

indem er ihr verheimlichte, daß Ehrlich in Wirklichkeit die Erfindung weit höher einschätze, als nach seiner Offerte zu schließen; der Beklagte erklärte sich dem Konkursamt gegenüber mit dieser Offerte ausdrücklich einverstanden, nachdem er sich zuvor von Ehrlich besondere, weitgehende Vermögensvorteile ausbedungen hatte.

b) Nicht besser steht es mit dem Verzicht des Beklagten auf den Auskauf nach Art. 577 OR. Beim Auskauf wäre dem Beklagten der wirkliche Wert der Erfindung und nicht mehr angerechnet worden; im Streitfall hätte der Richter zu entscheiden gehabt. Die Anrechnung eines besonderen Betrages auf den Verzicht wäre der Entgelt für eine unterbliebene Übervorteilung; eine solche durfte der Beklagte umsoweniger anrechnen, als er im maßgebenden Zeitpunkt (des Vertrages mit Ehrlich) noch Gesellschafter war und als solcher die Interessen der Gesellschaft den eigenen nicht hintansehen durfte.

c) Es verbleibt die vom Beklagten eingegangene Verpflichtung, innerhalb von 5 Jahren im Umkreise von 1000 km von Basel weder selber ein Asphalt- und Dachdeckungsgeschäft zu betreiben, noch sich an einem solchen zu beteiligen. Bei der Würdigung dieser Gegenleistung ist nicht auf den möglichen Wert des Verzichtes für den Beklagten abzustellen, sondern es ist zu prüfen, welche Bedeutung der Erwerber der Erfindung, Ehrlich, vernünftigerweise dem Konkurrenzverbot beimessen konnte; denn mehr wollte er dafür natürlich nicht bezahlen. Soweit die in den Patenten genannte besondere Asphaltmischung in Frage stand — und in diesem Sinne scheint die Klausel von den Zeugen aufgefaßt worden zu sein —, so ist selbstverständlich, daß der Beklagte sie nicht mehr herstellen durfte, da er ja die Erfindung nicht mehr besaß. Dafür bedurfte es keiner besonderen Vergütung, eventuell hätte sie der Gesellschaft zukommen müssen. Ob der Beklagte ein Asphalt- und Dachdeckungsgeschäft betriebe oder nicht, konnte Ehrlich, dem es um die Ausbeutung der Reformgusspatente zu tun war, gleichgültig sein. Zu befürchten hatte er höchstens, daß der Beklagte eine weitere Erfindung machen oder die alte insoweit verbessern könnte, daß dafür ein neues Patent genommen und den alten Konkurrenz gemacht werde. Allein daran wird der Beklagte durch den Vertrag mit Ehrlich nicht gehindert, denn der Betrieb eines „Asphalt- und Dach-

deckungsgefchäfts“ ist keine Voraussetzung für eine solche Erfindung und ihre Ausbeutung.

6. — Hieraus folgt, daß den Zuwendungen Ehrlichs und seiner Rechtsnachfolger an den Beklagten laut Separatvertrag vom 26. Juni 1911 keine persönlichen Leistungen desselben gegenüberstanden. Jene Zuwendungen bildeten in Wirklichkeit einen erheblichen Zuschlag zum Kaufpreis von 3000 Fr. laut Vertrag des Konkursamts mit Ehrlich vom 22. Juni 1911. Diese verdeckte Erhöhung des Kaufpreises sollte dem Beklagten allein zukommen, unter Umgehung der Konkursmasse Helfenberger. Eine solche Bevorzugung des einen Gesellschafters hält vor Art. 529 aOR (532 neu) nicht stand; danach ist jeder Gesellschafter verpflichtet, einen Gewinn, der seiner Natur nach der Gesellschaft zukommt, mit den andern Gesellschaftern zu teilen. Die Klage ist somit im Gegensatz zu den kantonalen Instanzen gutzuheißen. Über die Höhe der Klageforderung herrscht kein Streit; —

erkannt:

Die Berufung wird begründet erklärt. Demgemäß wird das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 28. Oktober 1913 aufgehoben und der Beklagte verurteilt, den Klägern den Betrag von 4250 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 22. Juni 1911 zu bezahlen und die Hälfte seiner Forderung von 1000 Fr. gegenüber Dr. Welti an die Kläger abzutreten.

