können. In

allen diesen Beziehungen handelt es sich um eine weder affen- noch bundesrechtswidrige Würdigung tatsächlicher Verhältnisse. Zu einer Herabsetzung der zugesprochenen 1000 Fr. läge für das Bundesgericht selbst dann kein Anlaß vor, wenn die Beklagte in Rücksicht auf die Notwendigkeit, die Weigerung der Eigentümerin zu beseitigen, während einer gewissen Frist die Schadensfolgen nicht zu tragen hätte. Es könnte sich hier nur um einen im Verhältnis zum Gesamtschaden unbedeutenden Reduktionsgrund handeln, und zudem ist zu berücksichtigen, daß die Nichterfüllung des Vertrages, abgesehen von dem erwähnten Gewinnausfall, dem Kläger auch noch gewisse Mehrkosten für den Familienunterhalt verursacht haben muß.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen und das Urteil des bernischen Appellationshofes vom 17. November 1909 in allen Teilen bestätigt.

33. Urteil vom 14. Mai 1910 in Sachen

**Rued, Bess. u. Ber.-Kl., gegen Frau und Kinder Wagner,
Kl. u. Ber.-Bessl.**

Haftung für Werkschaden: Art. 67 OR. « Fehlerhafte Anlage » eines Badezimmers, dessen Ofen keinen Abzug ins Freie hat. Die « Verursachung » des Schadens erfordert keine unmittelbare körperliche Einwirkung der fehlerhaften Anlage. Schuldhaftes Verhalten von Drittpersonen berührt die Haftung des Werkeigentümers nicht. — **Entschädigungsbemessung.** Berücksichtigung des Selbstverschuldens des Verunglückten. Unterhalt der Ehefrau und zweier Kinder. — **Nichtanrechnung des den Klägern zufallenden Betrages einer Lebensversicherung auf den Schadenersatzanspruch.**

A. — Durch Urteil vom 14. Dezember 1909 hat die II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich in vorliegender Rechtsstreitfrage erkannt:

1. Der Beklagte ist schuldig, an die Klägerin Frau Julie Wagner 9744 Fr., an die Klägerin Marguerite Wagner, 3060 Fr.,

und an den Kläger Hans Wagner 3712 Fr., je samt Zins zu 5% seit 17. November 1907 zu bezahlen. Die Mehrforderung wird abgewiesen.

2. Die Kläger sind berechtigt, a conto dieser Beträge die bei der Bezirksgerichtskasse Zürich deponierten Mietzinssbeträge zu beziehen.

B. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage:

1. Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage in vollem Umfange abzuweisen.

2. Eventuell sei die zugesprochene Schadenersatzsumme angemessen zu reduzieren.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Beklagten die gestellten Berufungsanträge wiederholt. Der Vertreter der Kläger hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der Beklagte Rued hat im Juni 1907 mit Lenz in Horben und Gemeinderat Studer in Waldhof das Haus Turnerstraße 19 in Zürich IV käuflich erworben. Kurz darauf bezog als Mieter der Waffenschmied Hans Wagner mit seiner Ehefrau, der Klägerin Julie Wagner, und seinen Kindern, den Klägern Marguerite und Hans Wagner, das Parterre dieses Hauses. In der Mietwohnung befand sich eine Badeeinrichtung, bei der das Abzugsrohr des Badesofens in ein Kamin eingeführt war, das man ursprünglich für eine Bäckerei bestimmt, dann aber zugemauert hatte. Am 17. November 1907 begab sich Wagner, um ein Bad zu nehmen, in das Badezimmer und wurde nachher leblos aufgefunden. Laut dem Befund der gerichtsarztlichen Experten ist sein Tod auf eine Kohlenoxydvergiftung, verursacht durch die Leuchtgasfeuerung in dem abzugelassenen Badesofen, herbeigeführt worden. Mit der vorliegenden Klage haben nunmehr die Ehefrau und Kinder Wagner den Beklagten Rued als nach Art. 67 OR haftbaren Eigentümer auf Bezahlung von 50,383 Fr. 20 Cts. belangt, welche Forderung sie vor der zweiten Instanz auf 25,890 Fr. herabgesetzt haben. Der Beklagte hat auf Abweisung der Klage und eventuell auf bedeutende Reduktion des eingeklagten Betrages