

Händler) die beiden Marken auch in der Erinnerung leicht zu unterscheiden im Stande seien, hatte der Beklagte vor der Vorinstanz, soweit ersichtlich, nicht beantragt und es stellt übrigens die Vorinstanz ausdrücklich das Gegentheil der gedachten Behauptung fest. Die Thatsache für sich allein sodann, daß in Indien verschiedene Häuser das nämliche Thier in verschiedenen Stellungen als Marke gebrauchen mögen, ist unerheblich, so lange nicht feststeht, daß diese Marken, wenn für die gleiche Waare gebraucht, von den Eingeborenen unterschieden werden. Was ferner die Dauer und den Umfang der frühern Verwendung der beklaglichen Marke betrifft, so ist dieselbe für die Frage des Markenrechts unerheblich, da unbestrittenermaßen das klägerische Zeichen das ältere ist und da übrigens bisher die beklagliche Marke ausschließlich für andere Waaren verwendet worden ist, als diejenigen, für welche das klägerische Zeichen eingetragen ist und verwendet wurde. Vollends unerheblich endlich ist offenbar die, auch vor der kantonalen Instanz nicht zum Beweise verstellte, Behauptung, daß der gleiche Vogel, wie auf der beklaglichen Marke, auch auf dem Hause „Gryffenstein“ des Beklagten im Anschluß an das Wappen angebracht sei, so daß der Beklagte eine besondere Veranlassung gehabt habe, diesen Vogel in seiner Marke zu führen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung des Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 3. April 1891 sein Bewenden.

#### IV. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

43. Urtheil vom 17. April 1891 in Sachen  
Hauser, Sobotta & Cie. gegen Schaller.

A. Durch Urtheil vom 29. Oktober 1890 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt:

1. Beklagter sei nicht gehalten, die ihm gemäß Fakturen vom 17. und 27. April 1889 in Romanshorn zur Verfügung gestellten 6 Waggonn Equantins als empfangbare Waare anzuerkennen und dafür den Fakturabtrag von 9600 Fr. nebst Spefen der Lagerhausverwaltung und der chemischen Analyse zusammen 10,022 Fr. 25 Cts. nebst Zins zu bezahlen, sondern seien die Kläger mit ihrer Klage des gänzlichen abgewiesen.

2. In erster Instanz tragen die Kläger sämtliche Gerichtskosten und die Hälfte der beklagten Advokaturkosten; die weiteren dahierigen Kosten seien gegenseitig wettgeschlagen. In zweiter Instanz tragen die Kläger die Kosten, soweit darüber nicht schon definitiv entschieden wurde, samthast mit der Beschränkung, daß die persönlichen Parteikosten auch hier gegenseitig wettgeschlagen seien. Kläger haben demnach an den Beklagten eine Kostenvergütung zu leisten von 170 Fr. 10 Cts.

3. An ihre Anwälte haben zu bezahlen:

- a. Kläger an Herrn Fürsprech Dr. Winkler 464 Fr. 75 Cts.
- b. Beklagter an Herrn Fürsprech Dr. Bucher 350 Fr. 35 Cts.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht; gleichzeitig legte er beim Obergerichte des Kantons Luzern Kassationsbeschwerde wegen eines „Irrthums hinsichtlich entscheidender Thatsachen“ ein. Das Bundesgericht beschloß am 16. Januar 1891, die Behandlung der Weiterziehung bis nach Erledigung der beim kantonalen Obergerichte anhängig gemachten Kassationsbeschwerde zu verschieben. Durch Urtheil vom 26. Januar 1891 hat das Obergericht die Kassationsbeschwerde verworfen, worauf die Weiterziehung gegen das obergerichtliche

Urtheil vom 29. Oktober 1890 auf heute zur bundesgerichtlichen Verhandlung vertagt wurde.

