

Betrag hinaus deshalb als unbegründet bezeichnet, weil derselbe nicht innerhalb der vertraglichen Frist die formelle Taxe verlangt, bezw. überhaupt keine Eingabe an die Beklagte gemacht habe. Dieser Standpunkt stellt sich aber, wie ausgeführt, als unrichtig dar, weil die streitige Frage der sog. formellen Taxe entzogen ist. Bezüglich des Klägers Hasler hat die Vorinstanz ihr Urteil damit motiviert, daß Hasler zwar das Schätzungsverzeichnis unterzeichnet, aber seinen Widerspruch gegen den Abzug von 10% durch seine Eingabe vom 6. August an die Direktion der Beklagte kundgegeben habe, indem er dort, unter Protest gegen den Abzug, erkläre, nur unter dem ausdrücklichen mündlichen Vorbehalt unterzeichnet zu haben, daß seine Unterschrift der Frage nach der Berechtigung jenes Abzuges nicht präjudizieren solle. Berücksichtigt man nun, daß die Experten und die Tabelle mit der Feststellung des Abzuges für ersparte Erntekosten sich gar nicht zu befassen hatten, die Feststellung auch lediglich auf der Instruktion der Beklagten beruhte, so kann der Unterschrift des Klägers Hasler in der That nicht die von der Beklagten angegebene Bedeutung beigemessen werden.

8. Grundlos weigert sich die Beklagte endlich, Verzugszins von der den Klägern gebührenden Versicherungssumme zu bezahlen. Diese Weigerung wäre, da die Klageforderungen unbestrittenemassen bei Anhebung der Klage fällig waren, nur dann gerechtfertigt, wenn die Kläger sich in Annahmeverzug befänden. Davon ist aber keine Rede. Die Kläger sind jederzeit bereit gewesen, den durch die Experten festgestellten Schätzungsbetrag anzunehmen, und die Zahlung ist nur durch den — nach den vorstehenden Ausführungen ganz unberechtigten — Vorbehalt, den die Beklagte an dieselbe knüpfte, vereitelt worden. Nicht nur hat die Beklagte die Zahlung an den Vorbehalt geknüpft, daß die Kläger auf jeden weiteren Anspruch verzichten, sondern sie hat in ihrem Briefe vom 1. November 1897 an den Anwalt der Kläger noch weiter für den Fall des Nichtverzichtes den Anspruch erhoben, an der von den Experten festgestellten Schadenssumme Abzüge für den Schaden zu machen, welcher nach dem Hagelschlage aus andern Ursachen für die klägerischen Neban auch ohne den Hagelschlag eingetreten wäre. Alle diese von der Beklagten an die

Zahlung geknüpften Bedingungen waren aber durchaus unbegründet.

9. Auf das Begehren der Kläger, daß der liquide Teil der Klageforderungen sofort vollstreckbar erklärt werde, kann in der bundesgerichtlichen Instanz nicht eingetreten werden, da die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Teilurteil zu erlassen sei, ausschließlich dem (kantonalen) Prozeßrechte angehört.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Kläger wird dahin als begründet erklärt, daß das Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 5. Juli 1898 aufgehoben, und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird mit dem Auftrage, der Beklagten den Beweis dafür abzunehmen, daß den Klägern durch Ersparung von Erntekosten ein Vorteil von 10% der von den Experten Drach und Cornaz ausgemittelten Entschädigungssummen, eventuell ein Vorteil in geringerem Betrage erwachsen sei, vorbehaltlich des Gegenbeweises.

92. Urteil vom 18. November 1898 in Sachen Glatz gegen Bucher.

Form der Anschlussberufung bei Streitwert unter 4000 Fr. — Werkvertrag. Wandelungseinrede, Verwirkung durch Verfügung über das Werk. Minderungseinrede.

A. Mit Urteil vom 16. Juli 1898 hat das Obergericht des Kantons Unterwalden ob dem Wald erkannt:

Das klägerische Rechtsbegehren ist abgewiesen.

