Urteilskopf

117 II 259

51. Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Juli 1991 i.S. Brigitte und Markus W. gegen Erich S. (Berufung)
Regeste (de):
Sachgewährleistung des Verkäufers eines Hauses, das er vorgängig auf eigenem Grund als Generalunternehmer für den Käufer erstellt hat.

1. Bedeutung und Gültigkeit einer nicht öffentlich beurkundeten Vereinbarung, mit der sich der zukünftige Verkäufer verpflichtet, ein Haus auf eigenem Grund zu einem bestimmten Gesamtpreis für den zukünftigen Käufer zu erstellen (E. 2a-c).

2. Übernahme der werkvertraglich vereinbarten Sachgewährleistung durch den nach Erstellung des Hauses abgeschlossenen und öffentlich beurkundeten Kaufvertrag: Art. 200 OR gelangt nicht. zur Anwendung (E. 2d-g).

3. Verneinung einer Haftung des Unternehmers und Verkäufers aus unerlaubter Handlung wegen eines angeblichen Verstosses gegen Art. 229 StGB (E. 3).

Regeste (fr):
Garantie du vendeur en raison des défauts d'une maison qu'il a construite préalablement sur son propre terrain, comme entrepreneur général, pour le compte de l'acheteur.

1. Portée et validité d'une convention non revêtue de la forme authentique, par laquelle le futur vendeur s'oblige à construire une maison sur son propre terrain, à un prix global déterminé, pour le futur acheteur (consid. 2a-c).

2. L'art. 200 CO n'est pas applicable en cas de reprise, dans le contrat de vente passé en la forme authentique, une fois la maison construite, de la clause de garantie figurant dans le contrat d'entreprise (consid. 2d-g).

3. Absence de responsabilité délictuelle de l'entrepreneur et vendeur du chef d'une prétendue violation de l'art. 229 CP (consid. 3).

Regesto (it):
Garanzia del venditore per i difetti di una casa che il venditore ha costruito previamente sul proprio terreno come imprenditore generale per conto del compratore.

1. Portata e validità di una convenzione non stipulata con atto pubblico, secondo cui il futuro venditore s'impegna a costruire una casa sul proprio terreno, a un determinato prezzo globale, per il futuro compratore (consid. 2a-c).

2. L'art. 200 CO non è applicabile nel caso in cui la clausola di garanzia figurante nel contratto di appalto sia poi ripresa, una volta costruita la casa, nel contratto di vendita stipulato con atto pubblico (consid. 2d-g).

3. È negata una responsabilità per atto illecito dell'appaltatore e venditore fondata su di una pretesa violazione dell'art. 229 CP (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 260

BGE 117 II 259 S. 260

A.- Am 23. Juli 1983 schloss Markus W. mit Erich S. eine als "Kaufvertrag" bezeichnete Vereinbarung über den Erwerb eines damals erst projektierten Einfamilienhauses. S. verpflichtete sich, das Haus als Generalunternehmer zum Pauschalpreis von Fr. 510'000.– gemäss einem beigefügten allgemeinen Baubeschrieb zu erstellen. In diesem Betrag war der Landpreis inbegriffen. Im Zuge der Bauausführung wurde auch der entlang der westlichen Grundstücksgrenze verlaufende Steilhang zum Nachbargrundstück umgestaltet. Am 15. April 1984 zog W. mit seiner Familie in das Haus ein.
Mit Schreiben vom 1. Mai 1984 erhob W. Vorbehalte gegenüber der Gestaltung des Steilhanges hinter dem Haus. Am 17. Juli 1984 teilte er S. schriftlich mit, der Hang rutsche. Wegen eines starken Unwetters lösten sich am 10. August 1984 Steine und Erdschollen von der Böschung und stürzten über die bestehende Verduro- Mauer auf den Zugangsweg zum Einfamilienhaus, wobei auch die von S. angebrachten Faschinenbretter teilweise mitgerissen wurden. S. liess darauf den abgerutschten Hang durch eine Gartenbaufirma instandstellen und reparierte die Verduro-Mauer. In einem Gutachten vom 20./27. September 1984 der Firma D. AG, welches W. in der Folge einholte, wurde festgestellt, dass die Böschung nach wie vor rutschgefährdet sei und eine Gefahr sowohl für sein Haus wie auch für das westlich gelegene