**128. Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. Dezember 1913**  
in Sachen **Büchel-Meier**, Kl. u. Ber.-Kl., gegen  
**Beust-Thommen**, Vell. u. Ber.-Vell.

*Klage auf teilweise Rückvergütung des Kaufpreises wegen Entziehung einer gekauften Liegenschaft durch einen betreibenden Hypothekargläubiger. Keine Entwehrung nach Art. 192 rev. OR, wenn nach den Verhältnissen der Käufer die Betreibung abzuwenden hatte und wenn die Unterlassung dessen den rechtlich wesentlichen Grund des Entzuges bildet. Der Käufer hat die Betreibung abzuwenden, wenn er hinsichtlich der Hypothek, für die betrieben wurde, nach Art. 832 ZGB die Schuldpflicht übernommen hatte. — Ist die hypothekarische*

**Mehrbelastung unbedeutend grösser, als der Kaufvertrag vorgesehen, so berechtigt das den Käufer nicht, seine Verpflichtung aus der Schuldübernahme auf die Gefahr eines Entzuges durch die Betreibung abzulehnen. Ebenso ist unerheblich, dass er die Liegenschaft in Unkenntnis der schon hängigen Betreibung gekauft hat, falls er nur die Fälligkeit der betriebenen Hypothekarforderung kannte.**

1. — Durch Vertrag vom 1. Februar 1912 hat der Kläger Büchel-Meier von der Beklagten Frau Heuzi-Thommen ein Wohnhaus nebst Hofplatz in Binningen zum Preise von 45,000 Fr. gekauft. Der Vertrag enthält die Bestimmung: „darauf haften 28,000 Fr. zu Gunsten der Kantonalbank Diefstal.“ Die Kaufsumme sollte bezahlt werden: „1. durch Überbund der bestehenden Hypothek von 28,000 Fr.;“ 2. durch Anzahlung von 3000 Fr.; 3. durch Errichtung einer dritten Hypothek von 14,000 Fr. In Wirklichkeit war jedoch die hypothekarische Belastung beim Kaufabschluss eine andere: Sie bestand aus einer I. und II. Hypothek von je 7500 Fr., beide zu Gunsten der basellandschaftlichen Hypothekenbank in Diefstal, und einer III. und IV. Hypothek, jene von 13,200 Fr., diese von 1000 Fr., beide zu Gunsten der Aktienbrauerei Basel. Die Gesamtbelastung betrug also 29,200 Fr. Schon vor dem Kaufabschluss, am 8. Januar 1912, hatte die Gläubigerin der ersten und zweiten Hypothek gegen die Beklagte Betreibung auf Grundpfandverwertung angehoben, die dann später zu einer Zwangsversteigerung vom 7. Oktober 1912 führte, an der die Beklagte die Liegenschaft zum Preise von 35,000 Fr. erwarb.

Mit Schreiben vom 9. Mai 1913 an die Beklagte wies der Kläger durch seinen Anwalt auf die vorhandene Mehrbelastung hin, wobei er sie unrichtigerweise zu hoch, auf 1600 Fr., bezifferte, und forderte die Beklagte auf, ihm diese Summe zu bezahlen, ansonst er die Aufhebung des Kaufes in die Wege leiten und die Beklagte für den Schaden haftbar machen werde. Zum Kaufabschluss sei er auf Grund wissentlich falscher Angaben bewogen worden. — In ihrer Antwort vom 15. Mai bestritt die Beklagte durch ihren Anwalt, irgend welche falschen Angaben gemacht zu haben und zur Bezahlung der verlangten 1600 Fr. verpflichtet zu sein; der Kläger selbst habe die Kaufbedingungen festgesetzt. Daß die Hypothek der Aktienbrauerei (III. Ranges) nicht genau 13,000 Fr. betrage, habe

die Beklagte angegeben und bezüglich der andern Hypothek der Brauerei von 1000 Fr. sei die Verrechnung laut Abmachung Sache der Beklagten; vom Kläger sei die „Regelung“ nur von 28,000 Fr. verlangt worden.

