

Rechtsschutzes zu ermöglichen, ist dagegen nicht die Rede; Art. 956 enthält auch keinen Vorbehalt zu Gunsten der Bundesgesetzgebung zum Erlass weiterer, den Schutz des Firmenrechts bezweckender Bestimmungen, wie er in aOR Art. 876 noch enthalten war, und dementsprechend fehlt denn auch in Art. 32 der Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937 die Ermächtigung an den Richter zum Erlass vorsorglicher Verfügungen, die Art. 30 der HRegV von 1890 ausgesprochen hatte. Ob ein einstweiliger Rechtsschutz möglich sei, wird mangels einer bundesrechtlichen Regelung gleich wie bei der Unterlassungsklage aus Art. 28 ZGB — Schutz des Persönlichkeitsrechtes — ausschliesslich vom kantonalen Prozessrecht bestimmt (vgl. EGGER, Anm. 75 zu Art. 28 ZGB; GERMANN, Vorarbeiten zur eidgenössischen Gewerbegesetzgebung, S. 28, S. 157). Trifft somit die Behauptung der Beschwerdeführerin nicht zu, dass die Vorinstanz durch die Verneinung der Möglichkeit eines vorsorglichen Rechtsschutzes Bundeszivilrecht verletzt habe, so ist die Beschwerde abzuweisen.

3. — Selbst wenn aber die Streitfrage nach den Vorschriften des alten Rechtes, das bei Erlass des amtsgerichtlichen Urteils noch Geltung hatte, zu entscheiden wäre, so würde dadurch am Endergebnis nichts geändert. Zwar räumte, wie bereits ausgeführt worden ist, Art. 30 der HRegV von 1890 auf Grund der in Art. 876 aOR enthaltenen Ermächtigung dem Richter die Befugnis zum Erlass vorsorglicher Massnahmen ein, was nach dem Grundsatz des Vorranges des eidgenössischen Rechtes die Kantone verpflichtete, in ihrer Prozessgesetzgebung ein Verfahren zur Erwirkung einer solchen vorsorglichen Verfügung vorzusehen. Die Abweisung des Begehrens der Beschwerdeführerin mit der Begründung, das kantonale Prozessrecht kenne einen derartigen einstweiligen Rechtsschutz nicht, hätte daher nach altem Recht an sich eine Verletzung des Bundeszivilrechtes bedeutet. Die Beschwerde hätte jedoch gleichwohl abgewiesen werden müssen,

weil es die Vorinstanz nicht bei der Abweisung aus formellen Gründen hat bewenden lassen, sondern darüber hinaus das Begehren als materiell unbegründet bezeichnet hat. Sie hat also in Wirklichkeit das eidgenössische Recht, auf das sich die Beschwerdeführerin beruft, angewendet, womit der auf Art. 87 Ziff. 1 OG gestützten Beschwerde der Boden entzogen wäre. Denn ob die Vorinstanz die in Frage stehende Bestimmung des Bundesrechts richtig oder unrichtig ausgelegt habe, kann das Bundesgericht im Rahmen der zivilrechtlichen Beschwerde nicht überprüfen (GIESKER-ZELLER, Die zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht, S. 109)...

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

76. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. Dezember 1937 i. S. Ackermann gegen Wiesmann.

I. Kauf, Mängel der Kaufsache.

Schadenersatzansprüche, die nicht in Verbindung mit Wandelung, sondern mit blosser Minderung oder für sich allein geltend gemacht werden.

1. Art. 208 Abs. 2 OR ist nicht analog anwendbar. Erw. 2.
2. Zur Anwendung kommen Art. 97 ff, aber mit folgenden Einschränkungen:
 - a. Es gelten die Verjährungsfristen der Art. 210 u. 219 Abs. 3.
 - b. Es besteht die Prüfungs- u. Rügepflicht nach Art. 201. Erw. 3 a u. c.
- II. Mängelrüge, Art. 201. Auch ein äusserlich sichtbarer Mangel kann ein geheimer sein, nämlich dann, wenn er für den Käufer als Laien nicht erkennbar ist. Erw. 3 d.

A. — Am 19. November 1930 verkaufte der Beklagte dem Kläger seine Arztpraxis und sein Haus in Kleindietwil (Bern). Der Kläger wohnte seit Kaufsantritt in diesem Haus.