BGE 117 II 259 S. 261

Nachbargrundstück darstelle; die Mauer aus Verduro-Steinen sei für die Stabilität der Böschung praktisch ohne Bedeutung. In seiner Stellungnahme vom 31. Dezember 1984 stellte sich S. demgegenüber auf den Standpunkt, die Böschung sei absolut sicher, da das obere Haus auf Fels gebaut sei. Am 2. April 1985 schlossen Markus W. und seine Ehefrau Brigitte mit S. einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über den Erwerb des Grundstückes zum Preis von Fr. 520'000.– (inkl. Nachtragsarbeiten). Hinsichtlich der Gewährleistung wurde folgendes festgehalten: "3. Bezüglich der erstellten neuen Bauten und Anlagen leistet der Verkäufer dem Käufer die gleichen Baugarantien, wie sie ihm gemäss den bestehenden Werkverträgen und Aufträgen gegenüber Bauhandwerkern, Unternehmern, Lieferanten, Architekten und Ingenieuren zustehen. Für jene Arbeiten und Aufträge, die der Verkäufer selbst geleistet hat, gewährt er dem Käufer Garantie entsprechend den diesbezüglichen, einschlägigen derzeit gültigen Bestimmungen der SIA.
Der Umfang der vom Verkäufer geleisteten Garantie ist dem
Käufer bekannt.
Im übrigen wird jegliche Gewährleistung für Rechts- und Sachmängel gänzlich aufgehoben."
Mit Schreiben vom 8. Mai 1985 teilte W. dem S. mit, dass in der Nacht vom 7./8. Mai 1985 rund ein Kubikmeter Erde und Geröll auf den Zugangsweg des Einfamilienhauses gestürzt sei und er daher Mängelrüge bezüglich der Hangsicherung erhebe. Diese Mängelrüge erneuerte er mit Schreiben vom 14. Mai 1985 unter Ansetzung einer Frist zur Unterbreitung eines Sanierungsplanes. In seiner Antwort vom 11. Juni 1985 verneinte S. demgegenüber eine Gewährspflicht, da nur die Ausführung der Rohplanie zu seinen vertraglichen Verpflichtungen gehöre, während alle übrigen Umgebungsarbeiten zulasten der Käufer gingen. Darauf veranlassten die Käufer eine vorsorgliche gerichtliche Beweisabnahme bezüglich des Zustandes der Böschung. Die in diesem Verfahren beim Institut für Grundbau und Bodenmechanik der ETH Zürich eingeholte Expertise kam zum Ergebnis, dass die Stabilität der Böschung auf die Dauer nicht gewährleistet sei. Sie weise eine ungenügende Sicherheit gegen Geländebruch auf; die Mauer sei nicht gemäss den "Regeln für Verduro-Böschungen" erstellt und habe deshalb lediglich Verkleidungsfunktion. Mit Brief vom 20. Mai 1986 forderten die Käufer S. erneut auf, einen Sanierungsvorschlag zu unterbreiten, mit gleichzeitiger

Androhung, sonst einen Drittunternehmer mit der Sanierung zu beauftragen. Nachdem S. eine Haftung wiederum abgelehnt hatte, liessen sie die Sanierung der Böschung durch einen Dritten ausführen.

