

es gelten, so wäre durch das vorinstanzliche Urteil die Gültigkeit des Vergleiches für das Bundesgericht auf jeden Fall bereits in verbindlicher Weise festgestellt. Das lässt für die Rückweisung, die allein in Betracht fallen könnte, zum vornherein keinen Raum. Auf die Berufung ist daher nicht einzutreten.

### 71. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. Dezember 1934 i. S. Brändle gegen Caroli.

Gewährleistung für Rechtsmängel eines verkauften Hauses, welche dessen Wohnbarkeit (u. Vermietbarkeit) ausschliessen oder beschränken. Art. 197 ff. in Verb. mit Art. 221 OR.

1. Vertragliche Zusicherung der Wohnbarkeit. Erw. 2.
2. Die Wohnbarkeit als vorausgesetzte Eigenschaft des Hauses. Erw. 3.
3. Wegbedingung der Gewährleistung. Die Formel «Gewährleistung ist wegbedungen» im zürcherischen Grundstücksverkehr. Erw. 4.

4. — Durch öffentlich beurkundeten Vertrag vom 16. August 1928 kaufte der Kläger vom Beklagten die Liegenschaft zum « Schäfli », Brauerstrasse 10 in Zürich 4. Der Vertrag enthält u. a. folgende Bestimmungen :

« 1. Der Kaufsantritt ... findet am 1. Oktober 1928 statt.

2. Gewährleistung ist wegbedungen.

5. ... Die bestehenden Mietverträge werden vom Käufer übernommen, mit Zinsgenuss ab 1. Oktober 1928.

Die Renovation der Wohnung im vierten Stock ist vor dem Antrittstermin zu beendigen und die Wohnung bezugsbereit zu halten. »

Der unter Ziffer 5 erwähnte vierte Stock ist der Dachstock, wo eine Vierzimmerwohnung eingebaut war. Zur Zeit des Kaufabschlusses liess der Beklagte in dieser Dachwohnung anstelle der bisher vorhandenen schrägen Fenster fünf Dachlukarnen erstellen. Eine Bewilligung der Baupolizei hatte er dafür nicht eingeholt.

Die Dachlukarnen wurden fertig erstellt, und der Kläger trat die Liegenschaft auf den 1. Oktober 1928 an.

B. — Am 25. Juli 1929 verfügte der Bauvorstand der Stadt Zürich unter Androhung von Zwangsvollzug, dass der Kläger bis spätestens zum 31. Dezember 1929 die Dachlukarnen zu beseitigen, die Dachwohnung aufzuheben, die Türen der Dachzimmer und der Küche durch Lattentüren zu ersetzen und die Räume künftig nur als Estrichräume zu benützen habe. Die Verfügung wurde damit begründet, dass ohne Bewilligung fünf Dachlukarnen erstellt und eine Vierzimmerwohnung eingerichtet worden seien ; die Grenz- und Gebäudeabstände der Dachlukarnen, die lichte Höhe der abgeschrägten Dachzimmer, der Rauminhalt der Zimmer und die Treppenbreite seien zu gering, es fehle ein feuersicherer Zugang zur Wohnung, der Abort besitze kein stehendes Fenster und die Isolation der Wohnung gegen Kälte, Wärme und Feuchtigkeit sei ungenügend.

Der Kläger liess am 15. August 1929 beim Stadtrat gegen die Verfügung Einsprache erheben.

Am 9. Oktober 1929, noch bevor der Stadtrat über die Einsprache entschieden hatte, verkaufte der Kläger die Liegenschaft an den jetzigen Eigentümer Suter, ohne ihm von der Verfügung des Bauvorstandes etwas mitzuteilen. Als Suter von der Verfügung Kenntnis erhielt, machte er gegen den Kläger wegen Wegfalls der Dachwohnung einen Minderwert der Liegenschaft im Betrage von 16,000 Fr. geltend.