B. Gegen dieses, ihm am 24. Juli 1898 zugestellte, Urteil hat der Kläger mit Erklärung vom 2. August 1898 die Berufung an das Bundesgericht eingelegt und mit Eingabe vom 11. gl. Monats die schriftliche Begründung der Berufung eingereicht. Die Berufungsanträge gehen dahin: Das Klagebegehren sei in Abänderung des angefochtenen Urteils gutzuheißen und der

Beklagte mit seinen Rechtsbegehren abzuweisen; eventuell sei das angefochtene Urteil zu kassieren und seien die vom Kläger angetroffenen, aber nicht abgenommenen Beweise zuzulassen und nachzuholen.

C. Mit Eingabe vom 9. August 1898 hat der Beklagte erklärt, er schließe sich der Berufung des Klägers an, mit dem Antrage: Das angefochtene Urteil sei im Sinne der Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils abzuändern. Eine Begründung ist dieser Anschlußberufungserklärung nicht beigelegt und auch nicht innerhalb der Anschlußberufungsfrist des Art. 70 Org.-Ges. eingereicht worden, sondern erst mit der vom 23. August 1898 datierten Antwort auf die Berufungsschrift des Klägers.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Betreffend die Form und die Frist der Berufungserklärungen ist zu bemerken, daß es sich, da der Streitwert 4000 Fr. nicht erreicht, um eine nach Art. 67 Abs. 4 Org.-Ges. im schriftlichen Verfahren zu behandelnde Berufung handelt, bei welcher nach der feststehenden Praxis des Bundesgerichts nicht nur die Berufungserklärung, sondern auch die dieselbe begründende Rechtschrift innerhalb der Berufungsfrist einzureichen ist. Diese Formvorschrift ist nun vorliegendenfalls vom Berufungskläger erfüllt, dagegen nicht vom Anschlußberufungskläger. Dieser hat allerdings innerhalb der zehntägigen Anschlußberufungsfrist des Art. 70 Abs. 1 Org.-Ges. seine Anschlußberufungserklärung eingelegt, nicht aber eine dieselbe begründende Rechtschrift, und nun muß der für die (Haupt-)Berufung aufgestellte Rechtsatz per analogiam auch für die Anschlußberufung festgehalten werden, m. a. W. es ist gegebenenfalls (beim schriftlichen Verfahren) auch die Anschlußberufung innerhalb der Anschlußberufungsfrist schriftlich zu begründen. Diese Formvorschrift fällt nicht etwa als überflüssig dahin, wo, wie hier, die Begründung der Anschlußberufung mit der Begründung der Antwort auf die (Haupt-)Berufung zusammenfällt; in solchen Fällen kann vielmehr von einer selbständigen Antwortschrift Umgang genommen werden, aber nicht von der Begründung der Anschlußberufung. Auf die Anschlußberufung kann daher, weil sie nicht in richtiger Form eingelegt ist, nicht eingetreten werden, so daß die Frage der vom Kläger dem Beklagten allfällig

zu leistenden Vergütungen und Entschädigungen nicht zu erörtern ist; es kann sich für das Bundesgericht nur darum handeln, zu prüfen, ob die Berufungsanträge des Klägers ganz oder teilweise als begründet erscheinen, oder aber das obergerichtliche Urteil bestätigt werden muß.

