

ob der Kläger das von ihm versprochene Darlehen geleistet, bezw. in genügender Weise angeboten habe, ist somit im Gegensatz zu dem angefochtenen Urteil verneinend zu beantworten. Danach wäre grundsätzlich das Urteil aufzuheben, und die Sache zu neuer Entscheidung, auf Grund der vom Bundesgericht getroffenen rechtlichen Beurteilung des genannten Präjudizialpunktes, an die Vorinstanz zurückzuweisen. Nun haben sich jedoch die Parteien heute beidseitig damit einverstanden erklärt, daß das Bundesgericht hievon absehe und die Streitigkeit auch in der Hauptsache durch Urteil erledige; in der That hätte die Rückweisung praktisch keinen Zweck. Denn das angefochtene Urteil geht mit dem erstinstanzlichen Richter davon aus, daß der Liegenschafts Kauf suspensiv an die Bedingung geknüpft gewesen sei, daß der Kläger dem Beklagten das am 9. September 1898 vereinbarte Darlehen verschaffe, und daß somit bei Nichteintritt dieser Bedingung der Beklagte aus dem Liegenschafts Kauf nicht verpflichtet sei. Mit der Entscheidung, daß der Kläger die ihm aus dem Darlehensvertrag obliegende Leistung nicht erfüllt, bezw. nicht genügend angeboten habe, ist somit von dem Standpunkt aus, den die Vorinstanz in dem angefochtenen Entscheid in der rechtlichen Beurteilung des Liegenschafts Kaufes eingenommen hat, die Abweisung der Klage ohne weiteres gegeben.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird als begründet erklärt, und daher in Aufhebung des Urteils der Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. August 1899 die Klage abgewiesen.

#### 104. Urteil vom 2. Dezember 1899 in Sachen Gastl gegen Wirz.

*Werkvertrag. Abzug am Werklohn wegen Verspätung und wegen Mängel. Replik der Genehmigung des Werkes. Art. 361 und 357 Abs. 1 O.-R. Ablieferung des Werkes.*

A. Durch Urteil vom 15. September 1899 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen erkannt, der Kläger habe sich an seiner Forderung von 5896 Fr. 25 Cts. den Betrag von 1559 Fr. 40 Cts. in Abrechnung bringen zu lassen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrage: Es sei zu erkennen, der Beklagte sei nicht berechtigt, von der klägerischen Forderung einen Abzug zu machen; eventuell sei dem Beklagten nur ein Abzug von 700 Fr. resp. 10% gemäß Expertengutachten gestattet.

C. Der Beklagte ersucht in seiner Antwortschrift um Bestätigung des kantonsgerichtlichen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Parteien schlossen am 14. April 1898 miteinander einen sogenannten Bauvertrag ab, wonach der Beklagte Wirz dem Kläger Gastl die sämtlichen Zimmer-, Schreiner- und Glaserarbeiten für ein Haus und eine Scheune in der Rütli, Gemeinde Uznach, auf des Beklagten Grund und Boden, in Afford übergab. Das Bauholz zum Abbund war vom Beklagten zu liefern. Die Scheuer sollte bis zum 28. Mai 1898 so hergestellt sein, daß der Beklagte ungehindert das Heu einsammeln konnte. Der ganze Bau, Haus und Scheune, hatte bis 1. August 1898 untadelhaft fertig erstellt zu sein. Sämtliche Arbeiten waren solid und untadelhaft zu erstellen. Nach der Feststellung der Vorinstanz war die Scheune circa Mitte Juli 1898, das Haus im Januar 1899 beziehbar. Am 3. Januar 1899 stellte der Kläger dem Beklagten über die Arbeiten Rechnung, d. d. 27. Dezember 1898; die Rechnung enthält Posten für Arbeiten aus der Zeit vom August bis 24. Dezember 1898 und beläuft sich auf 6996 Fr.

