

des alternatives susvisées. (Voir dans ce sens Vivante, *Il Contratto di assicurazione* III, page 245. Lewis, *Handbuch des Versicherungsrechts* page 322 ss.; König, dans le *Handbuch d'Endemann*, page 828 ss.) Il y aurait lieu de décider autrement, et lors même que la police porterait aussi seulement la clause « payable à mes héritiers, » lorsque dans la proposition d'assurance, sur la base de laquelle le contrat d'assurance a été conclu, l'assuré se serait exprimé d'une façon telle, qu'on doive en conclure que par le terme d'« héritiers » il a entendu non point les héritiers comme tels, mais certains parents rapprochés, qu'il a voulu viser et favoriser personnellement. Toutefois rien de semblable n'a été allégué en l'espèce, où la proposition d'assurance n'a pas même été produite.

8° Dès le moment où l'on ne se trouve pas dans le cas actuel, en présence d'un contrat d'assurance sur la vie en faveur de tiers bénéficiaires, et en particulier de la demanderesse, l'arrêt de la Cour cantonale doit être maintenu, et les fins de la demande repoussées.

Il n'est ainsi pas nécessaire d'examiner la question, — que les parties n'ont point discutée, — de savoir si, même au cas où le contrat d'assurance aurait été stipulé en faveur de la demanderesse, la somme assurée n'en aurait pas moins dû être versée, dans l'espèce, à l'actif de la faillite de Ch.-Albert Cuénoud, par le motif que la faillite du prédit assuré a été déclarée du vivant de celui-ci, c'est-à-dire à une époque où il ne pouvait nullement encore être question d'un droit irrévocable de la demanderesse à la somme assurée.

9° La dite demanderesse plaidant au bénéfice du pauvre, il y a lieu de la dispenser du paiement d'un émolument de justice, ainsi que des frais d'expédition.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté, et l'arrêt rendu entre parties par la Cour civile du canton de Vaud, le 18 Janvier 1894, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

34. Urteil vom 2. März 1894 in Sachen
Burkhardt gegen Friedrich.

A. Mit Urteil vom 30. Dezember 1893 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Der Beklagte wird zur Zahlung einer Entschädigung von 1000 Fr. an den Kläger verurteilt.

B. Gegen dieses Urteil ergriff der Kläger die Berufung an das Bundesgericht und stellte das Rechtsbegehren, es sei in Abänderung des angefochtenen Urteils zu erkennen, daß dem Berufungsbeklagten für die in dem Magazin- und Büreaugebäude der Maschinenfabrik Burkhardt in Folge der eingetretenen Fäulnis- und Schwammbildung nötig gewordenen Reparaturen und Wiederherstellungsarbeiten keinerlei Förderung zustehe.

Der Beklagte schloß sich der Berufung an mit dem Antrag, es sei das Urteil des Appellationsgerichtes aufzuheben, und der Berufungskläger mit seiner Klage abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im Frühjahr 1889 übernahm der Beklagte die Leitung des Baues einer Maschinenfabrik für den Kläger; er entwarf die Pläne und Voranschläge, sowie die mit den verschiedenen Bauunternehmern abzuschließenden Verträge, besorgte die Leitung und Beaufsichtigung des Baues und die Prüfung der von den Unternehmern gestellten Rechnungen. Als Honorar hiefür erhielt er nach Vollendung der Baute 7911 Fr.

Im Januar 1893 senkte sich der Boden des im rechten Flügelgebäude gelegenen Zeichnungsraumes; die Untersuchung ergab, daß das darunter befindliche Gebälk und das anderweitige Holzwerk von Schwamm und Fäulnis ergriffen waren. Das Holzwerk der im gleichen Gebäude befindlichen Magazinräumlichkeiten hatte in geringerem Grade gelitten. Von diesem Befund wurde dem Beklagten, unter Haftbarmachung für den Schaden, Kenntnis gegeben. Dieser lehnte jede Verantwortlichkeit ab; indessen einigten sich die Parteien dahin, durch Kantonsbaumeister Reese Umfang und Ursache des Schadens feststellen zu lassen. Das Gutachten