C. Im heutigen Termin kündigt der Vertreter des Beklagten vor Eröffnung der Verhandlung in der Hauptsache an, daß er die Kompetenz des Bundesgerichtes bestreiten werde. Das Gericht beschließt, es sei die Verhandlung über die Kompetenzfrage mit derjenigen über die Hauptsache zu verbinden. Der Vertreter der Klägerin beantragt hierauf, es wolle sich das Bundesgericht für kompetent erklären und, eventuell nach eingeholtem Ergänzungsgutachten über Erheblichkeit der Differenz zwischen Waare und Muster, in Abänderung des vorinstanzlichen Urtheils erkennen: Es habe der Beklagte die ihm gemäß Fakturen, datirt den 17. und 27. April 1889 in Romanshorn zur Verfügung gestellten 6 Waggon's Cinquantin als empfangbare Waare anzuerkennen und dafür den vollen Fakturabtrag von 9600 Fr. nebst 397 Fr. 25 Cts. Spesen der Lagerhausverwaltung Romanshorn und 25 Fr. für Analyse der Samenkontrollstation Zürich, zusammen 10,022 Fr. 25 Cts. nebst Zins à 5 % seit 19. Juli 1889 zu bezahlen in der Meinung, daß erst nach erfolgter Baarentrichtung dieser Summe an die Klägerin dem Beklagten gestattet sein soll, das in Romanshorn liegende Nettoprodukt des gerichtlichen Steigerungserlöses der streitigen Waare von 8125 Fr. 40 Cts. für eigene Rechnung zu beziehen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Dagegen beantragt der Vertreter des Beklagten: Das Bundesgericht wolle die gegnerische Beschwerde wegen Inkompetenz, eventuell als materiell unbegründet abweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Gemäß Schlußbrief vom 13. November 1888 hat die Klägerische Firma dem Beklagten (in Modifikation eines früheren Geschäftes) verkauft: 800 Säcke Cinquantin (Weiß) „laut übergebenem gestiegeltem Muster à 16 Fr. franko verzollt Romanshorn, exklusive Sack, lieferbar per Ende März und Anfangs April bei Schleppankunft. Werth 60 Tage. Laut Faktur vom 17. April 1889 wurden dem Beklagten 5 Waggon's (500 Säcke) und laut Faktur vom 27. April 1 Waggon (100 Säcke) im Lagerhause

Romanshorn überwiesen. Gleichzeitig wurden ihm von der Lagerhausverwaltung Ausfallsmuster zugesandt. Am 22. April schrieb der Beklagte: „Die von Romanshorn erhaltenen Weißmuster entsprechen dem Verkaufsmuster nicht, sie sind zu wenig trocken und nehme ich sie deshalb nicht an.“ Mit Schreiben vom 30. April beharrte er (unter gleichzeitiger Benachrichtigung der Lagerhausverwaltung von Romanshorn) auf der Beanstandung der Waare und erklärte, er stelle dieselbe zur Verfügung. Am 26. April hatte er durch den Gerichtspräsidenten von Luzern eine Expertise zum ewigen Gedächtniß über die Beschaffenheit der Ausfallsmuster im Vergleiche zum Verkaufsmuster veranstalten lassen. Die Experten sprechen sich dahin aus: Obwohl die Waare nicht ganz so trocken und hart sei wie das versiegelte Muster, so müsse sie nichtsdestoweniger als zeitgemäß trocken bezeichnet werden, indem dem Umstande Rechnung zu tragen sei, daß das kleine versiegelte Muster seit Anfang November vorigen Jahres in trockenen geheizten Räumlichkeiten aufbewahrt wurde. Die Großmuster weichen nur insofern vom Verkaufsmuster ab, als die Waare etwas unregelmäßiger im Korn sei, indem sie einen etwas größeren Beisatz unvollkommener Körner aufweise, als das kleine Verkaufsmuster. Die Klägerische Firma hat auch ihrerseits auf amtlichem Wege in Romanshorn eine Expertise veranstalten lassen; die Experten gelangen zu dem Schlusse, es seien sämtliche sechs Wagen Cinquantin vollständig gesund und bezüglich Trockenheit als Neucinquantin als sehr gut zu bezeichnen. Ebenso erklärt eine von der Klägerischen Firma beigebrachte Zuschrift der schweizerischen Samenkontrollstation in Zürich vom 10. Mai 1890, es könne der Trockenheitsgrad als ein zeitgemäßer natürlicher betrachtet werden. Am 23. Mai 1889 ließ die Klägerische Firma die in Romanshorn lagernde Waare amtlich versteigern, wobei sich ein Nettoerlös von 8125 Fr. 40 Cts. ergab. Die Klägerische Firma erhob nunmehr Klage auf Bezahlung des Fakturapreises der nach Romanshorn gelieferten Waare sammt Folgen, — in Betreff der noch nicht gelieferten Partie wurde die Bestellung in beidseitigem Einverständniß annullirt, — mit dem aus Fakt. C ersichtlichen Rechtsbegehren. Der Beklagte wendete ein, er sei zu Annahme der Waare nicht verpflichtet, weil dieselbe verspätet (auf

Ende statt Anfangs April) geliefert worden und nicht musterkonform sei. Die Klägerin bestritt diese Einwendungen, indem sie gleichzeitig geltend machte, die Mängelrüge sei, insbesondere nach den für das Geschäft maßgebenden Usanzen der Zürchergetreidebörse, verspätet und daher nicht mehr zu hören.

