

## 41. Urteil vom 26. Juni 1909

in Sachen **Borletti & Pezzi**, Kl. u. Ber.-Kl., gegen  
**Schweizerische Metallwerke Dornach**, Bekl. u. Ber.-Bekl.

*Unverbindlichkeit eines Vertrages (Lieferungskaufs) wegen Irrtums des einen Kontrahenten (Verkäufers) beim Vertragsabschluss, hervorgerufen durch betrügerisches Verhalten des Gegenkontrahenten (Käufers): Art. 24 OR.*

A. — Durch Urteil vom 25. März 1909 hat das Obergericht des Kantons Solothurn erkannt:

Die Klage ist unter Bestätigung des angefochtenen Urteils abgewiesen.

B. — Gegen dieses Urteil haben die Kläger rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen:

1. Es sei in Abänderung des Urteils des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 25. März 1909 die Beklagte zur Zahlung der ganzen eingeklagten Forderung an die Kläger, im Betrage von 9759 Fr. 57 Cts., zu verurteilen.

2. Es seien der Beklagten die sämtlichen Prozeßkosten aufzuerlegen.

C. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Klägerin die gestellten Berufungsanträge erneuert; derjenige der Beklagten hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils unter Kostenfolge zu Lasten der Gegenpartei angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Beklagte, die Aktiengesellschaft Schweizerische Metallwerke Dornach, ist Alierierte des französisch-schweizerischen Messing-syndikats vom 11. November 1904 und infolgedessen bei einer hohen Konventionalstrafe verpflichtet, für alle Verkäufe in der Schweiz sich an die Preisconvention des Syndikats zu halten. Am 26. August 1907, als der Syndikatspreis auf 240 Fr. für 100 kg Messing stand, schloß die Beklagte mit den Klägern Borletti & Pezzi, in Mailand, einen Vertrag ab, wonach sie ihnen innert Jahresfrist 100,000 kg Uhrenmessing zum Preise von

197 Fr. per 100 kg franko Chiasso liefern sollte. Damit wurde eine frühere Bestellung (vom 19. März 1907) annulliert, die franko Mailand zu liefern gewesen wäre. Die Direktion der Beklagten befaßte sich am 28. August mit dem Verkauf vom 26. d. Mis. Dabei berichtete, laut dem Protokoll darüber, der Direktor Stadler, der das Geschäft abgeschlossen hatte: Wieland & Cie. in Ulm hätten das Messing zu 207 Fr. franko und verzollt Mailand offeriert; die Beklagte habe aber den Vorzug erhalten, weil sie, wie üblich, 65—67% Abfall wieder zurücknehme; die Kläger werden die Verzollung nach Italien selbst besorgen. Gestützt hierauf beschloß die Direktion, den Verkauf zu genehmigen, mit Rücksicht darauf, daß es ein solcher ins Ausland sei. Unterdessen hatten die Kläger, am 26. August, einen Vertrag mit dem Uhrenfabrikanten Kummer in Bettlach (Kanton Solothurn) abgeschlossen, wonach sie sich verpflichteten, ihm ebenfalls 100,000 kg Uhrenmessing Dornacher Dualität zum Preise von 210 Fr. per 100 kg, mit gleichem Rücknahmepreis für die Abfälle zu liefern. Die Kläger bezogen nämlich von Kummer « ébauches » (unfertige Uhrenwerke), und da sie diese bisher wegen der hohen Syndikatspreise des Messings teuer bezahlen müssen, hatten sie ihm die Lieferung billigen Messings anerbaten.

