

Maßes von Aufmerksamkeit jeglicher Gefahr auszuweichen. Es ist hiefür auf die bereits erwähnten Tatumstände, namentlich die vorherige Benützung des Telephons durch die Tochter des Beklagten, hinzuweisen und im übrigen noch beizufügen, daß die Unfallstelle zur Zeit des Absturzes des Klägers von zwei Fenstern aus vom Tageslicht gut beleuchtet war, daß der Kläger selbst zugibt, früher mehrmals und auch noch am Unfallstage im Laden des Beklagten ein- und ausgegangen zu sein, und daß er sich, wenn er in Kenntnis der Sachlage die Einwilligung zur Benützung des Telephons nachgesucht und erhalten hat, aus eigener Entschließung der Gefahr ausgesetzt hat und daher auch zunächst die Folgen tragen muß. Ob überhaupt der Beklagte für die von seiner Ehefrau erteilte Einwilligung rechtlich verantwortlich gemacht werden könnte, darf bei diesem Sachverhalt unerörtert bleiben.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der II. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern vom 30. Juni 1911 in allen Teilen bestätigt.

#### 14. Urteil vom 23. Februar 1912 in Sachen

**Tappolet, Kl. und Ber.-Kl., gegen**

**Einwohnergemeinde Stein a./Rh., Bekl. und Ber.-Bekl.**

*OR Art. 145, 301 u. 310. Pacht. Unmöglichkeit der Erfüllung auf Seite des Verpächters, wenn bei Pacht landwirtschaftlicher Grundstücke das Wohn- und Oekonomiegebäude abbrennt? Pflicht des Verpächters zur Wiederherstellung der abgebrannten Gebäulichkeiten? Wichtiger Grund zur Auflösung der Pacht; Schadenersatz.*

A. — Durch Urteil vom 13. Oktober 1911 hat das Obergericht des Kantons Schaffhausen in vorliegender Streitsache erkannt: „Die Beklagte ist gerichtlich gehalten, dem Kläger (unter allen Titeln) den Betrag von 1500 Fr. zu bezahlen.“

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage: „Es sei die Be-

klage zu verurteilen, dem Kläger zu bezahlen 9039 Fr. nebst 5 % Zins ab 7. Februar 1910, eventuell eine nach richterlichem Ermessen zu bestimmende Summe.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Berufungsklägers den gestellten Antrag erneuert. Der Vertreter des Berufungsbeklagten hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils, eventuell auf Rückweisung des Falles zu neuer Beurteilung durch die Vorinstanz angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Im März 1909 hat die Beklagte, die Einwohnergemeinde Stein a./Rh., mit dem Kläger Adolf Tappolet einen Pachtvertrag über das 47 Hektaren umfassende Hofgut Unterwald abgeschlossen, wonach der Beklagte das Gut um einen jährlichen Pachtzins von 2500 Fr. für die beiden ersten Jahre und von 3500 Fr. für die spätere Pachtzeit auf 15 Jahre mit Antritt auf Lichtmeß 1910 als Pächter übernahm. Am 27. Oktober 1909, also vor dem vereinbarten Antritt, brannten sämtliche Pachtgebäude mit Ausnahme des Schweinestalles und des Waschhauses ab, für welchen Schaden die Beklagte in der Folge 42,000 Fr. von der Brandassuranzanstalt vergütet erhielt. Schon vor dem Brande waren auf zusammen 25,000 Fr. veranschlagte Umbauten am Oekonomie- und Wohngebäude vorgesehen worden. Nach dem Brande traten die Parteien in Unterhandlungen über den Wiederaufbau der abgebrannten Gebäulichkeiten und der Kläger ließ durch seinen Bruder, Architekt Tappolet, ein Projekt ausarbeiten, dessen Ausführung auf 77,500 Fr. zu stehen gekommen wäre. Nach Rücksprache mit einem andern Fachmanne erklärte die Beklagte durch Schreiben vom 24. November 1909 dem Kläger, daß sie gegen diesen Voranschlag Bedenken habe, indem wohl richtiger mit einem Kostenbetrag von 100,000 Fr. gerechnet werde. Die Verhandlungen der Parteien über die Pläne und Kostenberechnungen für die erforderlichen Neubauten und über die neu aufzustellenden Pachtbedingungen dauerten dann weiter. Dabei bemerkte der Kläger in einem Schreiben vom 26. Januar 1910, auf Änderungen des abgeschlossenen Vertrages unter dem Vorbehalte eintreten zu wollen, daß er sich, wenn keine Einigung über die verschiedenen Punkte zu Stande komme, wieder an den bestehenden Pachtvertrag halten werde. In einem spätern