Der Kläger wandte sich an den Beklagten, der es ablehnte, sich mit der Sache zu befassen. Darauf trat der Kläger in Verhandlungen mit der Baupolizei, die zu einem Entgegenkommen bereit war, aber erhebliche Abänderungen im Innern der Dachwohnung, insbesondere den Umbau der Vier- in eine Zweizimmerwohnung verlangte. Der vom Kläger beigezogene Architekt erstellte die entsprechenden Pläne, auf die hin die Behörde durch Beschluss vom 25. Juli 1930 die Baubewilligung erteilte unter der Bedingung, dass der Umbau bis spätestens zum 31. De-

zember 1930 durchgeführt werde. Die Bewilligung wurde damit begründet, dass das Haus vor dem Jahre 1863 (Erlass der alten Bauordnung) erstellt worden und der Zeitpunkt der Einrichtung der Dachwohnung heute nicht mehr festzustellen sei; durch die Dachlukarnen und den Umbau werde eine wesentliche Verbesserung der bestehenden Verhältnisse erzielt, weshalb die geringe Vergrößerung des Gebäudeumfanges und die ungenügenden Grenz- und Gebäudeabstände der Dachlukarnen hingenommen werden können.

Unter Bezugnahme auf diese Bewilligung schrieb die Bauverwaltung die Einsprache des Klägers vom 15. August 1929 am Geschäftsverzeichnis als erledigt ab, wovon sie dem Kläger durch Schreiben vom 30. Juli 1930 Mitteilung machte.

Der Kläger liess darauf die Arbeiten ausführen und stellte dem Beklagten am 22. Oktober 1930 Rechnung. Dabei behielt er weitere Ansprüche vor für den Fall, dass er selber vom jetzigen Eigentümer Suter wegen des Umbaus der Vier- in eine Zweizimmerwohnung belangt werden sollte.

*C.* — Am 30. Oktober/3. November 1930 hat der Kläger die Umbaukosten im Gesamtbetrag von 3640 Fr. 80 Cts. zuzüglich 5 % Zins seit 22. Oktober 1930 beim Bezirksgericht Zürich gegen den Beklagten ans Recht gesetzt. Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt.

*D.* — Am 8. Dezember 1930 klagte Suter gegen den Kläger, der für Schuldbriefzinse im Betrag von 735 Fr. provisorische Rechtsöffnung erwirkt hatte, auf Aberkennung dieser Forderung. Er machte einen Minderwert der Liegenschaft im Betrag von 5000 Fr. wegen Reduktion der Vier- in eine Zweizimmerwohnung geltend und stellte davon einen Betrag von 735 Fr. zur Verrechnung.

Das Bezirksgericht Zürich nahm auf Grund eines Gutachtens einen Minderwert der Liegenschaft im Betrag von 1650 Fr. an und hiess die Aberkennungsklage durch Urteil vom 8. September 1931 gut.

*E.* — Hierauf hat der Kläger gegen den Beklagten beim Bezirksgericht Zürich am 9. Dezember 1931 eine zweite

Klage eingereicht, mit welcher er Ersatz der an Suter bezahlten Minderwertsentschädigung, sowie Vergütung der ihm durch den Prozess gegen Suter erwachsenen Auslagen, insgesamt 2352 Fr. 80 Cts. nebst 5 % Zins seit 14. November 1931 verlangte.

Der Beklagte hat Abweisung auch dieser Klage beantragt.

*F.* — Das Bezirksgericht Zürich hat die beiden Klagen, die durch Beschluss vom 1. März 1932 vereinigt worden waren, durch Urteil vom 15. November 1932 abgewiesen.

Das Obergericht des Kantons Zürich hat auf Berufung des Klägers hin durch Urteil vom 23. Juni 1933 das erstinstanzliche Erkenntnis aufgehoben, die Haftung des Beklagten für die durch die Nichteinholung der Baubewilligung notwendig gewordenen Umbauten, sowie für den Rückgang des Mietwertes — Umwandlung der Vier- in eine Zweizimmerwohnung — bejaht und die Sache an das Bezirksgericht zurückgewiesen zur Durchführung des Beweisverfahrens über die Höhe des Schadens.

*G.* — Im neuen Verfahren vor Bezirksgericht sind die beiden Forderungen, nachdem der Kläger die erste inzwischen auf 3385 Fr. 90 Cts. mit 5 % Zins seit 22. Oktober 1930 reduziert hatte, vom Beklagten, unter weiterer Bestreitung seiner grundsätzlichen Haftbarkeit, der Höhe nach anerkannt worden. Das Bezirksgericht hat die Klagen darauf durch Urteil vom 19. Dezember 1933 gutgeheissen und den Beklagten demgemäss zur Bezahlung von 3385 Fr. 90 Cts. nebst 5 % Zins seit 22. Oktober 1930 und 2352 Fr. 80 Cts. nebst 5 % Zins seit 14. November 1931 an den Kläger verpflichtet.

Die dagegen vom Kläger beim Obergericht eingereichte Berufung ist durch Urteil vom 5. Juni 1934 abgewiesen worden.

