

des Kantons Baselstadt vom 4. März 1895 in dem Sinne abgeändert, daß zu bezahlen haben:

- a. Best Eckel & Cie. 37,280 Fr. 90 Cts. nebst Zins zu 6% von Fr. 1,106 40 seit 1. Dezember 1890;
 " " 10,510 65 " 1. Juni 1891, und
 " " 25,663 85 " 30. September 1891;
- b. E. Weill 14,912 Fr. 25 Cts. nebst Zins zu 6% von Fr. 442 45 seit 1. Dezember 1890;
 " " 4,204 25 " 1. Juni 1891, und
 " " 10,265 55 " 30. September 1891.

Mit ihrer Mehrforderung wird die Klägerin abgewiesen. Ebenso hat es bei der Klageabweisung gegenüber dem Beklagten Bloch sein Bewenden.

77. Urteil vom 8. Juni 1895 in Sachen Noth gegen Sommer.

A. Durch Urteil vom 7. Februar 1895 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

1. Dem Kläger Kaspar Noth ist sein Vorlagsbegehren in einem Betrage von 6192 Fr. 45 Cts. zugesprochen, unter Vorbehalt des Entscheides über die Widerklage.

2. Derselbe ist mit seinem peremptorischen Widerlagsbegehren abgewiesen.

3. Der Beklagten, Firma Johannes Sommer, ist ihr Widerlagsbegehren für einen Betrag von 1200 Fr. zugesprochen.

4. Danach hat die Beklagte dem Kläger einen Saldo von 4992 Fr. 45 Cts. zu bezahlen, zinsbar zu 5% seit 14. Februar 1893.

B. Gegen dieses Urteil ergriff der Kläger und Widerbeklagte die Berufung an das Bundesgericht und stellte folgende Abänderungsbegehren: a. Anspruch seiner peremptorischen Einreden gegenüber dem Widerlagsbegehren; b. Vollständige Abweisung der Widerklage. Die Beklagte stellte in einer Eingabe vom 14. April 1895 den Antrag, es sei auf die Berufungserklärung des Klägers

nicht einzutreten, weil in derselben nicht angegeben sei, inwieweit das Urteil angefochten werde und welche Abänderungsanträge gestellt werden. Eventuell schloß sich die Beklagte der Berufung an und stellte folgende Anträge: 1. Es sei das Dispositiv 3 des angefochtenen Urteils in der Weise abzuändern, daß der bei klagten Firma Johannes Sommer ihr Widerlagsbegehren für einen Betrag von 2877 Fr., eventuell für einen Betrag von wesentlich mehr als 1200 Fr. zugesprochen werde. 2. Es sei das Dispositiv 4 entsprechend abzuändern und der Saldo, den die Beklagte dem Kläger zu bezahlen hat, auf höchstens 3315 Fr. 45 Cts., unter Abrechnung der zuzubilligenden Preisdifferenz (Dispositiv 3) zu bestimmen.

C. Bei der heutigen Verhandlung wiederholt der Anwalt des Klägers und Widerbeklagten seine schriftlich gestellten Anträge und beantragt Abweisung der Anschlußberufung. Der Anwalt der Beklagten und Widerklägerin läßt seinen Antrag, auf die Berufungserklärung des Klägers nicht einzutreten, fallen, mit der Bemerkung, daß seine Annahme, es seien darin die Abänderungsanträge nicht enthalten, auf Irrtum beruhe. Sodann hält er an seinen in der Anschlußberufung gestellten Anträgen fest, und beantragt Abweisung der Berufung des Klägers.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 22. September 1891 verkaufte der Kläger Kaspar Noth in Gofau der Beklagten, Firma Sommer in Langenthal, circa 600 Stück seiner fetten Käse von Niederdorf und Andwyl aus der Zeit vom 1. Mai bis 30. September 1891, franko Station Gofau, in gesundem Zustande geliefert, zum Preise von 152 Fr. per 100 Kilo mit 6% Ausgewicht. Überdies war ein Trinkgeld für Primawaare verabrebet. Die Zahlung hatte jeweilen sofort nach Empfang der Käse zu geschehen. In dem Bestätigungsschreiben des Verkäufers wird weiters bestimmt, daß die Käse auszustecken seien, Gäsler, Riffer, Vorbrüchler und geblähte oder sonst von schlechter Milch zeugende, sowie schadhafte und harte Käse sollten als Ausschuß gelten, so daß der Käufer nur schöne großgelochte Kaufmannswaare anzunehmen verpflichtet war. Der Verkäufer garantierte noch besonders für das gute Ausfallen der Käse vom August und September. Endlich wird