B.- Am 26. Juni 1987 reichten Brigitte (Erstklägerin) und Markus (Zweitkläger) W. beim Bezirksgericht Hinwil Klage gegen S. ein. Sie verlangten die Zahlung von Fr. 78'919.20 nebst Zins. Mit Urteil vom 5. Juli 1988 hiess das Bezirksgericht die Klage im Betrag von Fr. 74'601.– gut. Auf Berufung des Beklagten hob das Obergericht des Kantons Zürich dieses Urteil am 20. März 1989 auf und wies die Klage ab. Dagegen erhoben die Kläger kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, welche das Kassationsgericht des Kantons Zürich am 6. September 1989 guthiess und die Streitsache zur neuen Entscheidung an das Obergericht zurückwies. Darauf wies das Obergericht die Klage am 18. Oktober 1989 mit der Hauptbegründung ab, die Käufer hätten den gerügten Mangel bei Vertragsschluss gekannt oder kennen sollen. Die Eventualbegründung des Obergerichts, dass die Festigkeit der Böschung nicht unter den vertraglich vereinbarten Umfang der Gewährleistung gemäss Ziffer 3 Absatz 1 des Kaufvertrags vom 2. April 1985 falle, wurde aufgrund einer Nichtigkeitsbeschwerde der Kläger vom Kassationsgericht mit Beschluss vom 3. Dezember 1990 aufgehoben.
Die Kläger haben gegen das Urteil des Obergerichts vom 18. Oktober 1989 Berufung eingelegt, die vom Bundesgericht gutgeheissen wird.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Gemäss Art. 200 OR haftet der Verkäufer nicht für Mängel, welche der Käufer zur Zeit des Kaufes gekannt hat (Abs. 1). Für Mängel, welche der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen, haftet der Verkäufer nur dann, wenn er deren Nichtvorhandensein zugesichert hat (Abs. 2). Massgeblicher Zeitpunkt für die Kenntnis und das Kennensollen ist der Vertragsabschluss (GIGER, N. 6 zu Art. 200 OR). Mit der Berufung rügen die Kläger, das Obergericht habe Art. 200 OR verletzt, weil es zu Unrecht auf den Abschluss des Kaufvertrages vom 2. April 1985 statt auf den Abschluss der Vereinbarung vom 23. Juli 1983 abgestellt habe. Der Grundstückkauf bedarf der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 OR). Diese Formvorschrift erfüllt einzig der

Kaufvertrag vom 2. April 1985. Damit ist dies der massgebliche Zeitpunkt gemäss Art. 200 OR. Die Kläger wenden allerdings ein, der Beklagte berufe sich rechtsmissbräuchlich auf den Formmangel der Vereinbarung vom 23. Juli 1983 als Grundstückkaufvertrag. Nach den eigenen Darlegungen der Kläger in der Berufungsschrift war dem Zweitkläger bei der Unterzeichnung dieser Vereinbarung indessen bewusst, dass für die Eigentumsübertragung des Landes noch ein "separater Akt" erforderlich sei. Das gleiche ergibt sich im übrigen auch aus dem Wortlaut der Vereinbarung, wird doch darin der Vertragsabschluss über den Verkauf des Grundstücks ausdrücklich für später vorbehalten. Unter diesen Umständen bleibt für die Einrede des Rechtsmissbrauchs kein Raum. Als Kaufvertrag ist die Vereinbarung vom 23. Juli 1983 somit wegen Formmangels ungültig.

2. Die Kläger machen im weitern geltend, die Vereinbarung vom 23. Juli 1983 stelle insoweit einen gültigen Werkvertrag dar, als damit dem Beklagten die Erstellung des Hauses als Generalunternehmer übertragen

worden sei; deshalb sei hinsichtlich der Kenntnis des Mangels nicht auf den Zeitpunkt des später abgeschlossenen, öffentlich beurkundeten Kaufvertrages, sondern auf den Abschluss dieses Werkvertrages abzustellen. a) Dass der Besteller einen Mangel des Werkes bereits bei Vertragsschluss kennt, ist begrifflich ausgeschlossen; denn das Werk ist in diesem Zeitpunkt vom Unternehmer noch gar nicht hergestellt. Selbst wenn der Unternehmer schon vorher mit der Herstellung des Werkes begonnen hat, kann der Besteller nicht bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Kenntnis von einem Mangel haben. Vom Vorliegen eines Mangels kann vielmehr erst gesprochen werden, wenn das Werk abgeliefert ist. Bis dahin dauert die Herstellung noch an und wird das Werk auch vom Unternehmer selbst als noch unvollendet betrachtet (GAUCH, Der Werkvertrag, 3. Aufl., S. 23 Rz. 82 und S. 26/7 Rz. 94 ff.). Die für den Kaufvertrag geltende Vorschrift von Art. 200 OR darf deshalb nicht durch analoge Anwendung ins Werkvertragsrecht übertragen werden. Das angefochtene Urteil, das sich auf diese Bestimmung stützt, ist deshalb aufzuheben, falls sich im folgenden zeigt, dass zwischen den Parteien ein Werkvertrag bestanden hat und die Gewährleistung für die Stabilität der Böschung nicht ausgeschlossen worden ist oder die entsprechenden Ansprüche nicht aus irgendeinem andern Grund untergegangen sind.