Am 28. September fakturierte die Beklagte den Klägern eine erste Sendung von 5357 kg und ließ sie nach Chiasso aufgeben, worauf die Kläger noch am gleichen Tage der Beklagten schrieben: es wäre ihnen besser gedient, wenn ihnen das Messing nach Basel geliefert würde, da sie bedeutende Metallimporte aus Deutschland machten und von dort aus größere Transportvergünstigungen genössen; die Beklagte möge angeben, welchen Nachlaß vom Preise sie bei Lieferung nach Basel gewähre. Am 30. September wiesen die Kläger die Beklagte telegraphisch an, den Wagen an Gondrand frères in Basel zu spedieren. Die Beklagte scheint nicht darauf eingegangen zu sein. Am 4. Oktober ließ sie eine zweite Sendung von 801 kg wiederum nach Chiasso abgehen, worauf ihr die Kläger am 8. Oktober schrieben: sie möge von jetzt an alle Sendungen in Quantitäten von mindestens 4000 kg an Gondrand frères in Basel senden. Die Beklagte antwortete hierauf zunächst nicht. Am 21. Oktober erhielt sie die Abfälle der zwei gemachten

Lieferungen zurück und konnte aus dem Frachtbrief entnehmen, daß sie ihr durch Kummer im Auftrage der Kläger von Bettlach aus zugesandt worden waren. Am 28. Oktober war der Preis für die erste Lieferung fällig; er wurde verspätet, am 20. November, bezahlt. In einem Brief vom 29. Oktober, der im wesentlichen einen — auch noch in der nachherigen Korrespondenz erörterten — Anstand hinsichtlich dieser Zahlung betrifft, erwähnte die Beklagte, daß sie vertraglich nach Chiasso zu liefern habe. Am 13. Dezember verlangten die Kläger eine weitere Sendung, neuerdings mit dem Begehren, nach Basel an Gondrand frères zu liefern und dafür an den Transportkosten 2 Fr. per 100 kg abzuziehen. Nunmehr lehnte die Beklagte dieses Begehren mit Brief vom 16. Dezember ausdrücklich ab, indem sie sich auf den Vertrag berief, an den sie sich strikte halten müsse. Die Kläger antworteten am 17. Dezember, daß ihnen auf das hin nichts übrig bleibe, als mit der Lieferung nach Chiasso sich einverstanden zu erklären, wenn es ihr auch schade und der Beklagten nichts nütze. Am 21. Dezember schrieb dann die Beklagte, die Kläger hätten sie beim Vertragsabschlusse zu der Annahme veranlaßt (*fait entrevoir*), daß das Messing für ihre Fabrikation nach Italien bestimmt sei, und sie möchten deshalb erklären, ob letzteres zutrefte oder nicht, worauf dann bejahenden Falles die Beklagte die fragliche Bestellung sofort ausführen werde. Hierauf entgegneten die Kläger mit Brief vom 23. Dezember: Der Vertrag spreche nichts von der Bestimmung (*destination*) der Ware, und sie hätten sich in dieser Richtung zu nichts verpflichtet; die Beklagte habe die Bestellung entsprechend der vertraglich übernommenen Verpflichtung franko Chiasso auszuführen und werde hiermit aufgefordert, zu erklären, ob sie den Vertrag halten wolle oder nicht; für allen Schaden aus der Nichterfüllung und der Verunmöglichung der Weiterlieferung werde sie haftbar gemacht. Zur Schlichtung dieser Differenz (und eines andern Streitpunkts, der die Leistung einer Garantie für die Zahlung betraf) fand am 14. Januar 1908 in Luzern eine Besprechung zwischen den Parteien statt, jedoch ohne Ergebnis. Auch die spätern brieflichen Verhandlungen führten zu keiner Verständigung.

Nachdem die Kläger die Beklagte nochmals vergeblich zur wei-

tern Lieferung aufgefordert hatten, leiteten sie im April 1908 die vorliegende Klage ein, mit dem Begehren, die Beklagte zur Bezahlung von 9759 Fr. 57 Cts. an sie zu verurteilen, welche Summe den Schaden darstelle, der ihnen durch die Nichtlieferung der restierenden 93,812 kg entstanden sei, in Form von entgangenem Gewinn, den sie durch Weiterlieferung an Kummer hätte erzielen können. Die Beklagte trug auf Abweisung der Klage an mit der Begründung, daß der Vertrag für sie nicht verbindlich sei, weil die Kläger sie bei dessen Eingehung betrügerischerweise zu der Annahme verleitet hätten, das Messing sei zur Einfuhr nach Italien bestimmt. Die beiden kantonalen Instanzen haben den Standpunkt der Beklagten gutgeheißen, die obere durch das am Anfang erwähnte Urteil vom 25. März 1909, gegen das sich die Berufung der Kläger richtet.