in diesem Schreiben des Verkäufers gesagt, der Käufer hatte für diese Käse erst mit deren Einlagerung in seine Keller. Am 25. September begann die Einwägung; an diesem Tage wurden durch den Angestellten der Beklagten, Christian Obi, die Käse vom 1. Mai bis 15. Juni untersucht und ausgestochen. Kurz nachher wurden die angenommenen 90 Stück nach Langenthal spediert und der Kaufpreis dafür bezahlt. Die zweite Lieferung wurde ebenfalls durch Christian Obi am 25. Oktober untersucht und ausgestochen. Auch diese Lieferung wurde alsbald in Langenthal eingekellert, worauf der Kaufpreis dafür bezahlt wurde. Der Rest wurde am 25. Januar 1892 durch den Angestellten Geißmann untersucht und vor dem 1. Februar in Langenthal eingekellert. Schon am 19. Dezember 1891 hatte die Beklagte dem Kläger geschrieben, daß von den eingewogenen Käsen viele sehr stark zerpringen, was offenbar von unrichtiger Milch herrühren müsse. Beklagte könne den daherigen Schaden nicht einzig tragen und ersuche den Kläger, nach Langenthal zu kommen, um die Käse anzusehen. Es werde überhaupt für ihn interessant sein, zu sehen, wie die Waare aussehe, damit er sich gegenüber seinen Milchlieferanten entsprechend verhalten könne. Am 1. Februar 1892 erneuerte die Beklagte ihre Reklamation. Sie teilte dem Kläger mit, es seien von den als prima angenommenen Käsen von den ersten Monaten nachträglich arg gespalten. Circa 30 Laibe von beiden Mäulchen habe die Beklagte schon als Ausschuß zu schlechtem Preise verkauft. Fernere 40 bis 50 gespaltene Laibe seien davon noch da, und zwar darunter sehr schlechte. Für diese Mängel sei der Verkäufer verantwortlich, er müsse daher der Beklagten erlauben, 20 bis 30 Stück schadhafte Käse an ihn zurückzusenden. Der Kläger lehnte mit Brief vom 4. Februar jede Haftbarkeit ab und erhob, da die Beklagte die Zahlung der letzten Lieferung zurückhielt, am 14. Februar 1892 Betreibung und sodann am 8. Juli gleichen Jahres Klage auf Bezahlung des Kaufpreises im Betrage von 6151 Fr. 44 Cts. und eines Trinkgeldes von 63 Fr. 75 Cts., nebst Verzugszins zu 5 % seit 14. Februar 1892. Später reduzierte er die Klagesforderung auf den Betrag von 6192 Fr. 45 Cts. Die Beklagte bestritt dieses Klagebegehren an sich nicht, machte jedoch im Wege der Widerklage eine Gegenforderung von 4377 Fr.