Reese's beziffert die Kosten der notwendigen Reparaturen auf circa 3000 Fr. Über die Ursache der eingetretenen Fäulnis spricht es sich dahin aus: Es müsse angenommen werden, daß das Terrain unterhalb des Fußbodens, ehemaliges Kulturland, bei Beginn des Baues noch eine beträchtliche Feuchtigkeit besessen habe. Da das Gebälk im Erdgeschoß gleich nach Fertigstellung des Sockels gelegt worden sei, habe diese Feuchtigkeit nicht mehr entweichen können. Sie habe sich nach Fertigstellung des nahezu luftdicht abschließenden Parquetbodens in dem Zwischenraum unterhalb der Balkenlage angesammelt, je nach den Temperaturverhältnissen an den Balken und dem Schrägboden kondensiert und so allmählig Fäulnis und Schwamm hervorgerufen. Auf die ihm vorgelegte Frage, ob die Umstände, welche die Fäulnis zur Folge gehabt, bei Erstellung der Baute bei gehöriger Sorgfalt hätten erkannt werden können, und ob die gewählte Konstruktionsart und die Ventilation mit Rücksicht auf die dortige Bodenbeschaffenheit eine zweckentsprechende und genügende gewesen sei, antwortete der Experte: die Art und Weise, wie die Fußbodenkonstruktion in den Bureaux und in den Magazinräumen angeordnet worden sei, entspreche durchaus der herkömmlichen Übung. In den Umfassungswänden seien in größerer Entfernung von einander kleine runde, mit Drahtgittern verschlossene zur Ventilation des Zwischenraumes dienende Öffnungen angebracht. Es unterliege keinem Zweifel, daß in casu Anzahl und Größe der Ventilationsöffnungen zur gehörigen Durchlüftung des Zwischenraumes und zur Austrocknung des darin befindlichen Feuchtigkeitsgehaltes nicht ausgereicht haben. Ferner dürfte ratsam gewesen sein, durch Anbringung einer guten Betonschicht auf dem Terrain unterhalb der Balkenlage das Aufsteigen der Bodenfeuchtigkeit gänzlich zu verhindern oder bedeutend zu reduzieren. Andererseits sei freilich zu konstatieren, daß sich ähnliche Anlagen aus frühern Jahren vorfinden, wo trotz sparsamer Ventilation und nicht sehr günstiger Bodenverhältnisse ein Faulen der Balken nicht eingetreten sei. Die Ursache der vielfachen Schwamm- und Fäulnisbildungen an der Holzkonstruktion der neuern Zeit sei zu einem guten Teil in dem Umstand zu suchen, daß fast das gesamte Holzwerk viel zu frisch verwendet werden müsse und daß es fast unmöglich sei, längere