*H.* — Gegen das obergerichtliche Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, unter Wiederholung des Antrages auf Abweisung der Klagen.

Der Kläger beantragt Abweisung der Berufung.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Der Kläger nimmt den Beklagten für die ungesetzliche, ohne Baubewilligung vorgenommene Erstellung der Dachlukarnen, für die Umwandlung der Vier- in eine Zweizimmerwohnung und für die weitem, von der Baupolizei geforderten Umbauten in Anspruch.

Von diesen angeblichen Haftungstatbeständen sind die Erstellung der Dachlukarnen einerseits und die Umwandlung der Vier- in eine Zweizimmerwohnung sowie die übrigen Umbauten andererseits auseinanderzuhalten.

Der Beklagte kann nicht bestreiten, die Dachlukarnen ohne Baubewilligung erstellt und dem Kläger beim Verkauf der Liegenschaft vom Fehlen der Bewilligung nichts gesagt zu haben. Auch scheinen die Abstände der Lukarnen von den Liegenschaftsgrenzen und den Nachbargebäuden den baupolizeilichen Vorschriften (Art. 57 des kantonalen Baugesetzes) tatsächlich nicht zu entsprechen. Wenn wegen dieses Mangels die Lukarnen wieder hätten beseitigt werden müssen, so wäre deshalb der Beklagte ohne Zweifel gemäss Art. 197 (vgl. Art. 221) OR dafür haftbar. Allein in Wirklichkeit hat die Baupolizeibehörde die mit der Verfügung vom 25. Juli 1929 erhobene Forderung auf Beseitigung der Lukarnen nachträglich fallengelassen und durch Beschluss vom 25. Juli 1930 die Lukarnen ausdrücklich genehmigt. Damit entfällt insoweit auch die Haftung des Beklagten, was der Kläger anerkennt, indem er nicht etwa Entschädigung für einen den Lukarnen heute noch anhaftenden Mangel verlangt. Er will aber offenbar geltend machen, dass die baupolizeiliche Genehmigung der Lukarnen nur mit Zugeständnissen in der Frage des Wohnungsumbaues zu erlangen gewesen sei und der Beklagte deshalb für die daraus entstandenen Kosten und Mietzinsausfälle aufzukommen habe. Wie es sich damit verhält, kann indessen dahingestellt bleiben; denn wie im folgenden darzutun sein wird, haftet der Beklagte für die von der Baupolizei verfügten Umbauten schon an sich,

ohne Rücksicht auf ihren Zusammenhang mit der Genehmigung der Dachlukarnen.

2. — Diese unmittelbare Haftung für die Wohnungsumbaute ergibt sich allerdings entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht ohne weiteres aus einer vom Beklagten dem Kläger im Sinne von Art. 197 OR gegebenen Zusage, dass die Dachräume wie bisher als Wohnung und zwar als Vierzimmerwohnung vermietbar sein werden. Die Vorinstanz verweist auf die Bestimmung des Kaufvertrages, wonach der Beklagte die damals im Gange befindliche Wohnungsrenovation, die in nichts anderem als dem Einbau der Dachlukarnen bestand, bis zum Antrittstermin zu beenden und die Dachräume, die bisher in der Tat als Vierzimmerwohnung benützt worden waren, bereit zu halten hatte. Damit verpflichtete sich der Beklagte jedoch einzig, die Arbeiten an den Dachlukarnen, die der ungestörten Benützung der Wohnung hätten hinderlich sein müssen, bis zur Übergabe der Liegenschaft zu Ende führen zu lassen und die Wohnung im übrigen so zur Verfügung zu stellen, wie sie bisher benützt worden war. Dass die Wohnung frei sei von irgendwelchen rechtlichen Mängeln — zumal noch solchen öffentlichrechtlicher Art —, welche die Verwendbarkeit der Dachräume als Vierzimmerwohnung ausschliessen oder beschränken könnten, wollte er hingegen mit jener Klausel, wie die erste Instanz zutreffend ausführt, offensichtlich nicht garantieren. Ebensowenig kann eine solche Erklärung in der Abtretung des mit den Eheleuten Kunz abgeschlossenen Mietvertrages gefunden werden. Die Tragweite dieses Aktes erschöpfte sich darin, dass die Rechte und Pflichten des Vermieters aus dem Mietvertrag vom Beklagten auf den Kläger übertragen worden sind.