geltend, mit der Behauptung, es habe ein Teil der vom Kläger gelieferten Käse Mängel gehabt, welche ihren Wert und ihre Tauglichkeit erheblich gemindert oder aufgehoben haben. Sie führte aus: Die Qualität der Käse der zweiten Lieferung habe nicht befriedigt. Der Sachverhalt sei durch eine Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnis festgestellt worden. Die Käse haben beim Einwägen und Einkellern äußerlich fehlerlos und gesund ausgesehen. Ende November oder Anfangs Dezember seien aber bei einzelnen Stücken Ansätze zum Spalten und Gläseln zum Vorschein gekommen, die indessen ihrer Geringsfügigkeit wegen noch zu keinen Reklamationen Anlaß gegeben hätten. In der zweiten Hälfte Dezember sei jedoch die Sache schlimmer geworden, indem ein großer Teil der Käse immer mehr gespalten und zudem faulig geworden sei. Überdies seien viele derselben im Teige immer härter geworden und haben beim Ausreifen einen süßlich-widrigen Geschmack angenommen. Diese Mängel können nur davon herrühren, daß zur Fabrikation untaugliche Milch verwendet worden sei, sie pflegen sich oft erst nach mehreren Monaten zu zeigen, besonders wenn die Nachgärung die Folge von Verwendung unrichtiger Milch sei. Im Käsehandel sei es Übung, wegen kleinen Rissen und Spältchen nicht zu reklamieren, sondern erst, wenn sich als zweifellos herausstelle, daß die Käse ungesund seien. Demgemäß habe die Beklagte dem Kläger sofort Mitteilung gemacht, als sich herausgestellt habe, daß man es nicht mit Kleinigkeiten zu tun habe, nämlich mit Brief vom 19. Dezember 1891. Bei der Beweisführung zum ewigen Gedächtnis seien nun 58 Stück schadhafte Käse vorhanden gewesen, mit einem Gewicht von 4641 Kilos. Der Wert derselben habe sich zu diesem Zeitpunkt auf höchstens 90 Cts. per Kilo belaufen, mit 6 % Eingewicht, so daß sich gegenüber dem Ankaufpreis eine Einbuße von mindestens 2877 Fr. ergebe. Ferner seien 25 schadhafte Stücke der zweiten Lieferung bei der Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnis nicht mehr vorhanden gewesen und habe als minderwertige Waare veräußert werden müssen; der hiedurch von der Beklagten erlittene Verlust belaufe sich auf mindestens 1000 Fr. Endlich haben sich nachträglich noch 12 Stück als schadhafte Waare erwiesen, was einen Schaden von mindestens 500 Fr. zur Folge gehabt habe.

In der Replik machte der Kläger geltend: Die Gewährspflicht des Verkäufers sei nach dem Vertrag mit der Einlagerung der Käse in die Keller der Käuferin aufgehoben; dies ergebe sich daraus, daß bestimmt worden sei, die Käuferin hafte für die gekauften Käse erst mit der Einlagerung in ihre Keller. Ubrigens sei der Widerklagsanspruch verjährt, da vom Tage des Einwägens der zweiten Lieferung an bis zur Einreichung der Widerklage mehr als ein Jahr verfloßen sei. Tatsächlich sei sodann nicht richtig, daß die fraglichen Käse beim Einwägen und Einkellern äußerlich gesund und fehlerlos ausgesehen haben. Auch der süßlich-widrige Geschmack, den die Käse später aufgewiesen haben sollen, hätte schon beim Einwägen konstatiert werden können. Da sich schon Ende November und Anfangs Dezember bei den Käsen Risse und Spalte gezeigt hätten, und da ferner festgestellt sei, daß solche gerissene und gespaltene Käse durch fortgesetzte Behandlung und Zunahme im Salz immer mehr leiden, so hätte die Beklagte dem Kläger sofort nach Entdeckung dieser Fehler, also Ende November oder Anfangs Dezember, Anzeige machen sollen. Dies sei nicht geschehen, und es gelte daher die Waare hinsichtlich der gerügten Mängel als genehmigt. Daß im Käsehandel wegen Kleinigkeiten nicht reklamiert zu werden pflege, könne nicht zugegeben werden. Es werde übrigens bestritten, daß die Sache in der zweiten Hälfte Dezember schlimmer geworden und daß die Käse überhaupt nicht die vertraglichen Eigenschaften aufgewiesen hätten; jedenfalls rühren allfällige Mängel nicht von unwichtiger Viehfütterung her. Unrichtig sei die Ansicht, daß eine Nachgährung nur stattfinden könne, wenn die Waare von Anfang an nicht gesund sei.

2. Zunächst ist zu bemerken, daß die Beklagte und Widerklägerin eine Abänderung von Dispositiv 3 des angefochtenen Urteils, welches sich auf das Widerklagsbegehren bezieht, nur in dem Sinne verlangt, daß dieses Widerklagsbegehren für einen Betrag von 2877 Fr. gutgeheißen werde. Die beiden weitem in der Widerklage geltend gemachten Ansprüche auf Preisminderung im Betrage von 1000 Fr. und 500 Fr. hat sie in der Anschlußberufungserklärung ausdrücklich fallen gelassen, so daß also nur noch die Forderung auf Preisminderung bezüglich der 58 Käse,

welche Gegenstand der Beweisführung zum ewigen Gedächtnis gewesen sind, in Frage kommt.