Zeit gelagertes, lufttrockenes, und gegen Bildung von Schvamm widerstandsfähiges Holz zu erhalten. In wie weit nun der Architekt, der, wie hier, vorgeschrieben habe, daß nur rechtzeitig gefälltes, lufttrockenes und gehörig gelagertes Holz verwendet werden dürfe, im Stande sei zu untersuchen, ob diese Bedingungen erfüllt seien, und ob der Architekt verpflichtet sei, bei der Wahl seiner Konstruktionen immer von den ungünstigsten Voraussetzungen auszugehen, diese Fragen werden bei der Beurteilung des vorliegenden Falles mit zu erwägen sein. Auch möge noch darauf hingewiesen sein, daß durch die Erstellung größerer Ventilationsöffnungen bei der hier ausgeführten Fußbodenkonstruktion während der Wintermonate eine starke Abkühlung des Bodens erfolge und daß anderseits die nunmehr als Ersatz auszuführenden eichenen Diemenböden in Asphalt, weil etwas kalt und wenig elastisch, ebenfalls ihre Übelstände haben. Nach Eingang dieses Gutachtens kamen die Parteien überein, daß der Beklagte die vom Experten nötig befundenen Reparaturarbeiten auf Kosten wessen Rechtsens ausführen solle. Da Beklagter auch jetzt noch jede Haftbarkeit bestritt, leitete Kläger gegen ihn Klage ein mit dem Rechtsbegehren, der Beklagte sei zu verfallen, die sämtlichen durch Ausführung der laut Gutachten des Herrn Kantonsbaumeister Reese nötigen Arbeiten am rechten Flügelgebäude der Maschinenfabrik Burkhardt entstehenden Kosten zu tragen. Zur Begründung dieser Klage brachte Kläger im Wesentlichen vor, es habe dem Beklagten bei Anwendung der einem bauleitenden Architekten obliegenden Diligenz nicht entgehen können, daß im Bauterrain, ehemaligem Kulturland, noch beträchtliche Feuchtigkeit enthalten gewesen sei, welche mangels richtiger Ableitung das Holzwerk angreifen würde. Das Legen des Holzwerkes vor Entweichung dieser Feuchtigkeit, das Unterlassen aller Schutzvorrichtungen gegen deren Aufsteigen, speziell der Anordnung einer genügenden Ventilation sei ihm zum Verschulden anzurechnen. Er habe auch wissen müssen, daß fast alles Holz heutzutage frisch verwendet werde, und hätte daher das zur Verwendung gekommene Material prüfen sollen. Der Beklagte dagegen machte geltend: Er habe seiner Zeit dem Kläger vorge schlagen, den Boden unter den Bureaulokaltäten mit Parquet in Asphalt zu belegen, wodurch jede Gefahr eines durch Feuchtigkeit

entstehenden Schwammes beseitigt worden wäre; Kläger habe es aber abgelehnt, weil dadurch der Boden zu kalt und zu wenig elastisch geworden wäre. (Dem gegenüber behauptet Kläger, er habe vielmehr dem Beklagten freie Hand gelassen). Der eingetretene Schaden habe darin seine Ursache, daß bei dem undurchlässigen Lehmboden der dortigen Gegend, die ganze auf die Straße und das Trottoir gefallene Regenmenge sich bei der Fundamentmauer angesammelt und an derselben hinauf sich in das Gebälk gezogen habe; dieses Ansammeln des Wassers an der Fundamentmauer habe Beklagter nicht voraussehen können. Bezüglich des Holzes habe Beklagter den Zimmermeister verpflichtet, nur zur rechten Zeit gefälltes, ganz trockenes Holz zu verwenden. Es lasse sich auch bei der größten Sachkenntnis einem Balken nicht ansehen, ob er in seinem innersten Kern so trocken sei, daß er der Fäulnis gegenüber die nötige Widerstandskraft leiste. Sodann sei im Juni 1889, als die Holzkonstruktion gelegt wurde, eine ungewöhnliche, den Durchschnitt der letzten 25 Jahre um 40 % übersteigende Regenmenge gefallen, welche die Holzkonstruktion gründlich durchnäßt habe. Bei der Kürze der zugemessenen Zeit sei ein Einstellen der Arbeiten bis zum Austrocknen des Holzes nicht möglich gewesen. Dieser Umstand habe sich der Berechnung durch den bauleitenden Architekten entzogen.

2. Die erste Instanz gelangte auf Grund des Gutachtens von Kantonsbaumeister Reese zu der Auffassung, Beklagter habe das von einem tüchtigen Architekten Erkennbare erkannt, und gebührend berücksichtigt, er habe demnach seiner Dilligenzpflicht genügt und könne für den eingetretenen Schaden, der sich als ein kasueller darstelle, nicht verantwortlich gemacht werden.

Die zweite Instanz hat eine Ergänzung des Gutachtens Reese in folgenden Punkten angeordnet:

1. Ob der Architekt bei Erstellung des Baues die in der Beschaffenheit des Bodens liegenden Umstände, welche die Bildung des Schwammes herbeiführten, bei gehöriger Sorgfalt erkennen konnte;

2. Wenn ja, ob er die ihm obliegenden Sicherheitsmaßregeln in gehöriger Weise getroffen habe, sowohl in Bezug auf die Bauart, als in Bezug auf die Ventilation;

3. Ob er wegen der regnerischen Witterung nicht größere Sicherheitsmaßregeln hätte treffen sollen;

4. Ob die Verwendung nicht ganz trockenen Holzes zu der Schwammbildung mitgewirkt habe, und der Architekt dafür verantwortlich gemacht werden könne.