b) Ein Werkvertrag kann auch für die Erstellung eines Gebäudes auf fremdem Boden abgeschlossen werden. Aufgrund des Akzessionsprinzips wird dann aber der Grundeigentümer und nicht der Besteller Eigentümer des Werks. Welche Ansprüche daraus zwischen dem Besteller und dem Grundeigentümer entstehen, kann durch eine Vereinbarung geregelt werden (MEIER-HAYOZ, N. 15 zu Art. 671 ZGB), die keiner Formvorschrift unterliegt, soweit mit ihr kein Grundeigentum übertragen wird. Ein besonderer Sachverhalt liegt allerdings dann vor, wenn der Unternehmer selbst Eigentümer des Baugrundstückes ist und die Parteien den Verkauf an den Besteller vorsehen. In diesem Fall stehen den Parteien grundsätzlich drei Möglichkeiten der vertraglichen Gestaltung offen. Sie können entweder zwei getrennte Verträge, d.h. einen Werkvertrag und einen Kaufvertrag (vgl. BGE 94 II 162), oder einen einzigen gemischten Vertrag abschliessen, welcher die kaufrechtliche Leistungspflicht mit der werkvertraglichen Herstellungspflicht verbindet (SCHLUEP, Innominatverträge, SPR Bd. VII/2, S. 772; GAUCH, a.a.O., S. 78 Rz. 276; SCHUMACHER, Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Der Grundstückkauf, S. 246 Rz. 631). Die dritte - allerdings umstrittene - Möglichkeit besteht darin, den Sachverhalt als Kauf einer künftigen Sache zu regeln (vgl. dazu GIGER, N. 26 zu Art. 184 OR). Welche vertragliche Regelung die Parteien gewollt haben, ist aufgrund der konkreten Ausgestaltung der Leistungspflichten zu entscheiden. Dabei sind der Einfluss des Erwerbers auf den Arbeitsprozess, der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs und die Ausgestaltung der Vergütung von Bedeutung (SCHUMACHER, a.a.O., S. 246 f. Rz. 632 ff.). Liegen zwei selbständige Verträge - Grundstückkaufvertrag und Werkvertrag - vor, so können diese zu verschiedenen Zeitpunkten abgeschlossen werden. Geregelt werden muss von den Parteien aber auch, inwieweit der Bestand des einen Vertrages von der Gültigkeit des anderen abhängt (SCHUMACHER, a.a.O., S. 248 Rz. 637). Der für den Grundstückkauf geltende Formzwang erstreckt sich bloss auf Abmachungen im Rahmen des Kaufvertrages, nicht aber auf sonstige Übereinkünfte, selbst wenn für die Parteien der Bestand der einen Abrede conditio sine qua non für die Zustimmung zur zweiten darstellt (BGE 113 II 404 mit Hinweisen). Auch bei einem gemischten Vertragsverhältnis unterstehen deshalb die werkvertraglichen Abreden nicht der Formpflicht, wenn sie ein selbständiges Leistungspaar bilden (BGE 107 II 215 f. E. 4;

GAUCH, a.a.O., S. 87/8 Rz. 302; LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages, in: Der Grundstückkauf, S. 83/4 Rz. 153). Das setzt jedoch voraus, dass für den Erwerb des unüberbauten Grundstückes und die Erstellung des Bauwerks getrennte Vergütungen festgesetzt werden (GAUCH, a.a.O., S. 88 Rz. 303).