2. In tatsächlicher Beziehung ist aus den Akten hervorzuheben: Nach mehrfachen längern Unterhandlungen bestellte der heutige Beklagte J. J. Bucher, als Inhaber des Grand Hôtel Méditerranée in Pegli, beim Rechtsvorfahren des heutigen Klägers, J. Benz, Orchestrionfabrikanten in Billingen (Großherzogtum Baden) ein Orchestrion, das von tadellosester Konstruktion sein sollte. Der Übernahmepreis wurde auf 5000 Fr. festgesetzt, zahlbar 1000 Fr. nach Aufstellung des Gegenstandes in Pegli, 2000 Fr. je Ende Juli 1893 und Ende Juli 1894. Als Lieferungsstermin war Mitte Juni 1892 bestimmt. Das Instrument wurde jedoch erst Mitte Juli 1892 in Pegli aufgestellt, und mit Schreiben vom 21. gl. Monats stellte der Beklagte das Orchestrion dem Benz sofort zur Verfügung, da es an ganz erheblichen, die Erfüllung seines Zweckes verunmöglichenden Mängeln (die näher dahin bezeichnet wurden: statt daß 4 Walzen 8 Tänze spielen, spielen deren 2 je 8, von denen jedoch keiner abgepielt werde; die Musik sei keine reine und habe kein gleichmäßiges Tempo) leide; mit Brief vom 22. gl. Monats wiederholte er diese Erklärung dem Konkursverwalter des inzwischen in Konkurs gefallenen Benz gegenüber. Es folgten lange Unterhandlungen, aus denen zu erwähnen ist: daß der Konkursverwalter mit Brief vom 16. Dezember 1892 den Beklagten anfragte, ob er nicht gewillt wäre, unter bedeutendem Preisnachlasse das Werk im jetzigen Zustande zu übernehmen und die Abänderungen auf seine (des Beklagten) Kosten vornehmen zu lassen; daß der Beklagte diesen Vorschlag ablehnte; daß der Konkursverwalter mit Brief vom 15. April 1893 die Überlassung des Orchestrions zu 1500 Fr. anbot, der Beklagte aber auch diese Offerte nicht annahm. Der Beklagte verbrachte dann das Orchestrion im Sommer 1894 nach Rägiswyl (bei Kerns), und Mitte Januar 1895 sandte er es zur Reparatur an J. D. Blas, Orchestrionfabrikanten in Klingenthal (Sachsen). Ungefähr gleichzeitig, mit Brief d. d. 1. Januar 1895,

mit Abgangspoststempel vom 15. und Ankunftspoststempel vom 17. gl. Monats, mit dieser Übersendung zeigte er der Konkursverwaltung Benz an: wenn sie innert 8 Tagen das Werk nicht, gegen Bezahlung sämtlicher Auslagen nebst Zins, bezöge, werde er frei darüber verfügen. Der Konkursverwalter teilte dem Beklagten durch Schreiben vom 23. Januar 1895 mit, daß die Masse nicht mehr im Falle sein werde, das streitige Instrument zurückzunehmen, hingegen sich bei Bezahlung innert 14 Tagen mit dem reduzierten Preis von 2500 Mark zufrieden geben wolle. Der Beklagte hielt an seinem Standpunkt fest. Am 2. November 1896 erfolgte die Zuschlagung der Forderung von der Masse an den heutigen Kläger Julius Glas, und dieser erhob nun gegen den Beklagten Klage auf Bezahlung des restierenden Preises von 3700 Fr.; diese Summe berechnet er folgendermaßen: der vereinbarte Preis betrage (Kasten inbegriffen) Fr. 5000

Davon seien abzuziehen:

der vom Beklagten gelieferte Kasten	Fr. 500	
vom Beklagten an Benz bezahlte	„ 800	„ 1300

so daß verbleibe die Klagesumme von Fr. 3700

Hievon verlangte der Kläger Zins (ohne Angabe zu wie viel Prozent) seit Ende Juli 1893, als dem Fälligkeitstermin der zweiten Rate (von 2000 Fr.). Der Beklagte stellte in seiner Klagebeantwortung die Rechtsbegehren: „1. Kläger habe das „fragliche Orchestrion gegen Rückvergütung der hierauf gerichteten „Anzahlung des Beklagten und Vergütung der vorauslagten Reise-, „Transport-, Zoll- und Frachtspesen, sowie des durch die ver- „spätete und fehlerhafte Lieferung des Werkes dem Beklagten ver- „ursachten Schadens gemäß gerichtlicher Feststellung zurückzunehmen. „2. Eventuell habe Kläger den Minderwert des Instrumentes, „sowie den Schaden der fehlerhaften und verspäteten Lieferung „und die vorauslagten Reise-, Zoll- und Frachtspesen an den „Beklagten zu vergüten.“ Das Civilgericht des Kantons Unterwalden ob dem Wald wies die Klage ab und hieß das erste Rechtsbegehren des Beklagten in dem Sinne gut, daß es entschied: der Kläger habe das Orchestrion zurückzunehmen und hinwieder den Beklagten für alle Kosten und Nachteile zu entschädigen, die ihm durch die nicht vertragsgemäße Lieferung des fraglichen Werkes

erwachsen seien, mit Einschluß der für dessen Ausbesserung aufgewendeten Kosten. Die zweite Instanz hat dagegen in ihrem eingangs Fakt. A mitgeteilten Urteile angenommen, das erste Rechtsbegehren des Beklagten könne nicht gutgeheißen werden, weil es in Form einer förmlichen Widerklage hätte gestellt werden müssen. Im übrigen ist die Begründung des zweitinstanzlichen Urteils aus den folgenden Erwägungen ersichtlich.