2. — Es muß zunächst als feststehend gelten, daß sich die Beklagte bei dem Vertragschlusse in dem Irrtum befunden hat, die Kläger würden die gekaufte Ware nach Italien ausführen, und daß sie also von der gegenteiligen Absicht der Kläger nichts wußte und nicht etwa im geheimen es darauf abgesehen hatte, die für sie verbindliche Preisconvention mit Hilfe der Kläger und zum beidseitigen Vorteil der Vertragsparteien zu umgehen. Für diese Annahme fehlt es an aktenmäßigen Anhaltspunkten, es sprechen vielmehr verschiedene Umstände gegen sie, so namentlich die Tatsache, daß die Kläger erst nachträglich mit dem Begehren auftraten, es sei ihnen statt nach Chiasso nach Basel zu liefern, und dabei den wahren Grund dieses Begehrens zu verdecken suchten durch Vorschlebung ihrer angeblichen Bezüge aus Deutschland, und ferner die weitere Tatsache, daß der Präsident des Syndikats die bereits gemachten Lieferungen ohne weiteres als von der Beklagten in guten Treuen erfolgt ansah und die Konventionalstrafe hinsichtlich jener Lieferungen als nicht verfallen erklärte. Die Kläger haben denn auch selbst nicht auf ein solches geheimes Einverständnis der Beklagten abgestellt, und nicht, oder mindestens nicht ausdrücklich, bestritten, daß sich die Beklagten wirklich über ihre Absicht, die Ware in der Schweiz zu verwenden, geirrt habe. Daß dieser Irrtum beim Vertragschlusse bestand, wie die Vorinstanz in aktenmäßiger Weise annimmt, muß in der Tat aus der ganzen Sach-

lage geschlossen werden. So lautete zunächst die frühere, durch den Vertrag vom 26. August 1906 annullierte Bestellung franko Mailand, so daß offenbar die Beklagte bei den Vorverhandlungen zum vornherein von dem Gedanken ausging, man habe es wiederum mit einer Sendung nach Italien zu tun. Daß nunmehr die Kläger Lieferung franko Chiasso verlangten, war nicht geeignet, sie an der Richtigkeit dieser Auffassung zweifeln zu lassen, sondern mußte sie im Gegenteil in der Annahme bestärken, daß auch jetzt Bestimmungsort der Ware auf jeden Fall nicht die Schweiz, sondern Italien sei. Denn weder in Chiasso noch überhaupt im Tessin hätte die Ware ihre industrielle Verwendung finden können, und wenn daher die Kläger deren Übergabe an der italienischen Grenze verlangten, so konnte die Beklagte das nur so verstehen, daß die Ware in Chiasso verzollt und von da nach Italien, einem Absatzgebiete für solche Artikel, weiterpediert werden würde. Dazu kommt, daß es laut den Akten (siehe die Aussagen der Zeugen Perrenoud, Kontrolleurs des Syndikats, und Droz, Direktors einer Uhrenfabrik) Übung ist, für Messinglieferungen nach Italien Chiasso als Erfüllungsort zu wählen.