c) Die Vereinbarung vom 23. Juli 1983 enthält alle notwendigen Elemente eines Werkvertrages. Das herzustellende Werk wird aufgrund eines detaillierten Baubeschriebes bestimmt, und der Beklagte verpflichtet sich, das Werk als Generalunternehmer zu erstellen. Zwar wird ein Gesamtpreis von Fr. 510'000.– für Boden und Gebäude vereinbart. Gleichzeitig wird aber der Preis des Bodens mit Fr. 150.– pro Quadratmeter beziffert, so dass aufgrund der Grundstücksfläche leicht der auf das Gebäude allein entfallende Teil ermittelt werden kann. Auch das spätere Verhalten der Parteien bestätigt, dass sie hinsichtlich der Erstellung des Hauses von einem bereits bestehenden Werkvertragsverhältnis ausgegangen sind. So leistete der Zweitkläger am 6. Dezember 1983 eine Anzahlung von Fr. 100'000.–. Nach dem Einzug erhob er Mängelrügen wie ein Bauherr. Der Beklagte liess sodann seinerseits den abgerutschten Hang nach dem Unwetter vom 10. August 1984 wie ein gewährspflichtiger Unternehmer instandstellen. Gegenüber dem vom Zweitkläger eingeholten Gutachten hat er zwar die Instabilität der Böschung bestritten; in seinen Schreiben vom 31. Dezember 1984 und 20. Februar 1985 hat er jedoch ausdrücklich auf die Geltung der "üblichen SIA-Garantien" verwiesen. Der Annahme, es sei am 23. Juli 1983 vorerst ein selbständiger Werkvertrag abgeschlossen worden, stehen auch die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil über den inneren Willen der Parteien nicht entgegen. Die Feststellung, die Parteien hätten die Vereinbarung noch gar nicht als den eigentlichen Kaufvertrag über die Hausliegenschaft betrachtet, bezieht sich nur auf den Eigentumserwerb am Boden. Wie sich aus den unmittelbar vorangehenden Ausführungen ergibt, gilt dies auch für die Feststellung, der Beklagte habe mit der Vereinbarung nur den Zweitkläger in beweisbarer Form als Käufer festnageln wollen. Demgegenüber anerkennt auch das Obergericht, dass die Vereinbarung durchaus ihren Sinn hatte, weil sich der Beklagte damit verpflichtete, das Gebäude als Generalunternehmer zu erstellen. Gegen die Verbindlichkeit der Vereinbarung vom 23. Juli 1983 kann zudem nicht eingewendet werden, für den Eigentumserwerb am Grundstück habe damals noch gar kein formgültiger Vertrag

bestanden. Auch über den beabsichtigten Grundstückkauf enthielt die Vereinbarung bereits alle Angaben, die zum notwendigen Vertragsinhalt gehören. Wenn diese Absprache der Parteien mangels öffentlicher Beurkundung noch keinen verbindlichen Grundstückkaufvertrag darstellte, so lagen damit doch klare und übereinstimmende Absichtserklärungen vor, die bei einem allfälligen Nichtzustandekommen des Kaufvertrages unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo von Bedeutung gewesen wären (vgl. BGE 105 II 79 f.). Nicht geregelt hatten die Parteien das Schicksal des Werkvertrags für den Fall, dass der Grundstückkaufvertrag nicht zustandekommen sollte. Darin ist indessen lediglich eine Unvollständigkeit des Werkvertrages zu erblicken, welche dessen rechtlichen Bestand nicht beeinträchtigt, weil der Vertrag durch richterliche Lückenfüllung hätte ergänzt werden können. Entgegen der Auffassung des Obergerichts darf somit der Vereinbarung vom 23. Juli 1983 nicht jede Rechtserheblichkeit abgesprochen werden. Sie ist vielmehr als gültiger Werkvertrag für die Erstellung des Hauses zu betrachten. d) Im Kaufvertrag vom 2. April 1985 haben die Parteien den Gesamtpreis von Fr. 520'000.– (inkl. Nachtragsarbeiten) als Kaufpreis für das Grundstück genannt und in Ziffer 3 auch die Gewährleistung für die erstellten Bauten und Anlagen neu geregelt. Das Obergericht schliesst daraus, dass damit das in der Zwischenzeit erstellte Gebäude zum Kaufgegenstand geworden sei und die frühere Vereinbarung vom 23. Juli 1983 jede rechtliche Bedeutung verloren habe. Diese Auffassung beruht nicht auf tatsächlichen Feststellungen über den inneren Willen der Parteien, welche für das Bundesgericht verbindlich wären (Art. 63 Abs. 2 OG), sondern ist eine rechtliche Würdigung des gegenseitigen Verhältnisses der Vereinbarungen, die einer Überprüfung durch das Bundesgericht unterliegt. Das Ziel des Werkvertrages wurde unter den gegebenen Umständen für den Bauherrn erst mit der Eigentumsübertragung am Grundstück erreicht, womit er dann auch das Eigentum am Haus erlangte. Darin liegt indessen noch kein genügender Grund, dem bereits vor dem Kaufvertrag abgeschlossenen Werkvertrag jede Bedeutung abzusprechen. Obschon das Gebäude beim Abschluss des Kaufvertrages vollendet war, bildeten die im Werkvertrag festgelegten Spezifikationen zumindest hinsichtlich geheimer Mängel weiterhin die Grundlage für die Beurteilung, ob das Gebäude mit solchen behaftet war. Nähmen mit dem Abschluss

