

vigueur, ainsi que le supposent les instances cantonales, ou s'ils ont été abrogés par la disposition de l'art. 9 C. O., d'après laquelle : « les contrats ne sont soumis à une forme » particulière, au point de vue de leur validité, qu'en vertu » d'une prescription spéciale de la loi. »

Or il appert à l'évidence des débats auxquels cette disposition a donné lieu au sein des Chambres fédérales que ces dernières n'ont point entendu abroger les articles précités pas plus que les dispositions analogues des autres cantons de la Suisse romande, mais qu'elles ont, au contraire, clairement exprimé l'intention de les laisser subsister comme des dispositions de procédure, quand bien même elles sont contenues dans des lois cantonales concernant le droit des obligations. (Voir Schneider et Fich, *Commentaire sur le Code des obligations*, édition française, p. 46, note 3, et Dr Hafner, *Einleitung zum Obligationenrecht*, p. XIV et XXV.) En effet, tandis que le projet du Conseil fédéral portait à l'art. 9 que « les contrats ne sont soumis à une forme particulière, au » point de vue de leur validité *et de la preuve*, qu'en vertu » d'une prescription spéciale de la loi, » et que le Conseil des Etats proposait, comme moyen terme, une adjonction à cet article disant que « la preuve des conventions sur » objets d'une valeur de plus de 3000 fr. ne pouvait se faire » par témoins, sauf en matière commerciale et pour affaires » conclues sur un marché, etc., » le Conseil national a reconnu » que les dispositions tendant à restreindre la preuve testimoniale ne pouvaient être détachées de l'ensemble du système des preuves auquel elles appartiennent, qu'il fallait » partant laisser la question des preuves entièrement de » côté. C'est pourquoi les deux Conseils ont fini par biffer » les mots susrapportés *et de la preuve* du projet et par » adopter l'art. 9 dans la teneur précise qu'il a maintenant.»

5° Mais s'il est ainsi constant que les Chambres fédérales ont donné cette signification à l'art. 9 du Code des obligations dans l'intention bien arrêtée de ne point abroger par là les dispositions de procédure contenues dans les législations des cantons de la Suisse romande, cette intention lie évidemment

le juge qui, appelé à appliquer la loi, ne peut lui attribuer — par voie d'interprétation — un sens et une portée que le législateur n'a point entendu lui donner.

Les art. 1341 à 1348 du Code civil genevois étant par conséquent encore en vigueur, le Tribunal fédéral n'a pas qualité pour soumettre à sa censure la décision par laquelle la Cour de justice civile du canton de Genève a déclaré qu'il n'existe pas en l'espèce un commencement de preuve par écrit rendant vraisemblable le fait du prétendu dépôt de la somme réclamée et que la preuve par témoins admise par la première instance était en conséquence inadmissible. Il s'agit en effet à cet égard de l'application et de l'interprétation du droit cantonal.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt rendu le 14 Avril 1890 par la Cour de justice civile du canton de Genève est maintenu tant au fond que sur les dépens.

84. Urtheil vom 5. September 1890 in Sachen
Dürer gegen Haab & Kerber.

A. Durch Urtheil vom 3. Juni 1890 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

1. Die Klage ist abgewiesen, die Widerklage dagegen gutgeheissen und der Kläger und Widerbeklagte ist verpflichtet, den Beklagten und Widerklägern 7500 Fr. nebst Zins à 5% und zwar von 2500 Fr. seit 26. September 1889 und von 5000 Fr. seit 15. Oktober 1889 zu bezahlen, abzüglich des Erlöses für verkauften Vogelfutter. Die Beklagten und Widerkläger sind berechtigt, die in ihrem Besitz befindlichen Waaren des Klägers bis zur Befriedigung ihrer Forderung für Kapital, Zins, und Kosten zu retiniren.