Am frühen Morgen des 25. Juni 1935 explodierte der elektrische Boiler im Badezimmer. Die Explosion war

von ausserordentlicher Heftigkeit ; alle Wände des Badezimmers wurden zerstört, das Mobiliar des Badezimmers gänzlich vernichtet, der Boiler und die Badewanne usw. in Stücke zerschmettert usw.

B. — Der Kläger belangt den Beklagten für den aus der Explosion entstandenen Schaden im Betrage von Fr. 10 000.— zuzüglich 5% Zins seit 30. November 1935. Der Beklagte bestreitet seine Haftbarkeit und macht eventuell Verjährung geltend.

Die Klage ist vom Bezirksgericht Mittelland durch Urteil vom 1. Oktober 1936 und vom Obergericht des Kantons Appenzell A. Rh. durch Urteil vom 26. Juli 1937 abgewiesen worden. Das Obergericht stellt als wesentliche Ursache der Explosionskatastrophe fest, dass an der Wasserzuleitung des im Jahre 1927 eingebauten Boilers das Überdruckventil und das Rückschlagventil in falscher Reihenfolge angebracht gewesen seien. Vom Boiler aus gesehen sei das Überdruckventil hinter statt vor dem Rückschlagventil einmontiert worden, weshalb ein Überdruck im Boiler nicht durch das Sicherheitsventil, sondern nur durch eine Explosion habe entweichen können. Das Obergericht verneint aber eine Haftung des Beklagten mangels Verschuldens (Art. 97 OR).

C. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung ans Bundesgericht erklärt mit den Anträgen, die Klage sei gutzuheissen, eventuell sei die eingeklagte Forderung grundsätzlich zu schützen und der Prozess zur Beweisabnahme über das Quantitativ an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Bundesgericht hat das angefochtene Urteil bestätigt.

Aus den Erwägungen :

1. ...

2. — Als Rechtsgrundlage für den vorliegenden Schadenersatzanspruch sind Art. 208 Abs. 2, Art. 97 ff. und Art. 41 ff. OR in Erwägung zu ziehen.

Nach Art. 208 Abs. 2 OR hat der Verkäufer bei Wande-

lung des Kaufes nicht bloss den bezahlten Kaufpreis samt Zins zurückzuerstatten, sondern überdies, entsprechend den Vorschriften über die vollständige Entwehung, die Prozesskosten, die Verwendungen und den Schaden zu ersetzen, der dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist. Die Pflicht zum Ersatz der Kosten, der Verwendungen und des unmittelbaren Schadens setzt den Nachweis eines Verschuldens beim Verkäufer nicht voraus und wird auch durch Exkulpation des Verkäufers nicht beseitigt. Diese Sondervorschrift ist dem Käufer besonders günstig, weshalb sich denn auch der heutige Kläger darauf beruft, indem er den eingeklagten Schaden als unmittelbaren bezeichnet.

Es ist deshalb zunächst zu entscheiden, ob die für die Wandelung aufgestellte Vorschrift des Art. 208 Abs. 2 OR auf die Minderung und allenfalls auch auf einen blossen Schadenersatzanspruch, ohne Verbindung mit einer Minderungsklage, analoge Anwendung finden kann.

Die Haftung für unmittelbaren Schaden ohne Rücksicht auf Verschulden gemäss Art. 208 Abs. 2 OR stellt eine Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz dar, dass nur für schuldhaftes rechtswidriges Verhalten gehaftet wird. Der Grund dieser Ausnahmegvorschrift ist nicht ohne weiteres ersichtlich. Nach BECKER, Komm. Art. 205 N. 1, bezweckt die Wandelungsklage nicht bloss gegenseitige Rückgabe der empfangenen Leistungen ; der Verkäufer habe, da er für die Beschaffenheit der Sache Gewähr leisten müsse, auch ohne Verschulden für den dem Käufer durch die Wandelung erwachsenden Schaden einzustehen. Wenn der Verkäufer unabhängig von seinem Verschulden verpflichtet ist, den aus der Wandelung erwachsenden Schaden zu ersetzen, so folgt daraus aber noch keineswegs, dass auch eine vom Verschulden unabhängige Ersatzpflicht für Schaden bestehen müsse, der auf den Mangel (und nicht auf die Wandelung) zurückgeht. Eher kann man diese aussergewöhnliche Bestimmung des Art. 208

Abs. 2 OR auf die Erwägung zurückführen, dass die Wandelung gerade die krassesten Fälle mangelhafter Lieferung betreffe, weshalb es billig sei, dem Verkäufer ohne Rücksicht auf sein Verschulden und ohne Exkulpationsmöglichkeit die Haftung für Schaden, allerdings nur für unmittelbaren Schaden, zu überbürden.