3. Die Klage ist gerichtet auf Erfüllung der vom Beklagten übernommenen Verpflichtung zur Vergütung des Preises für das Orchestrion; sie ist also zu bezeichnen als Erfüllungsklage, und zwar ist der zu Grunde liegende Vertrag wohl eher (mit den Vorinstanzen und entgegen dem Kläger) als Werkvertrag, nicht als Kauf anzusehen, da es sich um die Herstellung eines eigenartigen, genau individualisierten Werkes, wobei die Bearbeitung das Wesentliche ist und die Vergütung sich als Arbeitslohn darstellt, nicht um die Beschaffung einer fertigen Sache handelt (vgl. Hafner, Kommentar, 2. Aufl., 3. Obligationenrecht, Art. 350, Anm. 3, S. 185). Vorliegend kann übrigens die Frage, ob Kauf oder Werkvertrag, vom praktischen Gesichtspunkte aus dahingestellt bleiben; denn der Erfüllungsklage hält der Beklagte die Wandelungs- und die Minderungseinrede entgegen, und die Begründetheit dieser Einreden untersteht sowohl beim Werkvertrage wie beim Kauf im wesentlichen den gleichen Voraussetzungen. Bemerket sei nur, daß der Wandelungs- und Minderungsanspruch selbstverständlich auch auf dem Wege der Einrede geltend gemacht werden können, wie sich das auch aus Art. 258 D.-R. (auf welchen Art. 362 verweist) ergibt; die Vorinstanz hat denn auch die Einreden als solche zugelassen — ansonst sie ja die Klage hätte gutheißen müssen — und führt nur aus, die Ansprüche auf Vergütung der Auslagen und auf Schadenersatz hätten widerklageweise gestellt werden müssen — eine Auffassung, deren Richtigkeit dahingestellt bleiben kann, nachdem die Anschlußberufung des Beklagten verwirkt ist.

4. Was nun vorerst die vom Beklagten erhobene Wandelungseinrede betrifft, die darauf gestützt wird, das Werk sei für den Beklagten zu dem Zwecke, zu dem es bestellt worden sei, gänzlich unbrauchbar gewesen, so hält der Kläger dieser Einrede zunächst

mit Unrecht die Replik der Verspätung und der nicht gehörigen Geltendmachung der Mängelrüge entgegen. Denn das Orchestrion war unbestrittenermaßen erst Mitte Juli 1892 in Pegli fertig erstellt; von da an lief daher die Frist zur Mängelrüge, und nun hat der Beklagte schon am 21. gl. Monats, also gewiß nicht verspätet, sondern sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang thunlich war, eine detaillierte Mängelrüge erhoben, aus der der Unternehmer (der Rechtsvorfahr des Klägers) genau ersehen konnte, an welchen Mängeln das Werk litt. Dagegen erblickt der Kläger eine Genehmigung des Werkes weiterhin in dem ferneren Verhalten des Beklagten, in den Thatfachen, daß der Beklagte das Werk zunächst in Pegli behielt, dann nach Kägiswyl verbrachte und es endlich sogar nach Sachsen zur Umänderung sandte. Dieser Standpunkt des Klägers muß nun, entgegen der Auffassung der Vorinstanzen, geschützt werden. Denn durch die erwähnten Manipulationen hat der Beklagte thatsächlich den Willen kundgegeben, daß er sich das Orchestrion aneignen und es als sein Eigentum betrachten wolle; und diesen thatsächlichen Kundgebungen gegenüber kann er sich nicht etwa auf seine Erklärungen an den Verwalter der Konkursmasse des Benz berufen, wonach er die Annahme verweigerte; diese Annahmeverweigerung stand und steht im Widerspruch zu seinem thatsächlichen Verhalten — von dem auch die Konkursverwaltung Kenntnis hatte — und ist daher nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr wirkungslos. Durch dieses Verhalten aber hat nun der Beklagte auf die vorher erklärte Heimschlagung des Werkes an den Rechtsvorfahren des Klägers verzichtet, wie dies das Bundesgericht in seinem Entscheide vom 16. Juli 1898 i. S. Dannenberg und Schaper gegen Krenz (Revue der Gerichtspraxis, XVI, Nr. 89 und jetzt oben S. 536 ff., speziell S. 547 f. Erw. 6) ausgesprochen hat, und wie dies betreffend den Kauf von der deutschen Rechtswissenschaft angenommen wird (vgl. Hahn, Komm. z. D. H.-G.-B., Art. 347, § 17; Staub, Komm. z. D. H.-G.-B., Art. 347, § 35). Der Gebrauch des Orchestrions und die Umänderung desselben geschahen nämlich nicht etwa zum Zwecke der Probe und zur Konstatierung der Mängel, in welchem Falle allerdings eine Aneignung nicht angenommen werden könnte, sondern es lag