25 Cts., abzüglich vom Beklagten bezahlte 1100 Fr., so daß der Saldo zu Gunsten des Klägers auf 5896 Fr. 25 Cts. lautet. Am 27. gleichen Monats schrieb der Beklagte dem Kläger, er anerkenne die Rechnung nicht, schon weil dieselbe bedeutend überseht sei; ferner behalte er sich die Prüfung des Werkes bis nach Erstellung desselben vor, und wahre sich diesbezüglich alle Rechte. Nach erfolglosem Zahlungsbefehl erhob hierauf der Kläger gegen den Beklagten die vorliegende Klage, die auf Zahlung von 5896 Fr. 25 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 20. Januar 1899 geht. Der Beklagte beantragte, der Kläger sei mit seinem Klagebegehren in dem Sinne abzuweisen, daß von dessen Forderung abgezogen werden: 1. Der Minderwert des Gebäudes infolge mangelhafter und nicht vertragsgemäßer Arbeit; 2. die durch Verschulden des Klägers entstandenen Mehrkosten; 3. die übersehten Preisansätze einzelner Arbeiten und der Gesamtarbeit; 4. der Schaden, der dem Beklagten infolge nicht rechtzeitiger und mangelhafter Erstellung des Werkes entstanden sei; 5. eine Forderung des Beklagten an den Kläger von 59 Fr. 40 Cts. Die Vorinstanzen haben die letztgenannte Forderung des Beklagten, gestützt auf die Anerkennung des Klägers, geschützt und im übrigen die Forderungen des Beklagten wegen mangelhafter und verspäteter Erstellung des Werkes gestützt auf Expertise, Zeugeneinvernahme und Augenschein grundsätzlich als begründet erklärt und den Betrag der diesbezüglichen Vergütung auf 1500 Fr. festgesetzt.

2. Streitig ist heute nur noch, ob der Beklagte berechtigt sei, an der an sich anerkannten Forderung des Klägers Abzüge wegen verspäteter Erstellung der Scheune und wegen Minderwertes des Werkes zu machen, und wenn ja, wie hoch diese Abzüge zu bemessen seien. Den ersteren Punkt: den Schadenersatz wegen verspäteter Fertigstellung der Scheune betreffend, nimmt der Kläger lediglich den Standpunkt ein, die — von ihm zugegebene — Verspätung sei auf die Schuld des Beklagten zurückzuführen. (Ausführung, daß dies unstichhaltig sei.)

3. Den Abzug wegen Minderwertes bestreitet der Kläger mit der Behauptung, der Beklagte habe das Werk genehmigt, während er die Thatsache, daß Mängel vorhanden seien, ausdrücklich zugibt. Jenen Standpunkt nun begründet der Kläger

in erster Linie damit, die Mängelrügen des Beklagten seien verspätet; er stützt sich also auf die in Art. 361 in Verbindung mit Art. 357 Abs. 1 D.-R. vorgesehene stillschweigende Genehmigung. Bei Prüfung dieser Gegeneinrede ist vorab zu untersuchen, wann die Ablieferung des Werkes erfolgt ist und wonach die in Art. 357 Abs. 1 vorgeschriebene Frist zur Prüfung begonnen hat; und für Entscheidung dieser Frage ist wiederum präjudizierlich die weitere, welches Werk nach dem Vertragsinhalte vom Kläger überhaupt zu liefern gewesen sei. Nach dem bloßen Wortlaute des Vertrages nun könnte angenommen werden, der Werkvertrag sei auf die Erstellung der einzelnen Schreiner- und Glaserarbeiten gegangen, und alsdann müßte gesagt werden, daß die Frist zur Prüfung jeweilen mit der Ablieferung dieser einzelnen Arbeiten begann. Allein das kann nicht der Sinn des Vertrages sein. Durch den von den kantonalen Instanzen vorgenommenen Augenschein ist nämlich erstellt, daß nur der Unterbau der Gebäude aus Stein, alles übrige dagegen aus Holz konstruiert ist; wie nun der Beklagte die Maurerarbeit in globo einem Maurermeister übergeben hat, so hat er mit der Schreiner- und Glaserarbeit in globo den Kläger betraut; das vom Kläger zu erstellende Werk bestand also nicht in der Anfertigung der einzelnen Schreiner- und Glaserarbeiten, sondern in der Erstellung der Gebäude, soweit sie aus Holz zu bestehen hatten. Die Frist für den Beginn der Mängelrüge begann daher erst mit der Ablieferung dieser Gebäude. Diese Ablieferung, Übergabe an den Beklagten, hat nun noch gar nicht stattgefunden; gegenteils ist von der Vorinstanz festgestellt, daß zur Zeit, als sie ihren Augenschein vornahm, das Werk noch nicht vollendet war. Allerdings hat der Beklagte die Scheune Mitte Juli 1898 und das Haus im Januar 1899 bezogen; allein hieraus folgt die Ablieferung nicht; diese kann vielmehr erst stattfinden nach der gänzlichen Vollendung der Arbeiten. Etwas anderes wäre nur anzunehmen bei gegenteiliger Vereinbarung der Parteien, wofür hier nichts vorliegt. Unter diesen Umständen kann von einer Verwirkung der Mängelrüge infolge stillschweigender Genehmigung keine Rede sein. In zweiter Linie behauptet der Kläger, die Mängelrüge sei dadurch verwirkt, daß der Beklagte bei den Arbeiten stetsfort an-