3. Die dem Preisminderungsanspruch wegen Mängel der Kauffache entgegengestellte Einrede der Verjährung ist von der Vorinstanz zutreffend zurückgewiesen worden. Dieser Anspruch wird nicht auf dem Wege einer selbständigen Klage, sondern einredeweise geltend gemacht, und unterläge daher gemäß Art. 258 D.-R. der für die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel der Kauffache geltenden einjährigen Verjährung nur unter der Voraussetzung, daß innerhalb eines Jahres nach Ablieferung an den Käufer eine Mängelrüge unterblieben wäre; diese Voraussetzung trifft jedoch hier nicht zu, indem eine solche Rüge unbestrittenermaßen am 19. Dezember 1891, also innerhalb Jahresfrist seit der Ablieferung, dem Verkäufer zugestellt worden ist. Ob die Mängelrüge nach Art. 246 D.-R. rechtzeitig und in richtiger Form erhoben worden sei oder nicht, ist für die Frage der Verjährung offenbar ohne Bedeutung, indem im letzteren Falle ein Wandelungs- oder Preisminderungsanspruch des Käufers eben bereits durch die Fehlerhaftigkeit oder die Verspätung der Mängelrüge verwirkt wird und daher hiebei die Verjährung überhaupt nicht mehr zur Geltung kommt. Ebenso kann hier dahin gestellt bleiben, ob in Art. 258 cit. nur diejenigen Einreden gemeint seien, welche sich auf das gleiche Geschäft, wie die Klage, beziehen. Denn obschon die Klage auf Bezahlung der dritten Lieferung geht, der Preisminderungsanspruch des Beklagten sich dagegen auf Mängel der zweiten gründet, so beziehen sich diese beiden Ansprüche dennoch auf ein und dasselbe Kaufgeschäft. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag ist ein einheitlicher, wenn auch die Erfüllung in Abschnitten zu erfolgen hatte, und es ist daher die Bemängelung einer einzelnen Lieferung als Einrede der Nichterfüllung gegenüber dem ganzen Vertrag anzusehen. Unerheblich ist hiebei, daß bei solchen Ratengeschäften die Rügepflicht wegen vorhandener Mängel für jede Teillieferung besonders besteht, denn dies folgt einfach aus der Pflicht des Käufers zur Spezialisierung seiner Mängelrüge, und beruht nicht etwa auf der Annahme, daß jeder Lieferung ein besonderer Vertrag unterliege.

4. Im weitem ist der Vorinstanz darin beizustimmen, daß

die Annahme einer vertraglichen Aufhebung der Gewährspflicht des Verkäufers nicht begründet ist. Die Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen über die Gewährspflicht durch Parteivereinbarung ist zwar, soweit es sich nicht um arglistige Verschweigung der Mängel handelt, zulässig, allein es muß die hierauf gerichtete Willensmeinung der Parteien, da sie eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel begründen soll, unzweideutig dargetan sein. Dies ist nun aber bezüglich der vertraglichen Bestimmung, auf welche sich der Kläger diesfalls beruft, keineswegs der Fall. Wenn es nämlich im Vertrage heißt, die Käuferin hafte für die gekauften Käse erst mit der Einlagerung in ihre Keller, so ist dies nicht ohne weiters gleichbedeutend mit der Erklärung, daß mit der Einkellerung der Käse die Gewährspflicht des Verkäufers aufhören solle. Dem Wortlaute nach bezieht sich diese Bestimmung nur auf die Haftbarkeit der Käuferin, und zwar enthält sie eine Beschränkung derselben. Der Ausdruck weist also auf eine Begünstigung nicht des Verkäufers, sondern der Käuferin hin, und danach muß auch der Sinn der Bestimmung ausgelegt werden, sofern sich dabei überhaupt ein vernünftiger Sinn ergibt. Nun war aber eine Beschränkung der Haftbarkeit der Käuferin nicht etwa zwecklos. Eine solche Haftbarkeit derselben bestand in der Tat vor der Einkellerung. Nach Art. 204 O.-R. gieng die Gefahr der Kaufsache spätestens mit dem Moment, als dieselbe in Gofau zur Versendung ausgeschieden wurde, auf die Käuferin über, und diese hätte daher nach gesetzlicher Vorschrift von diesem Zeitpunkt an auch dann für den Kaufpreis haften müssen, wenn die Waare vor der Einkellerung zu Grunde gegangen oder beschädigt worden wäre.

