

79. Urteil vom 29. September 1899 in Sachen  
Wolff gegen mechanische Ziegelfabrik Albißhof.

*Kauf. — Wandelungseinrede. Art. 243 O.-R. Der Verkäufer hat nur dafür einzustehen, dass die Ware zu dem vorausgesetzten Gebrauche objektiv tauglich, nicht noch dafür, dass der Gebrauch am Orte der Verwendung gestattet sei. Stillschweigende Zusicherung von Eigenschaften. — Einrede des Betrugtes, Art. 24 O.-R.*

A. Durch Urteil vom 9. Mai 1899 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

Der Beklagte ist schuldig, an die Klägerin den Betrag von 10,438 Fr. 50 Cts. nebst 5 % Zins seit 1. April 1898 zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit den Anträgen: Die Widerklage im Betrage von 945 Fr. 40 Cts., sowie die vom Beklagten der Hauptklage zur Kompensation verstellte Gegenforderung im Betrage von über 10,000 Fr. seien gutzuheissen, bezw. es sei über deren materielle Begründetheit ein Beweisverfahren einzuleiten.

C. In der heutigen Verhandlung begründet der Beklagte seine Berufung. Der Vertreter der Klägerin trägt auf Abweisung der Berufung, eventuell auf Rückweisung der Akten zur Durchführung des Beweisverfahrens an die Vorinstanz, an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Klägerin lieferte dem Rechtsvorfahren des Beklagten Karl Wolff, sowie dem Beklagten selber (der das Baugeschäft des erstern im Januar 1898 übernahm) in der Zeit vom September 1896 bis Januar 1898 Backsteine, sowie zwei Posten Heu, wofür sich ihr Guthaben auf 25,938 Fr. 50 Cts. belief. Hieran wurden Zahlungen im Gesamtbetrage von 15,500 Fr. geleistet, so daß die Klägerin noch 10,438 Fr. 50 Cts. zu fordern hat. Im September 1898 klagte die Klägerin diese Summe nebst Zins zu 5 % seit 1. April 1898 ein. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Er anerkannte die Klageforderung

an sich, abzüglich eines Betrages von 945 Fr. 40 Cts., und machte bezüglich der weitem Summe eine Schadenersatzforderung geltend, die er auf folgende Thatsachen stützte: Vom Oktober bis zum Dezember 1897 bezog der Beklagte von der Klägerin im ganzen 16,300 Stück sog. M. Kaminsteine (Maschinen-Kaminsteine, die von 3 Löchern durchbohrt sind), zum Gesamtpreise von 945 Fr. 40 Cts. Er verwendete dieselben zum Bau von Kaminen an seinen zwei Neubauten an der Asyl-Konkordiastrasse in Zürich V. Während aber früher gegen die Verwendung derartiger Steine zu diesem Zwecke nie Einspruch erhoben worden war, untersagte die städtische Polizeibehörde dem Beklagten mit Verfügung vom 4. Januar 1898 gestützt auf § 97 der Feuerpolizeiverordnung vom 1. Oktober 1896 den Gebrauch derselben und verfügte, er habe sämtliche Kamine an seinen zwei Neubauten zu entfernen und den Vorschriften des citierten Paragraphen der Feuerpolizeiverordnung entsprechend zu erstellen, wonach Kamine in vollen liegenden Ziegelsteinen oder einem, in Bezug auf Widerstandsfähigkeit gegen das Feuer, gleichwertigen Material erstellt und zudem verputzt werden müssen. Ein gegen diese Verfügungen vom Beklagten ergriffener Rekurs blieb in allen Instanzen erfolglos. Der Beklagte erstellte daher, um sich durch den Abbruch und die Neuerstellung der Kamine nicht in allzu große Kosten zu stürzen, in den genannten Neubauten Centralheizungen und Gaskochherde. Auf eine im Mai 1898 von der Klägerin an ihn gerichtete Zahlungsaufforderung antwortete er mit Brief vom 18. gl. Mts. u. a.: es bestehen bezüglich der Kaminsteine Differenzen mit der Baubehörde, wodurch er Entziehung der Wohnungsbewilligung zu gewärtigen habe; er sehe sich daher veranlaßt, den Ausgang der Sache abzuwarten, wobei wahrscheinlich wegen Verkaufs verbotener Steine die Klägerin in Mitleidenschaft werde gezogen werden, was sie selber schon anerkannt habe. Für die aus den Neubauten entstandenen Mehrauslagen, sowie für den Ausfall an Mietzins wegen späteren Bezuges der Häuser machte er nun im vorliegenden Prozesse die Klägerin verantwortlich, indem er sich in rechtlicher Beziehung einmal auf Art. 243 ff. O.-R. stützte, also eine Wandelungseinrede geltend machte, und sodann die Lieferung der Kaminsteine aus dem

Gefichtspunkte des Betrugés, Art. 24 O.-R., ansocht. Beide kantonalen Instanzen haben die Klage gutgeheißen, den Standpunkt des Beklagten somit als unhaltbar zurückgewiesen.