Brief vom 28. Januar 1910 anerbot er sich, den Bau nach den nunmehr erstellten Plänen für 110,000 Fr. zu übernehmen und einen höhern Pachtzins, nämlich 4000 Fr., eventuell auch 4500 Fr. bezahlen zu wollen. Zu einer Verständigung kam es aber nicht. Vielmehr teilte die Beklagte am 7. Februar 1910 dem Kläger mit, daß sie sich entschlossen habe, von einem Wiederaufbau der abgebrannten Gebäulichkeiten abzusehen und daß der Pachtvertrag dadurch hinfällig geworden sei. Später hat die Beklagte dennoch gebaut und das Gut einem andern Pächter, Hanhart, übergeben.

Der Kläger fordert im nunmehrigen Prozesse von der Beklagten die Bezahlung von 9039 Fr. samt Zins zu 5 % vom 7. Februar 1910 an, eventuell einer nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Summe. Der genannte Kapitalbetrag setzt sich aus folgenden Posten zusammen: 1. Entschädigung nach Art. 310 OR 4500 Fr. 2. Entschädigung für Wartezeit vom März 1909 bis Februar 1910 2000 Fr. 3. Ersatz für Spesen betreffend den Vertragsabschluß 110 Fr. 4. Mindervwert des für die Pacht angeschafften Inventars 200 Fr. 5. Umzugskosten 300 Fr. 6. Im Auftrage der Beklagten beschaffte Pläne und Kostenrechnungen 1663 Fr. 50 Cts. 7. Mit diesem Auftrage für den Kläger verbundene Spesen 180 Fr. 8. Damit verbundene eigene Bemühungen des Klägers 85 Fr. 50 Cts.

Die Vorinstanz hat die Klage, soweit sie auf die Richterfüllung des Pachtvertrages abstellt (Posten 1—5), abgewiesen, und soweit sie auf einen Auftrag der Beklagten gestützt wird (Posten 6—8), in einem Gesamtbetrage von 1500 Fr. gutgeheißen.

2. — Mit Unrecht nimmt die Vorinstanz an, nicht nur die Beklagte, sondern auch der Kläger habe sich nach dem Brande auf den Standpunkt gestellt, daß der bisherige Pachtvertrag dahingefallen sei, und die Parteien hätten mit den darauf folgenden Unterhandlungen lediglich den Abschluß eines neuen, und nicht die Ersetzung oder Ergänzung des alten Vertrages bezweckt. In seinem Schreiben vom 26. Januar 1910 hat der Kläger deutlich zum Ausdruck gebracht, daß er das bisherige Vertragsverhältnis als noch bestehend ansehe. Wenn auch diese Äußerung erst aus dem spätern Verlaufe der Unterhandlungen datiert, so beweist das nicht, daß der Kläger vorher eine gegenteilige Auffassung gehabt und

ohne weiteres zugestanden habe, daß er aus dem abgeschlossenen Vertrage keine Rechte mehr für sich herleiten könne. Ein solcher Verzichtswille ist nicht schon daraus zu entnehmen, daß der Kläger sich anfänglich über die Fortdauer des alten Vertrages nicht ausgesprochen hat. Vielmehr bedurfte es dazu noch besonderer schlüssiger Anhaltspunkte. Solche bieten aber die geführten Unterhandlungen nicht. Namentlich ist es ohne entscheidende Bedeutung, wenn sich der Kläger auf eine Diskussion über neue Vertragsbedingungen eingelassen und selbst einen bestimmten höhern Pachtzins vorgeschlagen hat. Das konnte sehr wohl und natürlicher Weise von Anfang an in dem Sinne gemeint sein, daß das bisherige Vertragsverhältnis zwar fortbauere, aber die durch den Brand bewirkte Sachlage eine andere Gestaltung desselben nötig mache und der Kläger sich namentlich bei Ausführung der besprochenen Neubauten einer Zinserhöhung billigerweise nicht widersetzen könne. Übrigens scheint auch die Beklagte an eine Fortdauer des Vertrages gedacht zu haben, wenn sie in ihrem Schreiben vom 24. November 1909 bemerkt, sie sehe wohl ein, daß sie den Schwierigkeiten Rechnung tragen müsse, die der Kläger „mit dem Antritt der Pacht“ habe.