2. Die zweitinstanzliche Staatsgebühr ist auf 80 Fr. angesetzt. Die übrigen Kosten betragen:

13 Fr. 20 Cts.	Schreibgebühren;
1 " 80 "	Citationsgebühren;
2 " 80 "	Stempel;
1 " 30 "	Porto.

3. Die erst- und zweitinstanzlichen Kosten sind dem Kläger und Widerbeklagten aufgelegt.

4. Derselbe hat die Beklagten und Widerkläger für außergerichtliche Kosten und Umtriebe im Ganzen mit 100 Fr. zu entschädigen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt: Es sei, in Abänderung des vorinstanzlichen Urtheils, die Klage in vollem Umfange gutzuheißen und demnach zu erkennen, die Beklagten seien verpflichtet, dem Kläger 7166 Fr. 50 Cts. nebst Zins à 5 % seit 15. Oktober 1889, sowie 48 Fr. 60 Cts. Kosten des summarischen Verfahrens zu bezahlen und auf die gesprochene Entschädigung von 15 Fr. zu verzichten; die Widerklage sei abzuweisen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge für alle drei Instanzen. Er erklärt, er halte seine sämtlichen vor den kantonalen Instanzen gestellten Anträge und gemachten Ausführungen aufrecht. Der Vertreter der Beklagten und Widerkläger dagegen beantragt: Es sei die gegnerische Beschwerde abzuweisen und das vorinstanzliche Urtheil zu bestätigen, eventuell sei die Klage zur Zeit abzuweisen, weiter eventuell die Beklagten zur Kompensation mit dem Betrage von 5000 Fr. für die dem Alfred Haab zugesicherte Provision zuzulassen, eventuellst Minderung des Kaufpreises auszusprechen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. In prozessualer Beziehung sei eventuell, sofern das Bundesgericht dies in der einen oder andern Richtung für erforderlich erachten sollte, Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Erhebung der von ihm angetragenen Beweise und Bewerkstelligung der von ihm verlangten Bücheredition anzuordnen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Zwischen den Parteien ist am 26. September 1889 ein

schriftlicher Kaufvertrag abgeschlossen worden, nach welchem die aus den solidaren Anteilhabern Alfred Haab und Friedrich Kerber bestehende Firma Haab & Kerber das Geschäft des Klägers Titus Dürr (Samenhandlung) mit Antritt auf 15. Oktober 1889 „auf Grundlage der zu diesem Zwecke anzufertigenden Inventuraufnahme“ übernahm. Art. II des Vertrages schreibt rücksichtlich der Preisbestimmung vor: „Die Preise für die Rechnungsstellung sind wie folgt zu fixiren: a. Bei Samen ist der Preiskurant der Herrn E. Müller, Samenhandlung, Storchengasse 16 in Zürich vom Frühjahr 1889 bezüglich Preisansatz maßgebend. „Auf diesen Preisen gewährt der Verkäufer den Käufern folgende Abzüge: 1. Auf Gehölz und landwirthschaftlichem Samen wie Nadelhölzer, Laubhölzer, Gras- und Kleesamen, Dekonomiesamen und Kunkelrüben 20 % Rabatt“ u. s. w.; „b. Bei allen übrigen Waaren, wie Zierkerkgegenstände, Drathwaaren, Töpfe, Bouquets, Kränze, Aquarien u. c. kommen die Preisansätze, welche sich im amtlich beglaubigten Inventar vom 10. November 1887 vorfinden, in Anrechnung und gewährt der Verkäufer auf diesen Gegenständen und Preisen ebenfalls noch 20 % Rabatt. Der Verkäufer verpflichtet sich von diesen Gegenständen diejenigen, welche bis zum 15. Oktober 1890 nicht verkauft werden konnten, zum angelegten Preise zurückzunehmen; c. Bei Berechnung der Mobilien und Geschäftszutensilien gelten die im vorgenannten Inventar vom 10. November 1887 angelegten Preise ohne jeden Rabatt; d. Artikel, deren Preise aus dem obbemerkten Katalog und Inventar nicht ersichtlich sind, werden zum Ankaufs- resp. relative Selbstkostenpreis angerechnet (Blumenzwiebel u. c.).“ Rück- sichtlich der Zahlung des Kaufpreises war vereinbart, daß von der Kaufsumme 5000 Fr. sofort bei Auswechslung der Verträge, weitere 10,000 Fr. sofort nach der Uebergabe, der Rest bis auf 2000 Fr. in zwei gleichen Hälften am 15. Februar und 15. Juli 1890 und die letzten 2000 Fr. am 20. Oktober 1890 bezahlt werden sollten. Da sich indeß bei Aufnahme des Inventars ein Kaufpreis von bloß 16,666 Fr. 50 Cts. ergab, so scheinen sich die Parteien dahin geeinigt zu haben, daß die bei der Uebergabe zu leistende Anzahlung in der Art zu reduzieren sei, daß volle 2000 Fr. des Kaufpreises stehen bleiben. Die Beklagten über-