des Kaufvertrages die bisher werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche kaufrechtlichen Charakter an, so würde damit ihr Inhalt in wesentlichen Belangen verändert. So hätte eine neue Prüfung des Kaufgegenstandes zu erfolgen und die Gewährleistungsfrist würde nicht mehr ab dem Zeitpunkt einer früheren Abnahme laufen, sondern mit dem Eigentumsübergang neu zu laufen beginnen. Mangels anderer Vereinbarungen verlöre der Käufer auch den werkvertraglichen Nachbesserungsanspruch. Gerade wegen dieser Unterschiede und Unzulänglichkeiten unterstellt die neuere Lehre auch beim gemischten Grundstück-/Werkvertrag die Pflicht zur Herstellung bzw. Vollendung der Neubaute auf dem Kaufgrundstück den werkvertraglichen und nicht den kaufvertraglichen Regeln über die Mängelhaftung (GAUCH, a.a.O., S. 56 Rz. 193; SCHUMACHER, a.a.O., S. 246 Rz. 631). Eine Novation im Sinne der Schaffung eines neuen Rechtsgrundes ist im übrigen gemäss Art. 116 Abs. 1 OR nicht zu vermuten. Das angefochtene Urteil enthält keine Feststellungen, aus denen sich ableiten liesse, dass die Parteien mit dem Abschluss des Kaufvertrages vom 2. April 1985 für die Gewährleistungsansprüche der Käufer hinsichtlich der erstellten Bauten und Anlagen eine neue, kaufvertragliche Rechtsgrundlage hätten schaffen wollen. In Ziffer 3 Absatz 1 wurden zwar diese Ansprüche inhaltlich neu geregelt. Auch die neue Regelung folgt jedoch werkvertraglichen Mustern, indem der Beklagte für die selbstausgeführten Arbeiten nach den Bestimmungen des SIA haftet und für die Arbeiten Dritter die Baugarantien gemäss den bestehenden Werkverträgen als massgeblich erklärt werden. Auch im Vorfeld dieses Vertragsabschlusses hatte der Beklagte in seinen Schreiben vom 31. Dezember 1984 und 20. Februar 1985 gerade hinsichtlich der umstrittenen Festigkeit der Böschung wiederholt auf die SIA-Garantien verwiesen, womit nur die einschlägigen Bestimmungen der Allgemeinen Bedingungen für Bauarbeiten (SIA-Norm 118, Ausgabe 1977) gemeint sein konnten. Auch die Nennung des Gesamtpreises als Kaufpreis ist offensichtlich nur erfolgt, um die Gefahr der Formungültigkeit wegen unvollständiger Verurkundung des Kaufpreises auszuschliessen. Demnach beurteilen sich die Gewährleistungsansprüche der Kläger ab dem Abschluss des Kaufvertrages vom 2. April 1985 zwar ausschliesslich nach den Bestimmungen von dessen Ziffer 3, behalten aber weiterhin ihren werkvertraglichen Charakter. Art. 200 OR gelangt deshalb nicht zur Anwendung.