Ganz anders liegen die Verhältnisse bei der Minderung. Hier behält der Käufer die Sache, bleibt in ihrem Genuss und erhält durch die Minderung das ersetzt, was er an sich zu viel bezahlt hat. Damit ist der Käufer in der Regel hinreichend geschützt. Es fehlt daher hier an einem inneren Grund, den Käufer durch Gewährung eines vom Verschulden des Verkäufers unabhängigen Schadenersatzanspruches weiter zu begünstigen; es ist nicht einzusehen, warum der Schuldner in diesem Falle, anders als bei allen andern Verträgen, für die Folgen mangelhafter Vertragserfüllung ohne Exkulpationsmöglichkeit haften sollte.

Aus diesen Erwägungen ist die analoge Anwendung der für die Wandelung aufgestellten singulären Vorschrift des Art. 208 Abs. 2 OR auf die im Zusammenhang mit blosser Minderung oder für sich allein geltend gemachten Schadenersatzansprüche abzulehnen.

Auf dieser Auffassung beruht auch schon das bundesgerichtliche Urteil vom 1. Juni 1932 i. S. Strohschneider gegen « Autag », BGE 58 II 210 ff. Es wurde dort bei Beurteilung der Schadenersatzklage einzig auf Art. 97 ff. OR abgestellt und damit stillschweigend vorausgesetzt, dass eine analoge Anwendung von Art. 208 Abs. 2 OR nicht in Frage komme.

Unter diesen Umständen kann dahingestellt bleiben, ob der vom Kläger geltend gemachte Schaden als unmittelbarer im Sinne von Art. 208 Abs. 2 anzusehen wäre.

3. — Scheidet eine analoge Anwendung von Art. 208 Abs. 2 aus, so ist aber damit dem Schadenersatzanspruch, sei es allein oder in Verbindung mit der Minderungsklage, noch nicht jede vertragsrechtliche Grundlage entzogen.

Allerdings würde sich nach dem blossen Wortlaut von Art. 205 OR der Anspruch des Käufers bei Minderung auf den Ersatz des Minderwertes beschränken. Es fehlt hier eine dem Art. 208 Abs. 3 entsprechende Bestimmung, welche das allgemeine kontraktliche Schadenersatzrecht vorbehalten würde. Allein sowohl Lehre wie Rechtsprechung nehmen an, dass auch im Falle blosser Minderung die Rechte des Käufers sich nicht in der Preiserminderung erschöpfen können, sondern dass daneben die allgemeine Schadenersatzklage nach Art. 97 ff. OR gegeben sein muss (BGE 58 II 210 ff.; BECKER, Komm. Art. 205 N. 2; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 197 N. 6, Art. 205 N. 16).

Der im Streite liegende Anspruch lässt sich somit als Schadenersatzanspruch wegen unrichtiger Vertragserfüllung nach Art. 97 ff. OR begründen. Auf dieser Grundlage kann er aber selbstverständlich nicht bloss in Verbindung mit einer Minderungsklage, sondern auch als alleiniger Anspruch erhoben werden. Es steht nichts entgegen, dass der Schadenersatzanspruch, der eine natürliche Ergänzung des Gewährleistungsrechts bildet, allein, unter Verzicht auf Wandelung oder Minderung, geltend gemacht werde.

Immerhin können auf derartige, aus Mängeln der Kaufsache abgeleitete Schadenersatzansprüche nicht in jeder Hinsicht die Bestimmungen von Art. 97 ff. OR angewendet werden. Es ergeben sich hinsichtlich der Verjährung und der Mängelrüge Besonderheiten, die nachstehend zusammen mit den übrigen, nach Art. 97 ff. für den Klageanspruch geltenden Voraussetzungen (Kausalszusammenhang, Verschulden) zu behandeln sein werden.

a) Was vorab die Verjährungseinrede des Beklagten betrifft, so gilt nicht die allgemein zehnjährige Verjährungsfrist des Art. 127 OR. Wie in BGE 58 II 212/13 mit einlässlicher Begründung und unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung dargetan worden ist, kommt

hier zur Geltung, dass die Schadenersatzklage aus Mängeln der Kaufsache eine Klage auf Gewährleistung ist, weshalb bei Fahrniskauf die einjährige Verjährungsfrist des Art. 210, bei Grundstückskauf die fünfjährige Frist des Art. 219 Abs. 3 OR Platz greift...

b) (Kausalzusammenhang).

c) Zu Unrecht hat die Vorinstanz die Notwendigkeit einer Sachprüfung und Mängelrüge gemäss Art. 201 OR für den Schadenersatzanspruch grundsätzlich verneint.