nahmen am 15. Oktober die Geschäftslokalitäten des Klägers (in deren Miethe sie gemäß einer Klausel des Kaufvertrages eintraten) mit den vorhandenen Waarenvorräthen u. s. w.; sie ließen ihre Firma an Stelle der klägerischen, welche als zufolge „Verkaufs des Geschäftes erloschen“ gestrichen wurde, ins Handelsregister eintragen und zeigten den Geschäftskunden durch Cirkular an, daß sie das klägerische Geschäft käuflich übernommen haben und unter der Firma Haab & Kerber fortführen werden, übten auch das Samenhandlungsgeschäft in den ehemaligen Geschäftslokalitäten des Klägers aus. Auf den Kaufpreis wurden nach der Behauptung des Klägers am 26. September und 16. Oktober zusammen 7500 Fr. bezahlt und zwar in folgender Weise: 2500 Fr. seien am 26. September durch Kerber in baar bezahlt worden, weitere Beträge von je 2500 Fr. seien am gleichen Tage und am 16. Oktober gegen eine dem Vater des A. Haab an ihn (Kläger) zustehende, durch Hinterlage von Waaren auf den Namen des Gläubigers gesicherte, Forderung von 5000 Fr. verrechnet worden. Der Kläger bezeichnete demgemäß als ausstehenden Kaufpreisrest den Betrag von 9166 Fr. 50 Cts. und als zur Zeit verfallene Rate desselben die Summe von 7166 Fr. 50 Cts. Auf letzern Betrag belangte er die Beklagten, zunächst im summarischen und, nach Verweigerung der Rechtsöffnung durch die Rekurskammer des zürcherischen Obergerichtes, im ordentlichen Verfahren. Im summarischen Verfahren wandten die Beklagten ein: Der Kläger habe dem einen Theilhaber ihrer Firma A. Haab, der früher in seinem Geschäfte als Angestellter gearbeitet habe, für den Fall, daß er mit einem Gesellschafter das Geschäft übernehme, eine Extrakommission von 5000 Fr. versprochen, welche vom Inventarwerthe der Waaren abgerechnet werden müsse; auf die Hälfte dieser Provision, nicht auf einen Theil der Forderung des Vaters Haab, beziehe es sich, wenn am 26. September ein Betrag von 2500 Fr. als durch Verrechnung mit A. Haab beglichen erklärt worden sei. Die ganze Forderung des Vaters Haab, welche dieser dem A. Haab als Geschäftseinlage überlassen habe sei am 15. Oktober verrechnet und dadurch auf den Kaufpreis ein weiterer Betrag von 5000 Fr. neben der am 26. September theils in baar theils durch Verrechnung geleisteten Summe von