5. Fragt es sich nun, ob bei der im Streite liegenden zweiten Lieferung Mängel vorhanden gewesen seien, für welche der Verkäufer dem Käufer nach Art. 243 O.-R. einzustehen hat, so muß dies auf Grund des von der Vorinstanz festgestellten Tatbestandes bejaht werden. Allerdings haftete der Verkäufer für die konstatierten Mängel nur, sofern dieselben schon bei der Ablieferung vorhanden waren, und zwar ist der Käufer, welcher die Waare angenommen hat, dafür beweispflichtig, daß dies der Fall gewesen sei. Hierzu genügt jedoch der Nachweis, daß die Mängel

wenigstens im Keime damals schon vorhanden gewesen seien. Über diesen Punkt spricht sich die Vorinstanz zwar nicht ausdrücklich aus, allein angesichts der Expertise und der Aussagen der sachverständigen Zeugen darf unbedenklich davon ausgegangen werden, daß sie diesen Beweis als geleistet betrachtet habe; sie erklärt denn auch anderseits, daß dem Kläger der Nachweis dafür, daß die Verschlechterung auf unrichtiger Behandlung bei der Käuferin beruhe, nicht gelungen sei. Im weitern wäre die Haftbarkeit des Verkäufers ausgeschlossen, wenn die Mängel dem Käufer bereits bei der Auslieferung der Waare erkennbar waren. Waren die Mängel damals schon erkennbar, so galt die vorbehaltlose Empfangnahme als Genehmigung. Nun hat aber die Vorinstanz festgestellt, daß die Mängel damals nicht erkennbar gewesen seien. Diese Feststellung steht weder mit den Akten im Widerspruch, noch beruht sie auf einer rechtsirrtümlichen Auffassung des Begriffes der Erkennbarkeit und ist daher gemäß Art. 81 des Organisationsgesetzes für das Bundesgericht verbindlich.

6. Eine Genehmigung der Kaufsache muß jedoch auch dann angenommen werden, wenn der Käufer unterlassen hat, die Mängelrüge in gehöriger Form und zu rechter Zeit zu erheben, und zwar liegt es ihm ob, die Vollständigkeit und Rechtzeitigkeit der Rüge zu begründen und zu beweisen (siehe Buchelt, Kommentar zum deutschen Handelsgesetzbuch, Bd. II, S. 995, 2. Aufl.). Fragt es sich, ob die von der Beklagten erhobene Mängelrüge mit der erforderlichen Genauigkeit und Vollständigkeit abgefaßt worden sei, so ist zu beachten, daß es sich hier um einen Kauf handelte, bei dem jedes einzelne Stück hinsichtlich der zu prästierenden Eigenschaften besonders in Frage kam. Der Käufer durfte nach der Bestimmung des Kaufvertrages wegen Mangelhaftigkeit einzelner Stücke nicht die ganze Lieferung zurückweisen, sondern nur die fehlerhaften, und zwar ohne Rücksicht darauf, wie sich die Zahl dieser letztern zu den empfangenen Stücken verhielt. Nun muß die Mängelrüge so abgefaßt sein, daß der Verkäufer daraus die Tragweite der Beanstandung er-messen kann. Dadurch, daß der Käufer sich zunächst auf eine allgemein gehaltene Reklamation beschränkt und dieselbe erst im