Der Experte antwortete auf Frage 1: Der Architekt habe die Feuchtigkeit und Undurchlässigkeit des Bodens, die der Schwammbildung besonders förderlich seien, beim Bau erkennen müssen, nicht aber weitere, in der Beschaffenheit des Bodens liegende Umstände, die etwa dazu mitgewirkt haben könnten.

Auf Frage 2: Es hätte der Bauart und der Ventilation etwas mehr Aufmerksamkeit geschenkt werden sollen, namentlich hätten die Ventilationsöffnungen viel größer gemacht werden sollen.

Die Frage 3 wurde verneint, die Frage 4 in ihrem ersten Teil als wahrscheinlich bezeichnet, in ihrem zweiten verneint.

Die zweite Instanz legt nach diesem Gutachten dem Beklagten zur Last, daß er die Feuchtigkeit des Bodens, die als die Hauptursache der Schwammbildung anzusehen sei, nicht in gehörige Berücksichtigung gezogen, ja selbst den vorhandenen Humus nicht vollständig ausgehoben habe, und daß er die Ventilationsöffnungen nicht groß genug hergestellt habe. Die Einwendung des Beklagten, daß er von stärkerer Ventilation abgesehen habe, um eine sonst zu stark werdende Durchkältung der Räumlichkeiten zu vermeiden, könne ihm nicht helfen, da er habe erkennen müssen, daß er die größere Wärme mit der Gefahr einer Schwammbildung erkaufe, und da ihm obgelegen hätte, den Bauherrn vor diese Wahl zu stellen und ihn entscheiden zu lassen. Im Weiteren bemerkt die Vorinstanz, diese Fehler des Architekten tragen allerdings nicht die einzige Schuld an dem eingetretenen Schaden. Die Hauptschuld möge an der Verwendung feuchten Holzes liegen, wofür den Architekten keine Verantwortlichkeit treffe.

3. Die Kompetenz des Bundesgerichtes ist zweifellos gegeben. Der Prozeß ist nach eidgenössischem Recht zu entscheiden und der erforderliche Streitwert ist ebenfalls vorhanden. Streitgegenstand bilden die Kosten der beim klägerischen Bau erforderlich gewordenen Reparaturen. Diese belaufen sich aber, wie nicht bestritten ist, auf über 2000 Fr.

4. In der Hauptsache ist zunächst das Rechtsverhältnis, in welches die Parteien zu einander getreten sind, klarzustellen. Nach der Feststellung der Vorinstanz hatte der Beklagte nicht etwa die Fertigstellung des Baues übernommen, seine Aufgabe ging vielmehr dahin, die Pläne und Voranschläge, sowie die mit den verschiedenen Bauunternehmern abzuschließenden Verträge zu entwerfen, die Leitung und Beaufsichtigung des Baues zu besorgen und die von den Unternehmern gestellten Rechnungen zu prüfen. Hieraus folgt, daß nicht ein Werkvertrag, sondern ein sogenannter freier Dienstvertrag vorliegt; Beklagter übernahm nicht die Fertigstellung eines Werkes, sondern die Leistung einzelner zur Fertigstellung des Baues nötiger Arbeiten. Die Verantwortlichkeit des Beklagten für seine vertraglichen Verpflichtungen beurteilt sich, da das Obligationenrecht diesfalls für den Dienstvertrag keine besonderen Bestimmungen aufstellt, nach den allgemeinen Grundsätzen über die Folgen der Nichterfüllung von Verträgen (Art. 110 u. ff. D.-R.). Voraussetzung der Schadenersatzpflicht des Beklagten ist hienach erstens ein durch die Nichterfüllung der vertraglichen Obliegenheiten entstehender Schaden des Arbeitgebers und zweitens ein Verschulden auf Seite des Beklagten. Nach Art. 113 D.-R. haftet derselbe für jede Fahrlässigkeit.