5000 Fr. bezahlt worden. Im Fernern hätte am 15. Oktober noch die zweite Hälfte der dem A. Haab versprochenen Kommission verrechnet und alsdann der Rest der verfallenen Kaufpreisrate mit 2166 Fr. 50 Cts. durch Kerber in baar bezahlt werden sollen. Kerber wäre hiezu auch bereit gewesen. Allein es habe sich nun ein Streit über das Inventar erhoben. Der Kläger habe sich geweigert, dasselbe persönlich zu unterzeichnen, angeblich weil er es noch nicht nachgerechnet habe. Aus dem gleichen Grunde habe dann auch Kerber die Unterzeichnung des Inventars verweigert und sei die von diesem zu leistende Zahlung unterblieben. Die Beklagten haben trotz mehrfacher Reklamationen, bis zur Stunde keine Abschrift des Inventars erhalten. Die Uebergabe einer Abschrift des Inventars gehöre aber zu den Verpflichtungen des Verkäufers und bevor diese erfüllt seien, könne derselbe nicht seinerseits von den Käufern Erfüllung verlangen. Die Rekurskammer erachtete zwar diese Einwendungen nicht für durchschlagend; dagegen führte sie aus: Das Inventar sei im vorliegenden Falle ein sehr wesentlicher Bestandtheil des Vertrages, weil es nicht nur die Spezifikation der verkauften Waaren, sondern auch die Angabe des Kaufpreises im Einzelnen und in der Summe enthalte, welche in dem eigentlichen Kaufvertrage fehle. Die Parteien haben sich nun offenbar dahin geeinigt, den Kaufvertrag schriftlich abzufassen; bis diese Form gehörig erfüllt sei, könne der Vertrag nicht als perfekt betrachtet werden. Zur Erfüllung der Schriftform gehöre aber jedenfalls die Unterschrift des Verpflichteten nicht nur auf der eigentlichen Vertragsurkunde, sondern auch auf dem Inventar. Wenn daher richtig sei, was die beklagte Firma behaupte, daß ihr niemals ein Inventar übergeben worden sei, ja daß sie nie Gelegenheit gehabt habe, dasselbe im einzelnen zu prüfen, so sei der Kaufvertrag nicht perfekt. Die gedachte Behauptung sei nun in der That richtig. Allerdings habe der eine Associé der beklagten Firma A. Haab das Inventar angefertigt und unterschrieben; dies sei aber nicht im Namen der Firma Haab & Kerber sondern Namens des Klägers Titus Dürr, dessen Angestellter Haab damals noch gewesen sei, geschehen, wie sich aus der Unterschrift selbst (per Titus Dürr A. H.) ergebe. Ueberhaupt sei der beklagten Firma nie Gelegenheit gegeben gewesen, das

Inventar zu prüfen und habe sie dasselbe nie, weder ausdrücklich noch stillschweigend genehmigt. Es mangle daher an der Einigung über einen wesentlichen Punkt des Kaufvertrages. Das Inventar habe nur die Bedeutung einer Offerte über welche sich auszusprechen die beklagte Firma erst dann Veranlassung habe, wenn sie in den Stand gesetzt werde, das Inventar zu prüfen. Im ordentlichen Verfahren wendeten hierauf die Beklagten gegen die Forderung des Klägers in erster Linie ein, es sei ein Kaufvertrag überhaupt nicht zu Stande gekommen; daß sie die Waarenvorräthe u. des Klägers in Besitz genommen haben, beweise nicht, daß sie das Inventar genehmigt hätten, denn sie haben diese Waaren unberührt gelassen; nur etwas Vogelfutter haben sie verkauft, worüber sie aber genau Buch geführt haben. Die Beklagten verlangten demnach in erster Linie Abweisung des Klageanspruches und forderten widerklagsweise die von ihnen auf den Kaufpreis geleisteten Anzahlungen (welche sie auf 7500 Fr. angaben), sammt Zins vom Tage der Zahlungen an, abzüglich des Erlöses für verkauftes Vogelfutter, zurück. Eventuell verlangten sie Abweisung der Klage zur Zeit, weil der Kläger seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage noch nicht erfüllt habe, da er ihnen kein Inventar übergeben und auch nicht alle Gegenstände, welche im Inventar figuriren, ausgehändigt habe, speziell nicht die Waaren, welche für die Forderung des Waters Haab verpfändet gewesen und welche noch im Lagerhause der Nordostbahn niedergelegt seien. Weiter eventuell verstelkten sie die Forderung des A. Haab aus dem von ihm behaupteten Kommissionsversprechen zur Kompensation, indem ihr Anwalt erklärte, daß A. Haab diese Forderung an die Firma Haab & Kerber abtrete, endlich erhoben sie die Minderungseinrede wegen thatsächlicher Mängel der Kaufgegenstände. Es seien speziell Sämereien nicht mehr keimfähig gewesen, die meisten Waaren seien „Ladengaumer,“ von circa 1300 Posten seien höchstens 20—30 noch vollwerthig, alles übrige sei mehr oder weniger werthlos; sie haben rechtzeitig reklamirt; übrigens könne die Reklamationsfrist erst von der Uebergabe des Inventars an laufen. Der Kläger bestritt die thatsächliche Grundlage der Einwendungen der Beklagten; speziell stellte er auch in Abrede, daß er dem A. Haab eine „Kommission“