e) Die Tatsache, dass bereits vor der Neuregelung der Gewährleistung gemäss Ziffer 3 des Kaufvertrages zwischen den Parteien Diskussionen über die Stabilität des Hanges entstanden waren, bleibt indessen von Bedeutung für die Vertragsauslegung. Das Kassationsgericht hat mit seinem Entscheid vom 3. Dezember 1990 die Eventualbegründung des angefochtenen Urteils darum gestrichen, weil das Obergericht irrtümlich davon ausgegangen ist, der Steilhang sei im Zuge der Bauarbeiten nicht verändert, sondern im vorbestehenden natürlichen Zustand belassen worden. Da das Bundesgericht auf diese vom Kassationsgericht korrigierte Feststellung abzustellen hat, muss davon ausgegangen werden, dass der Steilhang ebenfalls zu den "erstellten neuen Bauten und Anlagen" gemäss Ziffer 3 des Kaufvertrages gehört. Aus der Vorgeschichte bis zum Vertragsabschluss lässt sich sodann nach dem Vertrauensprinzip nicht ableiten, die Kläger hätten auf eine Gewährleistung hinsichtlich der Festigkeit des Steilhanges verzichten wollen. Zu einem Verzicht bestand kein Anlass, da der Beklagte das Vorhandensein des Mangels ja gerade bestritten und die Böschung als sicher bezeichnet hatte unter gleichzeitigem Hinweis auf "die üblichen SIA-Garantien". Im Schreiben vom 11. Januar 1985 hat der Zweitkläger zwar verlangt, in den Kaufvertrag müsse eine bedingte Haftung für alle Schäden und Vorkommnisse im Zusammenhang mit der Böschung für die nächsten zwanzig Jahre aufgenommen werden, was der Beklagte in der Antwort vom 20. Februar 1985 ablehnte. Die gleichzeitige Bestreitung des Mangels und der Hinweis, für ihn seien nur die SIA-Garantiebestimmungen verbindlich, mussten nach Treu und Glauben vom Zweitkläger hingegen nur als Ablehnung der unbedingten Haftung und insbesondere der verlangten Verlängerung der Garantiezeit aufgefasst

werden, nicht jedoch als grundsätzliche Ablehnung einer Gewährleistungspflicht für die Böschung. Auch der weitere Hinweis im Schreiben vom 15. März 1985, gemäss Baubeschrieb sei er gar nicht verpflichtet gewesen, die Mauer aus Verduro-Böschungssteinen zu erstellen, bedeutet keine grundsätzliche Ablehnung der Haftung wegen der Instabilität der Böschung selbst. f) Der Beklagte macht in der Berufungsantwort geltend, bei der öffentlichen Beurkundung des Kaufvertrages vom 2. April 1985 sei die Frage der Stabilität der Böschung noch einmal zur Sprache gekommen und eine Gewährleistung dafür ausdrücklich ausgeschlossen worden; dafür habe er sich im kantonalen