3. — In zweiter Linie behauptet die Beklagte unter Berufung auf den Art. 145 OR, sie könne aus dem frühern Pachtvertrag deshalb nicht mehr in Anspruch genommen werden, weil die ihr obliegende Leistung zur pachtweisen Überlassung des Gutes durch das Abbrennen der Gebäude unmöglich geworden und damit das Vertragsverhältnis überhaupt erloschen sei. In tatsächlicher Beziehung ist hier von den Feststellungen der Vorinstanz auszugehen, daß das Hofgut ziemlich weit von den nächsten Ortschaften ab und in gebirgigem Terrain liege und daß deshalb eine rationelle Bewirtschaftung ohne Wohn- und Ökonomiegebäude schlechthin undenkbar sei. Hiemit ist dargetan, daß die Beklagte den Vertrag einfach auf Grund des durch den Brand geschaffenen Zustandes nicht mehr richtig erfüllen kann. Dagegen folgt daraus noch nicht, daß nun auch die der Beklagten obliegende Leistung im Sinne von Art. 145 OR unmöglich geworden sei. Zum vornherein ist diese Unmöglichkeit so weit beschränkt, als die Pachtsache bloß zum Teil zerstört wurde. Und sodann handelt es sich insofern um keine objektive, absolute Unmöglichkeit, als das Pachtgut durch Wiederer-

stellung der abgebrannten Gebäude in den frühern Stand hätte gebracht werden können, wenn nicht schon innert den drei Monaten, die vom Brande an bis zum vereinbarten Pachtantritte hierfür noch verfügbar waren, so dann doch kurz nachher, sodas bloß eine für die Erfüllung des Vertrages nicht wesentliche Leistungsverzögerung eingetreten wäre. Ob nun die Beklagte auch die einzelnen Teile des Pachtobjektes stets nur in natura als Verpächterin zu prästieren habe, oder ob sie im Falle ihres Unterganges gehalten sei, sie durch andere zu ersetzen, beantwortet sich zunächst aus den besonderen Bestimmungen des Pachtrechtes über die Leistungspflicht des Verpächters. In dieser Hinsicht nun läßt sich eine strenge, für alle Fälle geltende Regel nicht darüber aufstellen, inwiefern die Ersetzung eines untergegangenen Bestandteils als dem Verpächter obliegende Ausbesserung des Pachtobjektes oder als Hauptreparatur nach Art. 301 des OR zu gelten habe oder nicht. Es kommt vielmehr auf die besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles an, namentlich auf den Umfang und die wirtschaftliche Natur des Pachtgegenstandes und seiner pachtweisen Benützung. Im gegebenen Falle nun ist vor allem darauf aufmerksam zu machen, daß die Parteien von Anfang an erhebliche Umbauten am Wohn- und Ökonomiegebäude, im Voranschlage von 25,000 Fr., vorgesehen hatten und daß ihnen also auch unabhängig von der durch den Brand bewirkten Zerstörung der Zustand dieser Bestandteile des Pachtobjektes einer wesentlichen Umänderung bedürftig erschien, daß an Stelle der verbrannten Gebäulichkeiten die Brandversicherungssumme von 42,000 Fr. trat und daß es sich um einen Vertrag von 15jähriger Dauer handelt. Berücksichtigt man das alles, so darf als der Natur des vorliegenden Pachtverhältnisses und dem vernünftigen Willen der Parteien entsprechend gelten, die Beklagte als Verpächterin zu einer gewissen Aufwendung für die Instandsetzung des beschädigten Pachtobjektes, und war wohl bis zur Höhe jener beiden Beträge zusammen, also von 67,000 Fr. für verpflichtet anzusehen. Sie hat somit nicht kurzweg den Wiederaufbau mit der Begründung ablehnen können, daß sie ihren Teil ihrer Leistung, der in der Gebrauchsüberlassung der fraglichen Gebäude liegt, nach deren Untergang durch Brand nicht mehr schulde und daß der Vertrag überhaupt dahingefallen sei,

weil sich ohne jene Gebäude das Pachtgut nicht mehr als solches bewirtschaften lasse.