von 5000 Fr. versprochen habe. Beide Parteien haben vor den kantonalen Instanzen eine Reihe von Beweisanträgen gestellt. Die erste Instanz ist zu persönlicher Befragung des Klägers darüber geschritten, ob er dem A. Haab die behauptete Kommission versprochen habe; der Kläger hat dies verneint; weitere Beweise sind nicht erhoben worden. Die erste Instanz hat in der Hauptsache die Klage gutgeheißen und die Widerklage abgewiesen, indem sie ausführte, es liege ein perfekter Kaufvertrag vor und die Einwendungen der Beklagten seien nicht erwiesen; was speziell die Einwendung wegen thatsächlicher Mängel anbelange, so seien letztere nicht substantiirt und kein Minderwerthsbetrag fixirt worden; es bleibe übrigens den Beklagten unbenommen bei Bezahlung der letzten 2000 Fr. des Kaufpreises diese Einrede zu stellen. Die zweite Instanz hat die Vorklage abgewiesen und die Widerklage gutgeheißen; dieselbe geht, im Wesentlichen aus den gleichen Gründen wie die Rekurskammer, davon aus, der Kaufvertrag sei überhaupt nicht zur Perfektion gelangt.

2. Die Frage, ob das Vertragsinstrument vom 26. September 1889 einen bindenden Kaufvertrag enthalte, oder ob ein Kaufvertrag zwischen den Parteien, mangels beidseitiger unterschriftlicher Anerkennung des Inventars, überhaupt nicht zu Stande gekommen sei, untersteht der Nachprüfung des Bundesgerichtes. Denn streitig ist dabei in erster Linie, ob das Vertragsinstrument vom 26. September 1889 die zum rechtlichen Bestande eines Kaufvertrages erforderlichen Elemente enthalte oder nicht, ob die in diesem Instrumente niedergelegte Vereinbarung der Parteien die gesetzlichen Erfordernisse eines bindenden Kaufvertrages erfülle oder nicht erfülle. Dies ist aber nicht eine That- sondern eine Rechtsfrage; es handelt sich dabei nicht um die thatsächliche Feststellung der Willensrichtung der Parteien sondern um die rechtliche Bedeutung und Geltung einer ihrem thatsächlichen Inhalte nach unbestritten feststehenden Willenserklärung.

3. Zum Wesen des Kaufes gehört die Einigung über Sache und Preis (Art. 229 D.-R.). Dabei ist aber, was die Preisbestimmung anbelangt, durchaus nicht erforderlich, daß der Preis bei Abschluß des Vertrages ziffermäßig fest bestimmt und bekannt sein müsse, sondern es genügt, daß er objektiv bestimmbar