Laut seinem nunmehrigen Klagebegehren, das die Vorinstanz durch Entscheid vom 26. September 1913 abgewiesen hat und das vor Bundesgericht erneuert wird, will der Kläger die Beklagte verhalten wissen, ihm die geleistete Anzahlung von 3000 Fr. und die durch ihn bezahlten Fertigungskosten von 234 Fr. 50 Cts. zurückzahlen, nebst Zins zu 5 % seit dem 7. Oktober 1912. Zur Begründung dieses Begehrens hat er geltend gemacht: Die Beklagte habe ihm als Verkäuferin die hypothekarische Belastung unrichtig zu niedrig angegeben und ihm auch verschwiegen, daß sie bereits auf Grundpfandverwertung betrieben sei. Sobald er diesen Sachverhalt entdeckt, habe er die Beklagte ersucht, für die Regelung der Differenz besorgt zu sein. Sie sei aber dieser Aufforderung nicht nachgekommen und infolgedessen sei die Liegenschaft dem Kläger durch Pfandverwertung entzogen worden. Die Geltendmachung seines weiteren Schadens behalte sich der Kläger ausdrücklich vor.

2. — Die Klage geht auf Rückvergütung der Leistungen, die der Kläger als Käufer gemacht hatte, und wird darauf gestützt, daß ihm der Kaufgegenstand entzogen worden sei. Es will somit ein Gewährleistungsanspruch des Verkäufers wegen Entwehrung geltend gemacht werden, welcher Anspruch sich freilich nach dem Rechtsbegehren auf die Rückgängigmachung nur eines Teiles der vom Käufer übernommenen Verpflichtungen, jener zur Leistung der Baranzahlung und zur Tragung der Fertigungskosten, bezieht. Der Beurteilung der Klage ist demzufolge und weil der streitige Kauf nach dem 1. Januar 1912 abgeschlossen wurde, der Art. 192 rev. OR zu Grunde zu legen, der laut Art. 221 rev. OR auch für den Grundstückskauf gilt.

3. — Der Art. 192 trifft auf den Fall insoweit zu, als dem Kläger die gekaufte Liegenschaft tatsächlich und zwar in vollem Umfang entzogen worden ist. Dagegen ist er aus einem andern Grunde unanwendbar: Eine Entwehrung im Sinne des Art. 192 liegt nämlich dann nicht vor, wenn es nach den gegebenen Verhältnissen Sache des Käufers war, die gegen den Kaufgegenstand gerichtete

Zwangsvollstreckung abzuwenden und wenn die Unterlassung, dies zu tun, als der rechtlich wesentliche Grund der Entziehung des Gegenstandes gelten muß. So verhält es sich aber hier:

a) Durch den Vertrag sind dem Kläger als Käufer zur teilweisen Bezahlung des Kaufpreises 28,000 Fr. an Hypotheken überbunden worden. Es enthält dies ein Versprechen des neuen Eigentümers zur Übernahme der Schuldpflicht nach Art. 832 ZGB, indem sich der Kläger gegenüber der Beklagten verpflichtete, jenen Betrag als persönlicher Schuldner dem Hypothekargläubiger bezahlen zu wollen (vergl. Art. 175 OR; Wieland, Kommentar z. OR Art. 832 N. 2a). Wenn ihm nun nachträglich das Grundstück infolge der Zwangsvollstreckung entzogen wurde, so ist dies wegen der Nichterfüllung dieser Verpflichtung geschehen, also aus einem von ihm selbst zu verantwortenden Grunde, nicht aber aus einem „Rechtsgrunde, der schon zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden“ hätte, wie ihn der Art. 192 voraussetzt. Erst mit dem Vertragsabschlusse selbst ist hier die Zahlungspflicht des Klägers begründet worden und die spätere Nichterfüllung erst bildet die rechtlich entscheidende Ursache der nachherigen Entziehung des Grundstückes.