2. Das Klagesfundament und das Quantitativ des klägerischen Anspruches sind an sich nicht bestritten, allein der Beklagte behauptet aus zwei Gründen der Klägerin die Klagesforderung nicht zu schulden: in erster Linie verlangt er Ungültigerklärung der oben genannten Käufe von 16,300 Stück Kaminsteinen und fordert Abzug des daherigen Kaufpreises von 945 Fr. 40 Cts. von der Klagesumme; sodann macht er eine selbständige Schadenserlagforderung geltend, die er dem nach Abzug jener 945 Fr. 40 Cts. noch übrig bleibenden Betrag der Klagesforderung kompensationsweise gegenüberstellt. Daß in dieser Stellungnahme des Beklagten nicht, wie er fälschlich geglaubt, eine Widerklage liegt, ist ohne Weiteres klar und von der Vorinstanz mit Recht bemerkt worden; der Beklagte stellt keinen Antrag auf Verurteilung der Klägerin zur Bezahlung von Schadenserlag, insbesondere in dem die Klagesforderung übersteigenden Betrage, sondern begnügt sich mit jenen zwei Einreden. Beide Ansprüche stützt er einerseits auf Art. 243 ff., anderseits auf Art. 24 O.-R.

3. Zum ersten Standpunkte des Beklagten, seiner Wandelungseinrede, ist zu bemerken: Der Beklagte, der (resp. dessen Rechtsvorfahr) von der Klägerin schon vor den streitigen Lieferungen Kaminsteine bezogen hatte, ohne je gegen deren Annahme und Zahlung Widerspruch zu erheben, behauptet nicht, daß die Lieferungen vom Oktober bis Dezember 1897 gegenüber jenen früheren Lieferungen Mängel aufgewiesen hätten; und das, angesichts der Feststellungen der Vorinstanz, offenbar mit Recht. Er stützt seine Einrede einzig darauf, daß die fraglichen Kaminsteine zur Zeit, da sie ihm verkauft worden sind, zu dem vorausgesetzten Gebrauche gemäß der am 1. Oktober 1896 in Kraft getretenen neuen Feuerpolizeiordnung nicht verwendbar gewesen seien, daß ihnen sonach eine zugesicherte Eigenschaft gemangelt habe. Es fragt sich sonach, wie weit von der Klägerin eine Zusicherung (ein dictum et promissum) dafür gegeben worden sei, daß die Steine zum Kaminbau verwendet werden können, und wie weit die Klägerin für ihre Zusicherung haftet. Auf ein aus-

drückliches Versprechen der Klägerin nun, die Steine seien zum Kaminbau zu gebrauchen, gründet der Beklagte seine Einrede selber nicht; er leitet vielmehr die Zusicherung der Klägerin daraus her, daß sie ihm Backsteine unter dem Namen Kaminsteine verkauft habe. In der That wird im allgemeinen zu sagen sein, daß der Verkauf von Sachen, die einen den Gebrauch anzeigenden Namen tragen (Insektenpulver, Zahnwasser, Copier-tinte) implicite die Zusicherung in sich schließt, daß die betreffende Sache für den durch den Namen angedeuteten Gebrauch tauglich, geeignet sei (ausgenommen natürlich den Fall bloßer Phantasiebezeichnungen). Nun gehört allerdings die Bezeichnung „Kaminsteine“ zu dieser Kategorie; hieran ändert der Umstand nichts, daß diese Steine nach der Feststellung der Vorinstanz auch zu andern Zwecken (z. B. für Gewölbe) verwendet werden können; ihr erster und hauptsächlichster Gebrauch, wie er durch den Namen angezeigt wird, ist die Konstruktion von Kaminen. Die Klägerin haftet daher dafür, daß die fraglichen Steine für diesen Gebrauch tauglich, geeignet seien. Allein dieser Haftung hat die Klägerin vollständig genügt; diese Steine wurden bis zum Inkrafttreten der neuen Feuerpolizeiordnung in Zürich anstandslos zum fraglichen Gebrauche verwendet und werden es auch jetzt noch an Orten, wo ihr Gebrauch nicht verboten ist; und der Beklagte selber hat durch die That bewiesen, daß er sie als zu diesem Gebrauche tauglich ansah. Die Einrede des Beklagten könnte daher nur dann geschützt werden, wenn die Klägerin auch dafür garantieren müßte, vermöge des einfachen Verkaufes von Sachen, die einen den Gebrauch anzeigenden Namen tragen, daß dieser Gebrauch am Orte des Käufers nun auch wirklich möglich, gestattet sei. Allein es leuchtet ein, daß dies eine unzulässige Ausdehnung der Gewährspflicht des Verkäufers wäre; es braucht hierfür nur an die Mannigfaltigkeit der Gesetzgebungen und Verordnungen, die von Land zu Land, von Ort zu Ort, wechseln, erinnert zu werden, um einzusehen, daß die gesetzliche Gewährspflicht des Verkäufers nicht derart ausgedehnt werden kann. Vielmehr ist es Sache des Käufers, der den Genuß von der verkauften Sache haben will, zu wissen, ob sie nach der Gesetzgebung seines Landes und Ortes zu dem von ihm beab-

sichtigten (aus dem Namen hervorgehenden) Zwecke auch wirklich gebraucht werden darf. Nach all dem gesagten erscheint die Wandelungseinrede als unbegründet, und ist nicht zu untersuchen, inwiefern sie auch wegen Verspätung (Art. 246 O.-R.) oder wegen Verwendung der Sache (Art. 254) abgewiesen werden müßte.