ist, das heißt daß ausdrücklich oder stillschweigend solche Vereinbarungen getroffen sind, daß danach der gewollte Preis objektiv, ohne neue Einigung der Parteien, ermittelt werden kann. Das Obligationenrecht enthält eine Sondervorschrift, wodurch für den Kauf Bestimmtheit des Preises als besonderes Erforderniß der Gültigkeit aufgestellt würde, überall nicht. Es gelten also für die nöthige Bestimmtheit der Leistungen des Käufers einfach die allgemeinen, für Obligationen überhaupt maßgebenden Grundsätze. Etwas mehreres, ein certum pretium im Sinne des römischen Rechtes, erfordert das Obligationenrecht nicht. Nach allgemeinen Grundsätzen aber genügt es, daß der Inhalt der Obligation objektiv bestimmbar ist. Nun kann doch keinem Zweifel unterliegen, daß im vorliegenden Falle der Kaufpreis auf Grundlage des Kaufvertrages vom 26. September 1889 durchaus bestimmbar ist. Die Parteien haben ja für jede einzelne Kategorie der verkauften Gegenstände ganz genaue Normen der Preisbestimmung vereinbart, theils durch Bezugnahme auf die Preiskourante des Müllerschen Geschäftes und auf die Inventarwerthe, theils indem sie den Anschaffungs- resp. Selbstkostenpreis als maßgebend erklären; an der Hand dieser Normen ist der Kaufpreis objektiv leicht zu ermitteln. Ebenso enthält das Vertragsinstrument vom 26. September die Einigung über den Kaufgegenstand; als solcher ist unzweideutig das „Geschäft“ des Klägers, das heißt der zu demselben gehörige Inbegriff von Waaren und Utensilien bezeichnet. Freilich sind die einzelnen Sachen, welche zu dieser Sachgesamtheit gehören, im Vertrage nicht aufgezählt, sondern ist dafür, wie für deren Werthung, auf ein aufzunehmendes Inventar verwiesen. Allein dies ändert nichts daran, daß die Einigung der Parteien über den Kaufgegenstand vorliegt. Die einzelnen Sachen, welche die verkaufte Gesamtheit bilden, sind, eben durch ihre Zugehörigkeit zu letzterer, bestimmt; zum Zwecke der Preisbestimmung und der Erfüllung des Vertrages müssen sie allerdings noch gezählt und klassifizirt werden, allein eine Voraussetzung der Verbindlichkeit des Kaufes ist dies nicht. Für letztere genügt es, daß die einzelnen verkauften Sachen objektiv bestimmbar sind.

4. Das Vertragsinstrument vom 26. September 1889 enthält

somit die Einigung der Parteien über Preis und Waare, also über die Essentialien des Kaufes. Jrgend welcher Anhaltspunkt dafür, daß nichtsdestoweniger durch dessen Unterzeichnung der Kauf nicht definitiv habe abgeschlossen werden, sondern die Parteien sich den entgültigen Entschluß über die Genehmigung des Kaufes bis nach Aufstellung und Prüfung des Inventars haben vorbehalten wollen, ist von der Vorinstanz nicht festgestellt und liegt nicht vor. Vielmehr beweist der Umstand, daß eine Anzahlung an den Kaufpreis auf den Moment der Auswechslung der Verträge vereinbart und geleistet wurde, aufs klarste das Gegentheil; ebenso die Thatsache, daß die Beklagten am 15. Oktober das klägerische Geschäft mit den verkauften Waarenvorräthen u. s. w. thatsächlich übernommen, auch fernere Anzahlungen auf den Kaufpreis geleistet haben. Es haben denn auch ursprünglich, im summarischen Verfahren, die Beklagten die Einwendung, daß der Kauf nicht zur Perfektion gelangt sei, gar nicht erhoben, vielmehr geschah dies erst nachdem die Rekurskammer in ihrer Entscheidung diesen Gesichtspunkt geltend gemacht hatte. Demnach ist denn auch klar daß der vereinbarten Schriftform eben durch die Unterzeichnung des Instrumentes vom 26. September 1889 Genüge geleistet ist und hiefür eine Unterzeichnung auch des Inventars nicht erforderlich war.

5. Nach dem Ausgeführten muß die Entscheidung der Vorinstanz als rechtsirrhümlich aufgehoben werden. Dagegen ist das Bundesgericht nicht in der Lage in der Sache heute ein Endurtheil auszufällen oder von sich aus eine Aktenvervollständigung anzuordnen. Denn: Die Vorinstanz ist, da sie den Einwand, es sei überhaupt ein bindender Kaufvertrag nicht abgeschlossen worden, für durchschlagend erachtete, auf die weitem von den Beklagten gegen die klägerische Forderung erhobenen Einwendungen nicht eingetreten; sie hat sich daher auch weder über die Erheblichkeit noch über die prozeßuale Statthastigkeit der Beweisangebote der Parteien ausgesprochen. Speziell hat sie sich darüber, ob die Beklagten die Ansätze des vom Gegner seiner Forderung zu Grunde gelegten Inventars im einzelnen zu prüfen gehabt und ob sie eventuell dieselben in prozeßualisch statthafter Weise bemängelt haben, ob die Beweisangebote für die behaupteten Mängel der