3. — Im weitern ist dieser Irrtum der Beklagten für sie bestimmend gewesen, den Vertrag einzugehen. Sie hat freilich nicht als Vertragsinhalt ausbedungen, daß die Ware nicht nach der Schweiz zu liefern sei oder überhaupt nicht in der Schweiz verwendet werden dürfe. Wohl aber ist sie beim Vertragsschlusse von der Voraussetzung ausgegangen, daß die Kläger die Ware nach Italien ausführen und daselbst verwenden würden; und sie hätte, wenn sie sich der Unrichtigkeit dieser Voraussetzung bewußt gewesen wäre, den Vertrag, so wie er vorliegt, namentlich was den Preis der Ware als essentielle des Vertrages anbetrifft, überhaupt nicht abgeschlossen. Das ergibt sich daraus, daß die Beklagte dem Syndikate gegenüber rechtlich verpflichtet war, bei einer Lieferung in der Schweiz das fragliche Messing zu einem höhern Preise zu verkaufen, als der mit den Klägern vereinbarte, und daß sie wegen der großen Konventionalstrafe, die die Verletzung dieser Verpflichtung nach sich zog, alles Interesse daran hatte, eine solche Verletzung zu unterlassen. Dazu kommt, daß die Beklagte, als sie im Dezember 1906 nach Zusendung der Abfälle durch Kummer die Gewißheit erlangt hatte, daß die Kläger die

bisher gemachten Sendungen von Chiasso aus in der Schweiz absetzen, mit fernern Lieferungen zurückhielt und solche von einer ausdrücklichen Erklärung der Kläger abhängig machte, die Ware sei für Italien bestimmt.

4. — Zur Anwendung des von der Beklagten angerufenen Art. 24 OR, ist endlich noch erforderlich, daß die Kläger den erwähnten Irrtum betrügerischerweise bei der Beklagten erweckt oder unterhalten und damit die Beklagte zum Abschluß des Vertrages, den sie ohne jenen Irrtum nicht eingegangen hätte, verleitet haben. Auch dieses Erfordernis ist an Hand der vorinstanzlichen Tatbestandsfeststellung als gegeben anzusehen. Die Vorinstanz geht in altengemäßer und daher für das Bundesgericht verbindlicher Weise von der — übrigens durch die Sachlage sich aufdrängenden — Annahme aus, die Kläger hätten die Verhältnisse des Uhrenmessingmarktes und die Stellung der Beklagten dazu, also namentlich ihre Gebundenheit an die Syndikatspreise, gekannt. Ist dem so, so muß aber im weitern mit der Vorinstanz daraus geschlossen werden, daß die Kläger sich bewußt waren, die Beklagte werde das Messing zu dem anerbötenen Preise nicht in die Schweiz liefern, und daß sie ferner beim Vertragsschlusse nicht nur über den Irrtum der Beklagten hinsichtlich der Bestimmung der Ware sich klar gewesen sind, sondern diesen Irrtum geradezu hervorgerufen haben, um die Beklagte zur Eingehung des Vertrages zu veranlassen. Und zwar geschah letzteres eben dadurch, daß sie Chiasso als Ablieferungsort bezeichneten. Denn damit konnten sie nur den Zweck verfolgen, die Beklagte aus den schon erwähnten Gründen glauben zu machen, daß die Ware nach Italien weitergehe, während sie sich sonst, falls sie eine solche Täuschung nicht gewollt und nicht für nötig gehalten hätten, die Ablieferung am wirklichen Bestimmungsorte, Bettlach oder in dessen Nähe, ausbedungen und dadurch einen zwecklosen Umweg bei der Expedition und unnütze Frachtspefen erspart haben würden. Diese unnützen Auslagen haben sie später laut ihrem Begehren, künftig nach Basel zu liefern, zu vermeiden gesucht und dabei durch die Begründung dieses Begehrens, nämlich durch die unwahre Angabe, daß die Ware von Basel aus zusammen mit Sendungen von Deutschland weiterpediert würde, neuerdings in einer Weise, die auf ihren Willen beim Vertragsschlusse zurückzuführen läßt,