4. Es ist daher der zweite Standpunkt des Beklagten: Die Einrede der Arglist und die auf diese gestützte Anfechtung des Kaufes, zu untersuchen. Nach der eigenen Darstellung des Beklagten würde diese Arglist der Klägerin in einer Unterlassung bestehen, nämlich darin, daß der Direktor der Klägerin, obschon ihm zur Zeit der fraglichen Käufe bekannt gewesen sei, daß die Kaminsteine nicht mehr zum Kaminbau verwendet werden dürfen, den Beklagten hievon nicht unterrichtet und somit seinen Irrtum hierüber benutzt habe. Nun kann allerdings, nach feststehender Praxis des Bundesgerichtes, ein Betrug beim Vertragsabschlusse ebensowohl durch (positive) Handlung wie durch Unterlassung begangen werden; im letztern Falle ist erforderlich, daß der eine Kontrahent weiß, daß der andere sich über ein Element des Vertrages oder über einen Umstand, der ihn zur Eingehung des Vertrages bestimmt, im Irrtum befindet und diesen Irrtum benutzt, um den andern zum Vertragsabschlusse zu bewegen. In casu müßte also erwiesen sein, nicht allein, daß die Klägerin wußte, daß die „Kaminsteine“ nicht mehr zum Kaminbau verwendbar waren, sondern auch, daß sie von der Nichtkenntnis des Beklagten hierüber unterrichtet gewesen sei und zugleich habe annehmen müssen, daß der Beklagte die Steine nur, um sie zum Kaminbau zu verwenden, kaufe. Ist nach der Aktenlage schon nicht erwiesen, daß die Klägerin von dem Verbote der Verwendung jener Steine zu Kaminbauten überhaupt vor dem November 1897 Kenntnis gehabt habe (indem erst in dieser Zeit der Direktor der Klägerin von einem Angestellten der Feuerpolizei hierauf aufmerksam gemacht wurde), so mangelt vollends jeder Beweis für die weiteren Erfordernisse. Gewiß steht außer Zweifel, daß der Beklagte (bezw. C. Wolff) vom Bestehen des Verbotes der Verwendung der „Kaminsteine“ zum Kaminbau keine Kenntnis hatte; allein dafür, daß der Klägerin dieser Umstand

bekannt war, liegt nichts vor; gegenteils konnte sie annehmen, dem Beklagten, als Bauunternehmer, sei die Feuerpolizeiverordnung bekannt, um so mehr, als sie feststelltermäßen in Zürich an jede Haushaltung verteilt worden ist; sie konnte überdies der Meinung sein, auch der Beklagte sei von dem Verbot durch Anestellte der Feuerpolizei speziell benachrichtigt; endlich konnte sie sich denken, der Beklagte werde die Kaminsteine zu andern Zwecken, als zum Kaminbau, verwenden, da sie, wie schon bemerkt, nach der Feststellung der Vorinstanz anderweitig verwendbar sind. Auch dieser Standpunkt erscheint sonach als unbegründet.

5. Mit der Unbegründetheit der beiden Standpunkte des Beklagten, mit denen er den Vertrag angefochten hat, fällt notwendigerweise auch die darauf gestützte Schadensersatzforderung und damit die Kompensationseinrede dahin.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und somit das Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 9. Mai 1899 in allen Teilen bestätigt.

80. Arrêt du 22 septembre 1899,

dans la cause Glauser-Rorel contre von Auw frères & Cie.

**Acte illicite**, art. 50 ss. CO. — **Prescription de l'action**, art. 69, 154 ch. 2 eod.; interruption par citation en conciliation. La circonstance que d'après la procédure cantonale un délai péremptoire est indiqué à l'instant pour donner suite à son action et que le demandeur n'a pas observé ce délai est sans importance. Circulaire, que les défendeurs ont dû, pour des motifs sérieux, retirer subitement au demandeur la représentation de leur maison. — Atteinte grave à la situation personnelle, art. 55 CO.

A. — Ernest Glauser a été employé en 1886 et 1887 comme commis-voyageur au service de la maison von Auw frères à Morges, qui lui a délivré le 15 avril 1888 un certificat constatant qu'elle n'avait eu qu'à se louer de sa conduite et de son travail.