Die besondere Natur der Schadenersatzansprüche, die aus Mängeln der Kaufsache hergeleitet werden, kommt auch hier zum Ausdruck. Die Prüfungs- und Rügepflicht nach Art. 201 bezweckt den Schutz des Verkäufers. Er soll vom Mangel innert tunlicher Frist in Kenntnis gesetzt werden, damit er sich selber rechtzeitig darüber Rechenschaft geben und die ihm dienenden Verfügungen treffen kann; ausserdem soll verhindert werden, dass der Käufer durch willkürliches Zuwarten die Veränderung der wirtschaftlichen Konjunktur zu Ungunsten des Verkäufers ausnütze. Das Bedürfnis, den Verkäufer auf diese Weise vor Nachteil zu bewahren, besteht aber nicht bloss im Hinblick auf die Gewährleistung im engeren Sinne, die Wandelung und Minderung, sondern auch im Hinblick auf allfällige Schadenersatzansprüche. Das Bedürfnis ist hier sogar noch grösser, weil der Verkäufer nicht nur ein Interesse daran hat, den Mangel als solchen, sondern auch die Schadensmöglichkeit, bzw. den Kausalzusammenhang mit dem bereits eingetretenen Schaden rechtzeitig abklären zu können, sei es persönlich oder mit Hilfe von Sachverständigen oder durch eine vorsorgliche gerichtliche Beweisaufnahme. Es besteht in solchen Fällen regelmässig die Gefahr einer raschen Verdunkelung des Tatbestandes, weshalb unverzügliche Feststellung für die Haftung oder Nichthaftung des Verkäufers von ausschlaggebender Bedeutung sein kann. Aus diesen Gründen müssen Sachprüfung und Mängelrüge, die Voraussetzung für die Gewährleistungsansprüche im engeren Sinne sind,

auch für den die Gewährleistung ergänzenden Schadenersatzanspruch gefordert werden. Für die den unmittelbaren Schaden betreffenden Ersatzansprüche nach Art. 208 Abs. 2 OR, die einen Bestandteil der Gewährleistung im engeren Sinne bilden, gilt die Voraussetzung ohnehin; zwischen dem unmittelbaren und mittelbaren Schaden in dieser Hinsicht einen Unterschied zu machen, wäre aber nicht gerechtfertigt.

Die wesentlich gleichen Erwägungen, welche das Bundesgericht in BGE 58 II 212/13 veranlasst haben, die aus Mängeln der Kaufsache abgeleiteten Schadenersatzansprüche von den längeren Verjährungsfristen der allgemeinen vertragsrechtlichen Schadenersatzansprüche auszunehmen und den kürzern Verjährungsfristen des Kaufgewährleistungsrechts zu unterwerfen, führen also dazu, für diese Schadenersatzansprüche auch die Prüfung und Mängelrüge nach Art. 201 OR zu verlangen. Der äussere Zusammenhang zwischen den Schadenersatz- und den reinen Gewährleistungsansprüchen ist ein so enger, dass sich eine einheitliche Behandlung hier wie dort aufdrängt. Vgl. Th. JÄGER, Die Haftung des Verkäufers für die Mängel der Fahrniskaufsache nach dem schweiz. Obligationenrecht, Zürich. Diss. 1911, S. 119 N. 5; für das deutsche Recht STAUB, Handelsgesetzbuch, § 377 Anm. 103, DÜBINGER-HACHENBURG V 1 S. 213, Anm. 241 lit. d.

d) Es ist daher zu prüfen, ob der Kläger die ihm nach Art. 201 OR obliegenden Verpflichtungen erfüllt hat. Auch die Vorinstanz setzt sich mit dieser Frage auseinander, obwohl sie die Bestimmung grundsätzlich nicht für anwendbar hält. Dabei bezeichnet sie die falsche Ventilanordnung als einen sichtbaren und darum nicht geheimen Mangel. Trotzdem sei selbstverständlich, dass der Mangel dem Kläger habe entgehen können. Der Kläger hätte aber vorsichtigerweise die Anlage durch einen Fachmann überprüfen lassen sollen, wobei dann der Fehler wohl entdeckt worden wäre. Infolge Unterlassung dieser Prüfung habe der Kläger die Mängelrüge verpasst.