3. — Kann von einer eigentlichen vertraglichen Zusage seitens des Beklagten nicht gesprochen werden, so liegt aber nichtsdestoweniger auf der Hand, dass die Parteien beim Kaufabschluss davon ausgegangen sind,

die Dachräume werden weiterhin als Vierzimmerwohnung vermietbar sein. Wer ein Haus kauft, setzt als selbstverständlich voraus, dass die darin vorhandenen Wohnungen wirklich als Wohnungen benützt werden können; das ist die natürliche Verkehrsauffassung, die auch vom Verkäufer nicht verkannt werden kann. Stellen sich dann nachträglich Verhältnisse heraus, welche die Verwendung der Räume für Wohnzwecke ausschliessen oder wesentlich beschränken, so hat der Verkäufer gemäss Art. 197 (vgl. Art. 221) OR dafür einzustehen; denn nach dieser Vorschrift haftet er nicht nur für zugesicherte Eigenschaften, sondern ebenfalls dafür, dass die Sache nicht an körperlichen oder rechtlichen Mängeln leidet, die ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern. Als rechtliche Mängel dieser Art sind auch baupolizeiliche Beschränkungen anzusehen. Dass sie dem Gebiete des öffentlichen und nicht demjenigen des privaten Rechts angehören, ist unerheblich; Art. 197 macht keine solche Unterscheidung. Im gleichen Sinne hat das Bundesgericht schon entschieden, dass bei Verkauf einer Liegenschaft, auf der bisher eine Wirtschaft betrieben worden ist, die Verweigerung des Wirtschaftspatentes an den Käufer einen rechtlichen Mangel nach Art. 197 OR darstellen kann, sofern nämlich die Gründe für die Verweigerung in der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes liegen (vgl. BGE 55 II 188; wenn in jenem Falle tatsächlich kein solcher Mangel angenommen wurde, so deswegen, weil das Patent aus Gründen verweigert worden war, die mit der Liegenschaft als solcher nichts zu tun hatten). Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 197 OR ist bei Mängeln öffentlichrechtlichen Ursprunges wie bei solchen privatrechtlicher Natur ausser ihrer Erheblichkeit lediglich, dass sie schon in dem Zeitpunkt vorhanden gewesen sind, in welchem die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist; vgl. hiezu allgemein BGE 20 S. 498 Erw. 4.

Dass nun die in der Dachwohnung herrschenden Übel-

stände, welche zu den Verfügungen der Baupolizei Anlass gaben, schon vor dem Antritt der Liegenschaft durch den Kläger und somit vor dem Gefahrsübergang (Art. 220 OR) bestanden hatten, ist unbestritten. Der Beklagte behauptet aber, die Forderungen der Baupolizei seien unberechtigt gewesen, weil das Gebäude vor dem Jahre 1863 erstellt worden sei, der Zeitpunkt der Errichtung der Dachwohnung heute nicht mehr festgestellt werden könne und infolgedessen die von der Baupolizei angerufenen Bestimmungen des geltenden Baugesetzes gar keine Anwendung finden. Allein demgegenüber erklärt die zweite Instanz ausdrücklich, wenn auch ohne nähere Begründung, dass die Baupolizei an ihren Forderungen mit Grund festgehalten habe (S. 12 des Urteils). Dabei handelt es sich um Auslegung des Baugesetzes, also kantonales Recht, die vom Bundesgericht nach Art. 57 OG nicht überprüft werden kann. Infolgedessen ist davon auszugehen, dass die Liegenschaft mit den vom Kläger geltend gemachten Rechtsmängeln behaftet war.

Damit ist auch die Frage erledigt, ob der Kläger auf die Forderungen der Baupolizei eingehen dürfen, oder ob er nicht nach Analogie von Art. 194 OR dem Beklagten die Fortsetzung des Einspracheverfahrens hätte anbieten müssen; denn wenn die Forderungen berechtigt waren, so musste ihnen eben Folge gegeben werden.

4. — Unter diesen Umständen kann sich nur noch fragen, ob nicht die Bestimmung des Kaufvertrages « Gewährleistung ist wegbedungen » den Beklagten von seiner Haftung befreit. Die Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ist nach Art. 199 OR zulässig, sofern der Verkäufer dem Käufer die Mängel nicht arglistig verschwiegen hat. Von arglistigem Verschweigen kann hier nicht die Rede sein, da die Dachräume jedenfalls schon jahrelang vor dem Verkauf der Liegenschaft an den Kläger als Vierzimmerwohnung benutzt worden waren und der Beklagte offenbar gar nicht ahnte, dass diese Benützung mit baupolizeilichen Vorschriften im Widerspruch stehen könnte.