eine freie Verfügung und damit eine Kundgebung des Willens, das Werk als Eigentum zu beanspruchen, vor. Die Wandelungseinrede kann daher nicht mehr gehört werden.

5. Durch den ferneren Gebrauch des Werkes hat der Beklagte dagegen nicht auf den Preisminderungsanspruch verzichtet, da in diesem Gebrauche nicht auch die Erklärung liegt, das Werk, dessen Mängel der Besteller dem Unternehmer rechtzeitig und gehörig angezeigt hat, als vertragsmäßig geliefert anerkennen zu wollen (vgl. das citierte Urteil i. S. Dannenberg und Schaper gegen Krenz). Die vom Beklagten eventuell erhobene Minderungseinrede ist daher heute noch zulässig, und ihre Begründetheit hängt davon ab, ob das Werk derartige Mängel aufweist, daß sein Wert gegenüber dem vereinbarten Preise verringert erscheint. Dies ist nun nach der Aktenlage ohne weiteres anzunehmen, da der Kläger im Grunde genommen das Vorhandensein von Mängeln nie bestritten hat und auch schon sein Rechtsvorfahr selber, sowie dessen Konkursverwalter einen Minderwert anerkannt haben, und endlich von den Vorinstanzen in nicht aktenwidriger Weise festgestellt ist, daß der Beklagte dem F. D. Glas für Reparatur des Werkes mehr als 1200 Fr. bezahlt hat. Dagegen ist allerdings das genaue Maß des Minderwertes gegenüber den heute noch geforderten 3700 Fr. aus den vorliegenden Akten nicht ersichtlich, und es könnte sich daher fragen, ob nicht die Akten zu dessen Feststellung durch eine Expertise an den Vorderrichter zurückzuweisen seien. Indessen würde eine solche Rückweisung wohl ohne großen praktischen Erfolg sein, da eine genaue Festsetzung des Minderwertes des Werkes zur maßgebenden Zeit, d. h. zur Zeit seiner Ablieferung, nicht mehr möglich ist, und zwar vorzugsweise infolge des Verhaltens des Beklagten, der das Werk in Gebrauch genommen hat und umändern ließ. Es rechtfertigt sich daher, den Minderwert an Hand der vorliegenden Akten nach freiem Ermessen zu bestimmen; und wenn nun berücksichtigt wird einerseits, daß der Beklagte für die Reparatur des Werkes, wie bemerkt, mehr als 1200 Fr. verausgabte hat, andererseits, daß der Konkursverwalter der Masse Benz dem Beklagten das Werk im April 1893 zu nur 1500 Fr. überlassen wollte, so mag ein Abzug von 1700 Fr. an dem geforderten Restanzwerklohn von 3700 Fr. als angemessen

erscheinen, so daß der Beklagte noch zur Zahlung von 2000 Fr. zu verpflichten ist; und zwar sind von diesem Betrage zur weiteren Ausgleichung der dem Beklagten durch die nicht vertragsgemäße Lieferung entstandenen Inkonvenienzen keine Zinsen zu sprechen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

1. Auf die Anschlußberufung des Beklagten wird nicht eingetreten.

2. Die Berufung des Klägers wird dahin als begründet erklärt, daß der Beklagte verpflichtet wird, dem Kläger 2000 Fr. zu bezahlen.