4. — Nun ist aber für die Beurteilung des Falles noch ein weiterer Umstand rechtlich von Bedeutung. Nach den Akten muß nämlich angenommen werden, es sei für eine rationelle Wiedererstellung der abgebrannten Gebäude ein viel höherer Betrag als 67,000 Fr. nötig gewesen. Der Kläger selbst hat, nachdem er zuerst 77,500 Fr. in Anschlag gebracht hatte, in seinem Schreiben vom 28. Januar 1910 von einer Übernahme des Baues um 110,000 Fr. gesprochen und die Beklagte hat ihm schon im November 1909 annähernd diesen Betrag als erforderlich bezeichnet. Daß eine so hohe Ausgabe das Maß dessen überschreitet, was der Beklagten vermöge ihrer Pflicht zur Instandsetzung der Pachtsache zugemutet werden kann, hat auch der Kläger selbst gefühlt, indem er sich für den Fall dieser Ausgabe zur Bezahlung eines erheblich höheren Pachtzinses (4000 Fr. bis 4500 Fr.) bereit erklärt und damit zugegeben hat, daß eine solche Aufwendung billigerweise eine Abänderung des geltenden Vertrages zu Gunsten der Verpächterin zur Folge haben müsse. Daß mit den erwähnten geringern Mitteln das Pachtgut auch nur zur Not in einen Zustand hätte gebracht werden können, der vorläufig eine weitere Ausnützung gestattet hätte, ist nicht anzunehmen; die Beklagte hätte sich aber überhaupt hierauf nicht einzulassen gehabt, sondern sie durfte verlangen, daß die notwendigen Neubauten mit solchen Mitteln aufgeführt werden, daß damit eine wirtschaftlich zweckmäßige und den Zeitbedürfnissen angepasste Ausnützung des Gutes ermöglicht würde. Und endlich war ihr angesichts ihres Interesses an einer anhaltenden sachgemäßen Bewirtschaftung des Gutes auch nicht zuzumuten, den Pachtvertrag ohne irgend welche weitere Wiederherstellungsarbeiten fortbauern zu lassen, unter welchen Bedingungen ihn übrigens auch der Kläger nicht fortführen wollte. Berücksichtigt man all das, so ist zu sagen, daß durch den Brand das Vertragsverhältnis zwar nicht aufgelöst wurde, wohl aber damit für die Beklagte „ein wichtiger Grund“ im Sinne des Art. 310 des OR eingetreten ist, der ihr „die Fortsetzung des Pachtverhältnisses unerträglich machte“: Um den Vertrag entsprechend ihren berechtigten Interessen fortsetzen zu können, hätte sie besondere Aufwendungen von solchem Umfange

an den Pachtgegenstand machen müssen, daß sie zum bedungenen Pachtzins in einem unbilligen Mißverhältnis ständen und es wäre damit eine Lage geschaffen worden, deren Eintritt die Parteien beim Vertragsabschlusse nicht gewollt haben.