5. Gemäß Feststellung der Vorinstanz ist der eingetretene Schaden, die Schwamm- und Fäulnisbildung, dadurch entstanden, daß das Terrain unterhalb des Fußbodens bei Beginn des Baues noch eine beträchtliche Feuchtigkeit besaß, die nicht mehr entweichen konnte, weil das Gebälk im Erdgeschoß gleich nach Fertigstellung des Sockels gelegt worden war. Als weitere Ursache nimmt das Appellationsgericht die Verwendung feuchten Holzes an. Der Kläger hat nun in seiner Rekurschrift es als einen Widerspruch bezeichnet, daß im Anfang der Entscheidungsgründe des zweitinstanzlichen Urteils die Feuchtigkeit des Bodens, und am Schlusse die Verwendung feuchten Holzes als Hauptursache der Schwamm- und Fäulnisbildung hingestellt wird, und dabei bemerkt, soweit überhaupt auf eine andere Entstehungsursache als Feuchtigkeit des Baugrundes und Mangel jeglicher sachbezoglicher Vorsichtsmaßregeln abgestellt sein sollte, so würde diese Feststellung mit dem Inhalt der Akten und mit der tatsächlichen Darstellung in Widerspruch stehen.

Diese Ausstellungen sind total unbegründet. Ein solcher Widerspruch ist im appellationsgerichtlichen Urteil nicht vorhanden; dasselbe spricht von den dem Beklagten zur Last fallenden Ursachen und nennt dabei die Feuchtigkeit des Bodens, sodann führt es an, daß auch andere, vom Architekten nicht zu verantwortende Ursachen mitgewirkt haben und fügt bei, die Hauptschuld möge in der Verwendung feuchten Holzes liegen. Daß die eine Ursache die andere ausschliesse, ist nicht einzusehen. Unrichtig ist auch, daß die Annahme des Appellationsgerichtes, die Verwendung feuchten Holzes bilde eine Ursache der Schwamm- und Fäulnisbildung, mit den Akten und den tatsächlichen Vorbringen der Parteien im Widerspruch stehe. Der Kläger selbst hat auf diese Ursache hingewiesen, indem er ausführte, der Beklagte habe wissen müssen, daß fast alles Holz heutzutage frisch verwendet werde, er sei daher zur Prüfung des verwendeten Materials verpflichtet gewesen. Auch der Experte Keese, dessen Gutachten von beiden Parteien angenommen worden ist, spricht sich dahin aus, daß die Ursache der Schwamm- und Fäulnisbildung an der Holzkonstruktion zu einem guten Teile in dem Umstand zu suchen sei, daß fast das gesamte Holzwerk viel zu frisch habe verwendet werden müssen. Der von der zweiten Instanz bestellte Experte bezeichnet es als wahrscheinlich, daß diese Ursache mitgewirkt habe. Es ist sonach nicht die Annahme der Vorinstanz, sondern die klägerische Behauptung aktenwidrig.

6. Bei der Untersuchung der Frage, ob den Beklagten ein Verschulden treffe, ist zunächst der Maßstab der von demselben zu verantwortenden Diligenzpflicht festzustellen. Es kommt dabei in Betracht, daß der Beklagte Architekt ist und sich dem Kläger gegenüber zur Leistung in sein Fach einschlagender Arbeiten verpflichtet hat. Letzterer durfte daher erwarten, daß der Beklagte diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten besitze, welche man in diesem Berufe bei gewöhnlichem Fleiße und gewöhnlicher Gewissenhaftigkeit zu erwerben im Stande ist, und daß er diejenige Aufmerksamkeit und Sorgfalt anwende, welche von einem tüchtigen Architekten verlangt werden kann. Ausnahmsweise Kenntnisse und Fähigkeiten, oder ein außergewöhnlich ängstliches Verfahren konnte dagegen der Kläger nicht beanspruchen (vgl. Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen XVIII, S. 340, Erw. 4).