Waare und die stattgefundene Reklamation hinlänglich substantiirt und die für das behauptete Versprechen einer Kommission anerbötenen Beweise erheblich und prozessualisch statthaft seien u. s. w., nicht ausgesprochen. In allen diesen Richtungen ist aber nicht nur eidgenössisches Privatrecht sondern auch kantonales Prozessrecht maßgebend. Die einschlägigen Fragen des kantonalen Prozessrechtes können nun aber sachgemäß nicht vom Bundesgericht, sondern sie müssen vom kantonalen Gerichte entschieden werden. Es erscheint daher als geboten, die Sache, nach Aufhebung des vorinstanzlichen Urtheils, zu weiterer Beurtheilung auf Grund der heutigen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Art. 30 D.=G. sieht freilich ein solches Verfahren nicht ausdrücklich vor; allein es darf wohl das Gesetz, welches ja überhaupt die Materie nicht erschöpfend regelt, in dem Sinne ergänzt werden, daß das Bundesgericht zu Rückweisung der Sache an die kantonale Vorinstanz zu erneuter Beurtheilung dann befugt ist, wenn eine sachgemäße Entscheidung ohne vorherige Lösung kantonaltrechtlicher Fragen durch das kantonale Gerichte nicht als möglich erscheint.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Das angefochtene Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich wird aufgehoben und die Sache zu erneuter Beurtheilung auf Grund der gegenwärtigen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

IV. Erfindungsschutz. — Brevets d'invention.

85. Urtheil vom 12. Juli 1890 in Sachen
Müller gegen Coar.

A. Durch Urtheil vom 17. Mai 1890 hat das Civilgericht des Kantons Baselstadt erkannt: „Die Klage ist abgewiesen. „Das klägerische Erfindungspatent Nr. 306 vom 2. Januar 1889 betitelt „Unterkleider mit doppeltem Rücken zum Schutze

„der Wirbelsäule und des Kreuzes“ wird nichtig erklärt. Widerkläger ist ermächtigt, dieses Urtheil auf Kosten des Widerbeklagten im Register des eidgenössischen Amtes für gewerbliches Eigenthum eintragen zu lassen. Mit seinem Begehren um weitere Publikation des Urtheils ist er abgewiesen. Kläger und Widerbeklagter trägt die ordinären und extraordinären Kosten des Prozesses. „Die Urtheilsgebühr wird festgesetzt auf 30 Fr.“

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger und Widerbeklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Vertreter, es seien, in Abänderung des vorinstanzlichen Urtheils, dem Kläger seine Klagebegehren zuzusprechen und die Widerklage abzuweisen und demnach zu erkennen.

1. Es sei dem Beklagten gerichtlich zu untersagen, Unterkleider mit doppeltem Rücken, wie sie laut klägerischem Patent Nr. 306 des eidgenössischen Amtes für geistiges Eigenthum geschützt sind, zu fabriziren und zu verkaufen.

2. Es sei der Beklagte zu einer Entschädigung von 1000 Fr. für den dem Kläger bis Ende 1889 bereits verursachten Schaden zu verurtheilen. Kläger sei berechtigt, das Urtheil auf Kosten des Beklagten in zwei hiesigen Zeitungen und dem schweizerischen Handelsamtsblatte zu veröffentlichen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Dagegen trägt der Anwalt des Beklagten darauf an, es sei in Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils die Klage abzuweisen und die Widerklage auf Kassation des Patentes Nr. 306 zuzusprechen unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Johann Müller-Hoffmann, Kaufmann in Basel erhielt am 2. Januar 1889 ein schweizerisches Patent (Nr. 306) für eine Erfindung von „Unterkleidern mit doppeltem Rücken zum Schutze der Wirbelsäule und des Kreuzes.“ Der „Patentanspruch“ lautet: „Gestricke oder gewirkte Unterkleider, welche am Rücken respektive „an der hintern Seite mit einer Verdoppelung respektive Fütterung „versehen sind, zum Schutze der Wirbelsäule und des Kreuzes, „wie oben beschrieben und auf beiliegender Zeichnung angegeben „ist.“ In der Patentschrift ist bemerkt: „Die Erfindung bestehe „wesentlich in der Anbringung einer Verdoppelung respektive „Fütterung des Stoffes am Rücken respektive hintern Seite der