Die Vorinstanz stellt jedoch fest, dass die mit der vorliegenden inhaltlich übereinstimmende Formel « Nachwährschaft wird wegbedungen » im zürcherischen Grundstücksverkehr auf die Zeit der ersten Fassung des privatrechtlichen Gesetzbuches zurückgehe und der Verkäufer sich durch sie vor der Haftung für die damals noch zahlreichen, nirgends eingetragenen und darum oft ihm selbst unbekanntes dinglichen Rechte habe schützen wollen; seither werde die Klausel von den Urkundsbeamten übungsgemäss weiter verwendet, wobei die Parteien in den wenigsten Fällen darüber sprechen. Diese Feststellungen sind tatsächlicher Art und daher für das Bundesgericht gemäss Art. 81 OG verbindlich. Darnach erscheint fraglich, ob der Klausel überhaupt irgendwelche rechtliche Wirksamkeit zuerkannt werden kann. Wenn sie in den Kaufverträgen im Grunde genommen nur noch als traditionelle Formel mitgeführt wird, über deren Bedeutung sich die Parteien in den meisten Fällen gar nicht mehr Rechenschaft geben — und dafür, dass es sich im vorliegenden Falle anders verhalten habe, liegen keine Anhaltspunkte vor — so fehlt der äusseren Erklärung der entsprechende innere Parteiwille, ohne den eine verbindliche Abrede nicht zustandekommt. Zum mindesten aber darf der Klausel beim erwähnten Sachverhalt nicht der weitgehende, jede Gewährspflicht ausschliessende Sinn beigelegt werden, den sie nach dem Wortlaut haben könnte. Vielmehr kann sie nur gelten für gewöhnliche Mängel, mit deren Vorhandensein beim Kaufabschluss wenigstens einigermassen zu rechnen ist, und nicht für solche der vorliegenden Art, an deren Möglichkeit der Käufer auch bei gründlicher Überlegung nicht zu denken braucht. Es verstösst geradezu gegen Treu und Glauben, wenn sich der Beklagte auf diese allgemeine, zufällig in den Vertrag hineingekommene Formel beruft, um sich der Haftung für die vorliegenden Mängel der Kaufsache zu entziehen.

6. — Der Beklagte hat dem Kläger somit gemäss Art. 205 OR den Minderwert zu ersetzen, der sich für die Liegen-

schaft aus den besprochenen Mängeln ergibt. Über die dazu gehörigen einzelnen Posten und über deren Höhe haben sich die Parteien geeinigt, so dass das angefochtene Urteil, welches dem Kläger diese Beträge zugesprochen hat, nur bestätigt werden kann.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Juni 1934 bestätigt.

#### IV. VERSICHERUNGSVERTRAG

##### CONTRAT D'ASSURANCE

#### 72. Urteil der II. Zivilabteilung vom 22. November 1934 i. S. « Die Schweiz » gegen Wullschlieger.

1. Quittung mit Saldoklausel: Die Klausel kann nur in dem Sinne als genehmigt gelten, wie es der Sachlage bei der Unterzeichnung entsprach, und sie kann keinesfalls auf Ansprüche für Schadensfolgen bezogen werden, die damals noch nicht in Erscheinung getreten waren. Art. 2 ZGB.
2. Nach Art. 46 Abs. 2 des Versicherungsvertragsgesetzes sind Vereinbarungen zulässig, wonach die Verjährungseinrede nicht erhoben werden darf, wenn der Anspruch gegen den Versicherer nach Erledigung eines präjudiziellen Haftpflichtprozesses ohne erhebliche Verzögerung eingeklagt wird. In der Abmachung, man wolle die Auseinandersetzung über den Versicherungsanspruch bis zur Erledigung des Haftpflichtprozesses hinausschieben, ist eine solche Vereinbarung enthalten.
3. Handlungsvollmacht des Versicherungsagenten nach Art. 34 VVG: Zur Anerkennung der Ersatzpflicht des Versicherers und zum Verzicht auf Einwendungen irgendwelcher Art gilt der Agent nicht als ermächtigt.

Eine von ihm ohne Zutun der Organe der Versicherungsgesellschaft vorgetäuschte Ermächtigung bindet die Gesellschaft nicht (Art. 38 OR).

Stillschweigende Genehmigung durch die Versicherungsgesellschaft?