Verfahren auf den Notar als Zeugen berufen. Das Obergericht hat diesen Punkt nicht abgeklärt. Aufgrund der geänderten rechtlichen Beurteilung sind die damaligen Äusserungen der Parteien von Bedeutung sowohl im Hinblick auf einen allfälligen ausdrücklichen Verzicht auf eine Gewährleistung für die Stabilität der Böschung wie auch im Hinblick auf die Auslegung des sachlichen Umfangs der Gewährleistung gemäss Ziffer 3 Absatz 1 der Vertragsbestimmungen. Eine blosse Bestreitung der Gewährleistungspflicht durch den Beklagten anlässlich der Beurkundung wird allerdings weder unter dem einen noch dem anderen Gesichtspunkt für einen Ausschluss genügen, sofern von der anderen Seite nicht damit übereinstimmende Äusserungen erfolgt sind oder sie sich lediglich auf das Vorhandensein des Mangels bezog. Vielmehr ist ein Verzicht der Kläger bzw. die Vereinbarung eines Ausschlusses nur dann anzunehmen, wenn die Kläger damals diesen Rechtsstandpunkt ausdrücklich oder stillschweigend akzeptiert haben. Die Streitsache ist deshalb zur weiteren Abklärung des Sachverhalts in diesem Punkt an die Vorinstanz zurückzuweisen. g) Ist die Gewährleistungspflicht des Beklagten für die Festigkeit der Böschung grundsätzlich zu bejahen, so bleibt zu prüfen, ob die von den Klägern geltend gemachten Forderungen dem Inhalt der Gewährleistungsansprüche gemäss Ziffer 3 Absatz 1 des Vertrags vom 2. April 1985 entsprechen. Damit im Zusammenhang steht auch der Einwand des Beklagten, die Sanierung der Böschung wäre auch auf andere Weise mit weniger Kosten möglich gewesen. Das angefochtene Urteil enthält keine Ausführungen darüber. Die Streitsache ist somit auch zur Ergänzung des Sachverhalts und Neubeurteilung in diesen Punkten an das Obergericht zurückzuweisen.

3. Die Kläger rügen im weitern, das Obergericht habe zu Unrecht eine Haftung des Beklagten aus Art. 41 OR verneint. Das widerrechtliche Verhalten erblicken sie im Umstand, dass die instabile Böschung gemäss den Ausführungen in der Expertise der ETH Zürich eine Gefahr für Leib und Leben sowie für Sachen bedeutet habe. Diese absolut geschützten Rechtsgüter werden indessen erst verletzt, wenn der Hang tatsächlich rutscht. Zu ersetzen ist dann der an Sachen und Menschen entstandene Schaden. Den Eintritt dieses schädigenden Ereignisses haben die Kläger aber mit der vorgenommenen Sanierung verhindert. Art. 41 OR bildet entgegen ihrer Auffassung keine genügende Grundlage, um

die Kosten einer solchen präventiven Schadensabwehr auf einen Dritten abzuwälzen. Gemäss Art. 229 StGB macht sich allerdings strafbar, wer vorsätzlich oder fahrlässig die anerkannten Regeln der Baukunde ausser acht lässt und dadurch wissentlich Leib und Leben von Mitmenschen gefährdet. Ob der Beklagte diesen Straftatbestand erfüllt hat, ist aus den tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils nicht ersichtlich. Davon abgesehen erscheint ein Verstoss des Beklagten gegen Art. 229 StGB auch aus anderen Gründen als fraglich. Zum einen bewirkt das Rutschen einer Böschung bei einem Wohnhaus nicht ohne weiteres eine Gefährdung von Leib und Leben der Hausbewohner oder anderer Personen, die sich dort aufhalten. Zum andern ist zwei-

felhaft, ob ein Generalunternehmer gemäss Art. 229 StGB für Bauarbeiten verantwortlich ist, die von anderen Unternehmern ausgeführt werden. Schliesslich vermag ein reines Gefährdungsdelikt dieser Art nicht eine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 OR zu begründen. Führt die Gefahr zu einer Verletzung von Leib und Leben, so ist die Schadenszufügung widerrechtlich, weil ein absolutes Recht verletzt wird. Bleibt eine solche Verletzung aus, so ist eine Schadenszufügung nur möglich in der Form des reinen Vermögensschadens. Der Schutzzweck von Art. 229 StGB ist indessen ausdrücklich auf das Rechtsgut der körperlichen Integrität beschränkt. Damit unterscheidet sich dieser Straftatbestand auch von Art. 239 StGB, der in BGE 102 II 85 ff. herangezogen worden ist, um bei einem reinen Vermögensschaden die Widerrechtlichkeit zu begründen. Aus diesen Gründen hat das Obergericht zu Recht eine Haftung des Beklagten aus unerlaubter Handlung verneint.