Andererseits räumt nun aber der Art. 310 des OR der Vertragspartei das Recht der Pachtauflösung nur unter der Bedingung ein, daß sie der andern Partei vollen Schadenersatz anbietet, und hierauf hat denn auch der Kläger zur Begründung seiner Schadenersatzforderung ausdrücklich abgestellt. Laut dem Absatz 2 des Art. 310 muß der Ersatz mindestens einem Jahreszinse gleichkommen. Im vorliegenden Falle ist er nach Würdigung aller Umstände auf 3000 Fr. festzusetzen, womit im besondern dem Umstände Rücksicht getragen wird, daß der Pachtzins zwar für die ersten zwei Jahre nur 2500 Fr., für die übrigen 13 Jahre aber 3500 Fr. betragen hätte. Die Zusprechung von 3000 Fr. erfolgt in der Meinung, daß damit allen Schadensmomenten nach freiem Ermessen Rechnung getragen ist und die verschiedenen aus dem Pachtverhältnis abgeleiteten Ersatzansprüche der Klage (Posten 1 bis 5) erledigt sein sollen. Letzteres gilt auch von der Forderung von 180 Fr. „für Spesen aus Auftrag des Stadtrates Stein“ (Klagposten 7). Denn bei dieser Forderung handelt es sich nach der aktenmäßigen Feststellung der Vorinstanz in Wirklichkeit um Auslagen, die dem Kläger dadurch entstanden sind, daß er sich zeitweise in der Nähe des Gutes aufhielt, um seine eigenen Interessen als Pächter in Hinsicht auf die künftige Bewirtschaftung des Gutes zu wahren.

5. — Forderungen aus Auftrag sind dagegen diejenigen für Pläne und Kostenrechnungen von 1663 Fr. 50 Cts. und für eigene Bemühungen des Klägers von 85 Fr. 50 Cts. (Klagposten 6 und 8). In dieser Hinsicht behauptet die Beklagte mit Unrecht, daß sie keinen unbeschränkten Auftrag erteilt habe; das Gegenteil ergibt sich aus einem Brief des Klägers an die Beklagte vom 5. Dezember 1909, worin jener ganz allgemein bestätigt, zur Beforgung von Plänen mit Kostenvoranschlag beauftragt worden zu sein; dessen Inhalt hat aber die Beklagte stillschweigend gutgeheißen. Den Betrag, den der Kläger für seine Unkosten und Bemühungen zu beanspruchen hat, bestimmt die Vorinstanz auf rund 1500 Fr.,

welche Festsetzung auf einer bundesrechtlich zutreffenden Würdigung der Verhältnisse beruht.

6. — Für die beiden dem Kläger geschuldeten Beträge von 3000 Fr. und 1500 Fr. läuft von der Klageerhebung (21. Juli 1910) an der gesetzliche Verzugszins von 5 %.

Dennach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird dahin gutgeheißen, daß in Aufhebung des angefochtenen Urteils die dem Kläger von der Beklagten zu bezahlende Summe auf zusammen 4500 Fr., verzinsbar zu 5 % vom 21. Juli 1910 an, erhöht wird.

#### 15. Urteil vom 24. Februar 1912

in Sachen **J. S. Schoch & Cie.**, Bekl. u. Ber.-Kl.,  
gegen **J. Huber & Cie.**, Kl. u. Ber.-Bekl.

*Unzulässigkeit einer schriftlichen Begründung der Berufungsanträge im mündlichen Berufungsverfahren. — Ein Firmenwechsel zufolge Geschäftsübergangs mit Aktiven und Passiven bedingt keinen Parteiwechsel im Sinne von Art. 75 BZP. — Verhältnisse, unter denen — ausnahmsweise — die Einrede der Arglist aus dem Verhalten eines Gesellschafters in der Zeit vor der Gesellschaftsgründung auch der im Prozesse auftretenden Gesellschaft entgegengehalten werden kann (Veräußerung eines Patentes gegen Entgelt durch denjenigen, der es selbst erwirkt hat; nachträgliche Anfechtung dieses Patentes wegen Nichtigkeit gegenüber dem Erwerber durch eine vom Veräußerer inzwischen gegründete Gesellschaft bei bösem Glauben auch des Mitgesellschafters).*

Das Bundesgericht hat  
auf Grund folgender Aktenlage:

A. — Gemäß Anmeldung vom 3. Mai 1912 erwirkte Jakob Huber, später einer der Firmateilhaber der Klägerin J. Huber & Cie., der damals in Zürich als Einzelkaufmann ein Kommissionsgeschäft in Werkzeugmaschinen betrieb, für eine zur Metallbearbeitung bestimmte „Gewindeschneidvorrichtung“ das eidg. Patent Nr. 24,469.