93. Urteil vom 26. November 1898 in Sachen Blatter gegen Kuranstalten Affoltern a. A.

Beitritt zu einer Genossenschaft; nachherige Erweiterung des Genossenschaftszweckes durch Statutenrevision; Klage auf Einzahlung des gezeichneten Beitrags; Einwendung, die Genossenschaft sei eine neue geworden. Die Verletzung von Sonderrechten der Genossenschafter durch Statutenänderung kann nur durch Anfechtung der Statutenrevision, nicht durch Weigerung der Zahlung des Beitrags geltend gemacht werden.

A. Durch Urteil vom 16. August 1898 hat die Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich erkannt:

Die Beklagte ist verpflichtet, das von ihr gezeichnete Aktienkapital von 10,000 Fr. der Klägerin einzuzahlen, nebst Zins zu 5 % seit 15. Januar 1898.

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt und den Antrag gestellt, es sei in Abänderung desselben die Klage abzuweisen und das erstinstanzliche Urteil wiederherzustellen.

In der heutigen Hauptverhandlung erneuert der Anwalt der Beklagten diesen Antrag. Der Anwalt der Klägerschaft beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagte verkaufte im Mai 1896 ihre Besitzung zum Lilienberg bei Affoltern um 70,000 Fr. an den Architekten Gremaud in Zürich, welcher beabsichtigte, darauf, anschließend an das bereits bestehende Wohngebäude, ein Kurhaus zu bauen. Wegen finanzieller Schwierigkeiten mußte er aber den Bau vor dessen Vollendung einstellen; es legte sich nun ein Konsortium ins Mittel, welches die Gründung einer Genossenschaft zur Erwerbung der Liegenschaft zum Lilienberg anstrebte. Diesem Konsortium gegenüber erklärte die Beklagte am 21. Mai 1897, daß sie für den Fall, als die Genossenschaft zu Stande komme, den mit Gremaud vereinbarten Kaufpreis um 10,000 Fr. reduziere und von dem verbleibenden Kaufrest von 60,000 Fr. weitere 10,000 Fr. in Genossenschaftsanteilen übernehme. Am 21. Juni 1897 unterzeichnete sie dann einen Subskriptionsschein, laut welchem sie sich „auf Grund der Statuten und des Prospektus der Genossenschaft „Kneippkurhaus Lilienberg Affoltern a. A.“ zur Übernahme und Einzahlung von 10 Genossenschaftsanteilen à 1000 Fr. im Gesamtbetrage von Franken zehntausend, nach Beschluß der Generalversammlung“ verpflichtete. Am 30. Juli 1897 fand die konstituierende Generalversammlung der Genossenschaft statt, wobei die Statuten definitiv festgestellt und einstimmig angenommen wurden und der Vorstand bestellt wurde. In § 1 der Statuten wird als Name der Genossenschaft „Kurhaus Lilienberg“ und als Sitz Affoltern am Albis bezeichnet. § 2 bestimmt: „Der Zweck der Genossenschaft ist Ankauf, Ausbau und Betrieb des Kurhauses Lilienberg in Affoltern a. A.“ § 16 erfordert zur Beschlussfassung über Statutenänderung oder Auflösung der Gesellschaft die Vertretung von $\frac{2}{3}$ aller Anteilscheine. Die Beklagte nahm an dieser Generalversammlung teil und zeichnete auf einem in derselben vorgelegten, die alten Scheine ersetzenden Subskriptionsschein 20 Genossenschaftsanteile im Betrag von zusammen 10,000 Fr. Dieser neue Subskriptionsschein lautet: „Die Unterzeichneten verpflichten sich auf Grund der in der konstituierenden Generalversammlung der Genossenschaft „Kurhaus Lilienberg Affoltern a. A.“ vom 30. Juli 1897 angenommenen Statuten zur Übernahme und Einzahlung von Genossenschaftsanteilen à 500 Fr.“