bekundet, daß es ihnen darum zu tun gewesen ist, die Beklagte über den Bestimmungsort der Ware zu täuschen. Ist aber die Wahl von Chiasso als Ort der Ablieferung nur zum Zwecke dieser Täuschung erfolgt, so können die Kläger auch nicht, wie sie meinen, mit Grund geltend machen, es hätte der Beklagten obgelegen, sich über ihre Absicht, nur nach Italien zu liefern, auszusprechen, und sie, die Kläger, seien der Beklagten keine Auskunft darüber schuldig gewesen, was sie mit der vertraglich in Chiasso abzuliefernden Ware anfangen werden, indem diese mit der Übergabe ihrer freien Verfügungsgewalt unterstehe. All das ändert nichts daran, daß die Kläger in einer Art auf den Vertragswillen der Beklagten eingewirkt haben, die nach Art. 24 OR den Vertrag für sie unverbindlich macht.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und damit das angefochtene Urteil des solothurnischen Obergerichts vom 25. März 1909 in allen Teilen bestätigt.

## V. Fabrik- und Handelsmarken.

### Marques de fabrique.

#### 42. Urteil vom 13. Mai 1909 in Sachen

**Kuenzer & Cie., G. m. b. H., Kl. u. Ber.-Kl., gegen  
„Selvetia“, A.-G., Bekl. u. Ber.-Bekl.**

**Einrede der Markennichtigkeit gegenüber der Markennachahmungsklage:** Frage der abgeurteilten Sache. Gemeingut (Art. 3 Abs. 2 MSchG)? Mangelnde Priorität (Art. 6 MSchG): Dieser Einredegrund kann von jedem Interessenten, auch unter Hinweis auf das Markenrecht eines Dritten, geltend gemacht werden. — Ausschluss neuer Tatsachen in der Berufungsinstanz: Art. 80 OG.

A. — Durch Urteil vom 24. November 1908 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

B. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen, es sei entsprechend den gestellten Klagebegehren zu erkennen: 1. daß die Beklagte nicht berechtigt sei, ihre Fabrikmarke Nr. 18,592 für Kaffeesurrogate zu verwenden; 2. daß das eidgenössische Amt für geistiges Eigentum zur Löschung dieser Marke gehalten sei; 3. daß die Beklagte der Klägerin den entstandenen Schaden zu ersetzen habe, dessen Bestimmung die Klägerin dem Gerichte anheimstelle. Alles unter Kostenfolge.

C. — In der Parteiverhandlung vom 6. Mai 1909, die der heutigen Urteilsberatung vorausgegangen ist, hat der Vertreter der Berufungsklägerin die gestellten Berufungsanträge erneuert; derjenige der Berufungsbeklagten hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides, unter Kostenfolge zu Lasten der Berufungsklägerin, angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — In tatsächlicher Beziehung kann vorerst auf den Bundesgerichtsentscheid verwiesen werden, der am 22. November 1907 in Sachen der heutigen Parteien ergangen ist (S. NS 33 II Nr. 96). Durch diesen Entscheid wurde die Berufung, welche damals die Klägerin gegen ein ihre Klagebegehren abweisendes Urteil des bernischen Appellations- und Kassationshofes an das Bundesgericht ergriffen hatte, in dem Sinne begründet erklärt, daß die Sache zu neuer Beurteilung, gemäß den Erwägungen des bundesgerichtlichen Urteils, an die Vorinstanz zurückgewiesen wurde. Nach dem Inhalte der Erwägungen ist dieses Urteilsdispositiv dahin näher zu präzisieren: Das Bundesgericht erklärte die klägerische Marke Nr. 8296/13,086, worauf die Klägerin die der Beklagten wegen des Gebrauches ihrer Marke Nr. 18,592 vorgeworfene Markenrechtsverletzung zum Teil gestützt hatte, mit der Vorinstanz als nichtig, weil jene Marke eine falsche Herkunftsbezeichnung enthalte und daher dezeptiv sei. Dagegen bezeichnete es die Auffassung der Vorinstanz und der Beklagten, daß auch die andere der Klage zu Grunde gelegte Marke, Nr. 13,088 — die auf den rollenförmigen Paketen der Klägerin angebrachte Stirnflächenmarke, welche an sich keine Herkunftsbezeichnung enthält —, dezeptiv sei, als rechtsirrtümlich und wies die Vorinstanz zur Beurteilung der übrigen