Mit Unrecht wendet der Kläger hiegegen ein, die hypothekarische Gesamtbelastung sei um 1200 Fr. höher gewesen, als es der Kaufvertrag vorsehe. Diese Mehrbelastung konnte ihn nicht berechtigen, die Erfüllung der übernommenen Verpflichtung, für einen Hypothekarbetrag von 28,000 Fr. als Schuldner einzutreten, von sich abzulehnen, und zwar auf die Gefahr einer Entwehrung des Grundstückes hin. Es handelt sich um eine im Verhältnis zum Gesamtbetrag der Hypotheken ganz unbedeutende Mehrbelastung und in Wirklichkeit wurde durch sie die rechtliche Stellung des Klägers als Käufer gegenüber der Normierung im Kaufvertrag kaum erschwert. Die Folge war einfach, daß der Kläger einen etwas größeren Teil des Kaufpreises durch Übernahme von Hypotheken Dritter und einen entsprechend kleineren Teil in Form der einzuräumenden Verkäuferhypothek bezahlen mußte. Zudem scheint die fragliche Mehrbelastung nicht etwa die I. und II. Hypothek, für die betrieben war und derentwegen die Liegenschaft dem Kläger entzogen wurde, zu betreffen, sondern die zwei nachgehenden Hypotheken; wenigstens hat die Beklagte dies in ihrem Schreiben vom

15. Mai 1912 dem Kläger besonders auseinandergesetzt und dieser ihre Ausführungen, soviel ersichtlich, niemals bestritten. Der Kläger erklärt auch ausdrücklich, eine Summe von 28,000 Fr. zur Hypothekenablösung in Bereitschaft gehabt zu haben. Er war also durchaus in der Lage, der Entwehrung durch rechtzeitige Bezahlung der zwei in Betreibung gesetzten Hypotheken von zusammen 15,000 Fr. zuvorzukommen.

In der Berufungsschrift legt der Kläger besonders Gewicht noch darauf, daß die Beklagte keinen Beweis hinsichtlich der Frage anerbieten habe, ob die Entwehrung auf sein Verschulden zurückzuführen sei, und daß daher die obere kantonale Instanz von einer Beweiserhebung hierüber hätte absehen sollen. In dieser Beziehung hat man es aber mit einer vom Bundesgericht nicht nachzuprüfenden Anwendung kantonalen Prozeßrechts zu tun. Das Gleiche gilt, soweit der Kläger geltend macht, seine Behauptung, daß er die übernommenen Hypotheken von 28,000 Fr. geregelt habe, sei von der Beklagten nicht bestritten worden und sie müsse daher als zugestanden gelten. Übrigens widerspricht diese Behauptung seiner andern Angabe, er habe das Geld zur Ablösung bloß „in Bereitschaft gehalten“. Wäre sie aber richtig, so ließe sich alsdann nicht einsehen, wieso die Beklagte dafür einzustehen hätte, daß der Kläger trotz der behaupteten Befriedigung der betreibenden Gläubiger nicht hätte die Abstellung des Vollstreckungsverfahrens und im besondern der Versteigerung erwirken können.

b) Nach der Klage soll ferner die Beklagte für die Entziehung des Grundstückes auch deshalb haften, weil sie den Kläger beim Kaufabschlusse nicht von der bereits angehobenen Betreibung unterrichtet habe. Allein selbst wenn der Kläger die Liegenschaft in Unkenntnis dieser Betreibung gekauft hätte, so läge hierin doch kein für deren nachherige Entziehung kausales Moment. Entscheidend ist vielmehr, ob die Hypotheken fällig waren. Denn bejahendenfalls mußte der Kläger mit deren Rückzahlung auch dann rechnen, wenn noch keine Betreibung hängig war. Daß er aber über die Fälligkeit durch das Verschulden der Beklagten im Unklaren gewesen sei und deshalb die rechtzeitige Abstellung der Betreibung unterlassen habe, behauptet er selbst nicht. Es würde sich dies auch kaum mit seiner Angabe vertragen, er habe das für die Ablösung von

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 SchKG) 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, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen  
Bosson, Kl. u. Ber.-Bekl.

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 Garantieverprechen betreffend Verpflichtungen des Verkäufers aus einem frühern 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 Mägdzimmern im Dachstocke fallen.

1. — Am 27. Oktober 1909 kam zwischen dem Beklagten Kurz und dem Baumeister August Dietschy einerseits und dem Kläger Bosson 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 Beckenhoffstrasse 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 Beckenhoffstrasse 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 Kaufabschluss habe der Kläger Gewicht darauf gelegt, daß zu jeder Wohnung ein Mädchenzimmer im Dachstock gehöre. Nach der Fertigstellung 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 Dienstbotenzimmer 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 Garantieverprechen des Beklagten. — Mit der Forderung von 2200 Fr. verlangt der Kläger, ebenfalls unter