Nun ist durch das Gutachten des von der zweiten Instanz bestellten Experten dargetan, daß der Architekt die Feuchtigkeit und Undurchlässigkeit des Bodens, die der Schwammbildung besonders förderlich war, beim Bau hätte erkennen müssen, und daß gegen die hiedurch drohende Gefahr Sicherheitsmaßregeln zu Gebote gestanden hätten, bestehend namentlich in der Erstellung größerer Ventilationsöffnungen. Die Nichtanwendung dieser vom Experten bezeichneten Maßnahmen enthält ein Verschulden des Beklagten, beruhe sie nun auf der Nichtbeachtung der Gefahrstoffe, oder auf der Unkenntnis der dagegen schützenden Mittel. Beklagter macht freilich zu seiner Entschuldigung geltend, daß er von stärkerer Ventilation aus dem Grunde abgesehen habe, weil sonst eine beträchtliche Abkühlung der Räumlichkeiten die Folge gewesen wäre, und vom Kantonsbaumeister Reese wird bestätigt, daß die Sicherung vor Schwammbildung durch Erstellung größerer Ventilationsöffnungen nur durch den Nachteil stärkerer Abkühlung des Bodens während der Wintermonate erkauft werden konnte, allein die Vorinstanz führt richtig aus, daß unter diesen Umständen der Architekt nicht von sich aus bestimmen durfte, sondern daß es seine Pflicht gewesen wäre, den Bauherrn vor die Wahl zu stellen und ihn entscheiden zu lassen.

Was sodann die Verwendung feuchten Holzes als Schadensursache anbetrifft, so ist maßgebend, daß der Experte des Appellationsgerichtes ausführt, man könne es dem auf den Bauplatz gebrachten Holz unmöglich ansehen, ob es zur richtigen Zeit geschlagen und ob es in jeder Beziehung gesund und trocken sei; ebenso könne vom bauleitenden Architekten nicht verlangt werden, daß er die Materialkontrolle über den Bauplatz hinaus ausdehne. Danach muß die Verantwortlichkeit des Beklagten in diesem Punkte verneint werden.

7. Aus dem Gefagten ergibt sich, daß dem Beklagten allerdings Fahrlässigkeit zur Last fällt, die von ihm zu vertreten ist, daß aber der Schaden nur zum Teil auf Faktoren beruht, welchen bei gehöriger Diligenz desselben hätte begegnet werden können. Demgemäß ist denn auch der Beklagte nicht zum Ersatz des vollen Schadens, sondern nur eines Teiles desselben zu verpflichten. Wenn die Vorinstanz die auf den Beklagten entfallende Quote

auf 1000 Fr. anschlägt, so erscheint diese Festsetzung unter Würdigung der vorliegenden Verhältnisse durchaus angemessen.

8. In formeller Beziehung hat Kläger gegen das angefochtene Dispositiv noch eingewendet, daß Beklagter die Reparaturen selbst vorgenommen habe, und daher Kläger nicht die Bezahlung irgend welcher Summe verlangt, sondern nur begehrt habe, daß der Beklagte die aus der Wiederherstellung entstehenden Kosten an sich zu tragen habe. Die Meinung des vorinstanzlichen Urteils kann jedoch selbstverständlich nur die sein, daß Beklagter mit 1000 Fr. an den Kosten der streitigen Reparatur beizutragen habe, und nicht die, daß er etwa über seine diesfälligen Leistungen hinaus noch 1000 Fr. zahlen müsse.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung beider Parteien wird als unbegründet erklärt und daher das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 30. Dezember 1893 in allen Teilen bestätigt.

35. Urteil vom 9. März 1894 in Sachen
Leber und Genossen gegen Bromberger.

A. Mit Urteil vom 13. Dezember 1893 hat das Obergericht des Kantons Aargau erkannt: Die Kläger werden mit ihrer Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil ergriffen die Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht und beantragten, es sei ihnen ihr Klagebegehren zuzusprechen, dahin lautend, die Beklagte sei richterlich zu verurteilen, an die Kläger als Erben des Theodor Bromberger 20,000 Fr. nebst Verzugszins zu 5 % seit 27. November 1891 zu bezahlen, eventuell sei den Klägern eine Entschädigung von wenigstens 6000 Fr. nebst Verzugszins zu 5 % seit 27. November 1891 zuzusprechen.

Der Antrag der Beklagten geht auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.