Prozesse nach Umfang und Inhalt näher bestimmt, kommt er der in Art. 246 D.-R. geforderten Rügepflicht nicht nach. Der Verkäufer muß vielmehr schon aus seiner Anzeige ersehen können, in welchem Umfange und aus welchen Gründen die Waare beanstandet werde, er soll sobald als möglich wissen, inwieweit seine Haftbarkeit in Anspruch genommen werden wolle, und auf Grund der Rüge in der Lage sein, sich über die zu treffenden Maßnahmen zu entscheiden; dies ermöglichte aber die von der Beklagten erhobene Mängelrüge dem Kläger nicht. Erst im Prozesse erklärte die Beklagte, daß es die zweite Lieferung sei, welche von ihr beanstandet werde, und daß sich die Reklamation auf diese beschränke. In der Anzeige vom 19. Dezember 1891 war hievon kein Wort gesagt; diese Anzeige ließ den Kläger vollständig im Ungewissen, auf welche Lieferung sich die Reklamation beziehe, abgesehen davon, daß auch die Anzahl der schadhaften Stücke darin nicht angegeben war. Aus dem Briefe vom 1. Februar 1892 mußte Kläger sogar schließen, daß wegen der ersten Lieferung reklamiert werde, indem die Beklagte dort erklärte, sie müsse auf die Mitteilung zurückkommen, daß die Käse von den ersten Monaten arg gespalten seien. Ebenso konnte sich der Kläger auf Grund der Anzeige der Beklagten keine Rechenschaft darüber geben, ob die Reklamation sich auf die Mulchen von Andwyl oder Niederdorf beziehe, während die Kenntnis hievon für seine Stellungnahme offenbar von Bedeutung sein konnte. Die von der Beklagten erhobene Mängelrüge ermangelte somit der gehörigen Substanziierung und war daher nicht geeignet, den Anspruch derselben auf Wandelung oder Preisminderung wegen der Mängel der Kauffache zu wahren. Überdies mußte die Rüge wegen Verspätung zurückgewiesen werden. Wie bereits bemerkt, hat der Käufer sowohl die Rechtzeitigkeit als die Vollständigkeit der Rüge zu begründen und zu beweisen. Nun hat die Vorinstanz festgestellt, daß die Fehler, welche die Beklagte bereits Ende November und Anfangs Dezember 1891 entdeckt hatte, zwar in ihrem damaligen Zustand unerheblich gewesen seien, sich aber doch als die sichern Vorboten bedeutenderer Schäden dargestellt haben, für welche eine Gewährspflicht des Verkäufers unzweifelhaft bestand, und sie hat daher die erst am 19. Dezember erfolgte

Mängelrüge als verspätet erklärt bezüglich derjenigen Käse, welche Ende November und Anfangs Dezember solche Risse und Spalte aufgewiesen hätten. Wie groß die Anzahl dieser Käse gewesen sei, gegenüber denjenigen, bei welchen die Beklagte behauptet, die Mängel erst später entdeckt zu haben, ist aus den Akten nicht ersichtlich. Diese Unbestimmtheit darf nun aber nicht, wie es seitens der Vorinstanz geschehen ist, durch arbiträre Schätzung ergänzt werden. Da die Beklagte die Rechtzeitigkeit ihrer Mängelrüge zu vertreten hat, lag es ihr ob, festzustellen, bei welchen Käsen die gerügten Mängel erst später erkennbar geworden seien; hat sie diese Feststellung unterlassen, so muß eben der Beweis für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge für die ganze beanstandete Partie als nicht erbracht gelten.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird als begründet erklärt und daher die Klage in vollem Umfange gutgeheißen, die Widerklage dagegen gänzlich abgewiesen.

78 Arrêt du 15 juin 1895 dans la cause Lapp & C^{ie}
contre Anglo-Swiss-Condensed Milk C^o.

Dès 1866 il a été fondé à Cham (canton de Zoug) une société anonyme ayant pour but la fabrication de lait condensé et d'autres produits propres à être vendus conjointement avec celui-ci. D'après les statuts adoptés le 2 avril 1881, le capital-actions de la dite société était fixé à dix millions de francs, dont six déjà versés. Après l'entrée en vigueur du Code des obligations, la société en question fut inscrite au registre du commerce du canton de Zoug, le 9 mars 1883, sous la raison sociale « Anglo-Swiss Condensed Milk Company » ayant son siège principal à Cham. D'après l'extrait publié dans la *Feuille officielle du commerce* du 14 mars 1883, la signature appartient soit au directeur général, soit à ses remplaçants, lesquels doivent faire précéder leur signature