wesend gewesen sei und sich vom Gange und der Ausführung derselben habe überzeugen können, eine Rüge aber niemals erhoben habe. Zuzugeben ist nun allerdings, daß auch vor der Vollendung des Werkes der Besteller auf Mängelrügen verzichtet und sein Einverständnis mit den Arbeiten bezeugen kann; allein zur Annahme eines solchen Einverständnisses genügt das bloße Stillschweigen des Bestellers und das Unterlassen von Reklamationen nicht, da der Besteller vor Ablieferung des Werkes zur Prüfung nicht verpflichtet ist. Gegen den Beklagten liegt nun aber höchstens dieses Stillschweigen vor, wenn man nicht sogar annehmen will, er habe mehrfach reklamiert; gegen die dem Kläger geschuldete Nebenpflicht verstößt seine Handlungsweise jedenfalls nicht. Nach dem Gesagten muß auch die zweite Gegeneinrede des Klägers als unbegründet erklärt und der Lohnabzug grundsätzlich gutgeheißen werden.

4. Hinsichtlich des Quantitativen der dem Beklagten kompensationsweise zuzusprechenden Summe für Entschädigung wegen Verspätung und Abzug wegen Minderwertes ist die Vorinstanz offenbar ohne Verletzung von Bundesrecht über den Ansatz der Experten hinausgegangen, indem sie sich hierbei auf anderweitige Beweismittel, insbesondere Zeugeneinvernahme und Augenschein, gestützt hat; für das Bundesgericht liegt kein Grund vor, an der von der Vorinstanz auf Grund der Beweisergebnisse und in Anwendung des freien Ermessens festgesetzten Summe eine Änderung vorzunehmen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und somit das Urteil des Kantonsgerichtes von St. Gallen vom 15. September 1899 in allen Teilen bestätigt.

105. Urteil vom 9. Dezember 1899  
in Sachen Nordostbahngesellschaft gegen Kummer.

*Klage auf Rückzahlung einer freiwillig bezahlten Nichtschuld. Art. 72 O.-R. Expropriation eines Grundstückes, richterliche Festsetzung der Entschädigung unter Vorbehalt des Nachmasses. Bezahlung der Entschädigung ohne vorheriges Nachmass und ohne Vorbehalt, spätere Verifikation und demzufolge Klage auf Rückzahlung des zu viel Geleisteten.*

A. Durch Urteil vom 14. Juli 1899 hat das Obergericht des Kantons Schaffhausen die Klägerin mit ihrer Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und beantragt, es sei in Aufhebung desselben der Berufungsbeklagte zu verpflichten, ihr 3306 Fr. samt Zins zu 5 % seit dem 1. November 1893 zu bezahlen. Der Berufungsbeklagte beantragt in seiner Antwortschrift Abweisung der Berufung und sämtlicher Rechtsbegehren der Klägerin; eventuell: Rückweisung der Sache an die kantonalen Instanzen zum Zwecke materieller Instruktion auf dem Boden des eidgenössischen Rechtes und unter Vorbehalt aller prozessualischen und materiellrechtlichen Standpunkte des Beklagten auf dem durch das Bundesgericht festgestellten Rechtsboden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In dem Expropriationsprozeß zwischen Martin Kummer in Schaffhausen und der schweizerischen Nordostbahn hat die Instruktionskommission des Bundesgerichtes in ihrem am 25. April 1894 erlassenen Urteilsantrag bestimmt, die Schweiz. Nordostbahn habe dem Expropriaten Kummer zu bezahlen: „für 2041 Quadratmeter Garten, Wege und Gemüseland, Nachmaß vorbehalten, 9 Fr. 50 Cts. per Quadratmeter, 19,389 Fr. 50 Cts.“ nebst Zins zu 5 % vom Tage der Inanspruchnahme an. Nachdem beide Parteien den Urteilsantrag angenommen hatten, wurde derselbe durch Urteil des Bundesgerichtes vom 21. Mai 1894 als in Rechtskraft erwachsen erklärt. Dem angegebenen Maß waren, wie nicht bestritten ist, die Einträge im Grundbuch der