Diese Ansicht ist unzutreffend. Gewiss war die Anordnung der Ventile äusserlich sichtbar. Da es sich aber um eine technische Installation handelte, musste der Kläger als Laie auch bei ordnungsgemässer Prüfung nicht notwendig auf die falsche Anordnung aufmerksam werden. Der Beklagte selber hat trotz jahrelangen Gebrauchs des Boilers den Mangel auch nicht erkannt, und nicht einmal die Handwerker, durch die er seinerzeit eine Revision vornehmen liess, sind darauf gestossen. Der Mangel war also trotz der äusseren Sichtbarkeit für den Kläger nicht erkennbar und demgemäss im Sinne von Art. 201 OR ein geheimer.

Der Kläger war auch nicht verpflichtet, einen Fachmann zur Prüfung der Boilieranlage heranzuziehen. Von einer allgemeinen Verpflichtung des Käufers, technische Einrichtungen dieser Art fachmännisch prüfen zu lassen, kann keine Rede sein, und ein besonderer Anlass, eine solche Prüfung anzuordnen, bestand für den Kläger nicht. Der Boiler hat tatsächlich auch nach Kaufübergang noch während Jahren funktioniert. Abgesehen hiervon erscheint durchaus ungewiss, ob die Prüfung der Anlage durch einen Fachmann wirklich zur Entdeckung des Mangels geführt hätte, ist derselbe ja auch bei der vom Beklagten veranlassten Revision nicht entdeckt worden.

e) (Der Beklagte hat den Nachweis erbracht, dass ihm kein Verschulden zur Last fällt; eine Haftung nach Art. 97 ff. ist daher zu verneinen.)

4. — (Mangels Verschuldens fällt auch eine Haftung nach Art. 41 ff. ausser Betracht.)

77. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. Dezember 1937

i. S. Bianchi gegen Schweiz. Bodenkreditanstalt.

Bürgschaft.

Zum voraus erteilte Zustimmung des Bürgen zu jeglichem künftigen Schuldnerwechsel. Frage der Zulässigkeit nach Art. 178 Abs. 2 OR sowie Art. 27 ZGB u. 20 OR.

Am 11. Juni 1932 verpflichtete sich der Kläger als Solidarbürge für eine auf der Liegenschaft Trottenstr. 73 in Zürich haftende Schuldbriefforderung der beklagten Bank im Betrage von Fr. 40,000.—. Schuldner war der damalige Liegenschaftseigentümer Baumann. In den gedruckten Bürgschaftsbedingungen ist die Bank, unbeschadet der Haftpflicht des Bürgen, berechtigt erklärt:

« 1....

2. bei einem allfälligen Wechsel des Eigentümers der Briefsunterpfande infolge Erbanges, Kaufes etc. ohne Anzeige an den Bürgen sich entweder an den alten Schuldner zu halten, oder diesen zu entlassen und den neuen Pfandeigentümer als Schuldner anzunehmen, in der ausdrücklichen Meinung, dass die vorstehende Bürg- und Selbstzahlerschaftsverpflichtung alsdann auch für den neuen Schuldner fortbestehe; »

In dem gegen Baumann durchgeführten Grundpfandverwertungsverfahren ersteigerte ein gewisser Perini am 4. Oktober 1933 die Liegenschaft für Fr. 45,000.—, unter Übernahme der persönlichen Schuldpflicht für den Schuldbrief. Gemäss Art. 834 ZGB teilte das Grundbuchamt die Eigentumsübertragung und die Übernahme der Schuldpflicht durch den Erwerber der Beklagten mit unter Hinweis auf ihr Recht, durch Erklärung binnen Jahresfrist nach Art. 832 ZGB den bisherigen Schuldner beizubehalten.

Mit eingeschriebenem Brief vom 18. November 1933 setzte die Beklagte den Kläger von dieser Anzeige in