2. Die Kompetenz des Bundesgerichtes ist vom Anwalte des Beklagten bestritten worden, weil der gesetzliche Streitwerth mangle; im Streite liege nicht die gesammte Kaufpreisforderung sammt Folgen mit 10,022 Fr. 25 Cts. sondern dieser Betrag nach Abzug des Steigerungserlöses der Waare von 8125 Fr. 40 Cts., also eine Summe von bloß 2896 Fr. 85 Cts. Diese Einwendung erscheint, nach Gestalt der Sache, als unbegründet. Bei Klagen auf Erfüllung gegenseitiger Verträge bemißt sich der Streitwerth nach der eingeklagten Leistung, ohne daß der Werth der dem Kläger obliegenden Gegenleistung in Abrechnung zu bringen wäre (vergleiche Entscheidung in Sachen Emreker gegen Glent vom 16. April 1886 Erw. 1, Amtliche Sammlung XII, S. 368 u. f.). Nun ist es allerdings eigenthümlich, daß, nach dem stattgehabten Selbsthülfeverkauf, die Klägerin nicht einfach den Steigerungserlös gegen den Kaufpreis aufgerechnet und bloß die Differenz eingeklagt hat, sondern gegenheils den ganzen Kaufpreis einfordert, dagegen erklärt, der Beklagte sei gegen dessen Bezahlung zum Bezuge des (angeblich irgendwo deponirten) Steigerungserlöses befugt. Allein der Beklagte hat vor den kantonalen Instanzen gegen diese, wohl gerade mit Rücksicht auf die gesetzlichen Kompetenzbestimmungen gewählte, Gestaltung der klägerischen Rechtsbegehren eine Einwendung nicht erhoben, speziell nicht geltend gemacht, er bringe seinerseits eventuell den Steigerungserlös zur Verrechnung, so daß nur die Differenz zwischen Kaufpreis und Steigerungserlös im Streite liege. Bei diesem Sachverhalte muß es denn dabei sein Bewenden haben, daß der Streitwerth sich nach dem ganzen Betrage der eingeklagten Kaufpreisforderung bemißt.

3. In der Sache selbst ist zunächst zu bemerken, daß die von der klägerischen Firma angerufenen Usanzen der Zürcher-Getreidebörse auf den vorliegenden Fall überall keine Anwendung finden. Der Kauf ist nicht an der Zürcher-Börse oder zwischen Mit-

gliedern dieser Börsevereinigung abgeschlossen und es ist bei dessen Abschluß auf die Zürcher-Börseusanzen nicht ausdrücklich Bezug genommen worden; für die Annahme, daß stillschweigend gemäß diesen Usanzen gehandelt sei, dieselben stillschweigend als *lex contractus* seien vereinbart worden, mangelt es nach dem Thatbestande der Vorinstanzen an jedem thatsächlichen Anhaltspunkte.

4. Wenn der Beklagte zunächst eingewendet hat, er sei wegen verspäteter Lieferung zur Aufnahme der Waare nicht mehr verpflichtet gewesen, so ist diese Einwendung, wie die kantonalen Instanzen hinreichend dargethan haben, vollständig unbegründet. Ebenso ist aber auch die Behauptung der Klägerin nicht begründet, daß der Beklagte wegen verspäteter Dispositionsstellung zu Beanstandung der Waare nicht mehr befugt sei. Art. 246 D.-R. fordert zu Erhaltung der Rechte des Käufers wegen Sachmängeln lediglich, daß die Mängelrüge rechtzeitig geschehe, nicht dagegen die Erklärung, die Waare werde zur Disposition gestellt. Hat der Käufer die Mängelrüge rechtzeitig gemacht, so ist das Präjudiz, daß die Waare als genehmigt gelte, abgewendet und bleibt es dem Käufer vorbehalten, späterhin Wandelung oder Minderung des Kaufpreises zu verlangen respektive zu erklären, er stelle die Waare zur Disposition. Die Mängelrüge nun ist in concreto in dem Briefe des Beklagten vom 22. April 1889 in unzweideutigster Weise enthalten; diese Anzeige aber kann nach Lage der Sache, da die erste Faktur vom 17. April datirt und das Ausfallsmuster somit dem Beklagten erst später zugekommen sein wird, nicht als verspätet gelten.

5. Danach muß sich fragen, ob die Waare empfangbar war. In dieser Richtung ist unbestritten, daß ein Kauf nach Muster vorliegt. Ebenso steht, nach dem Thatbestande der Vorinstanz fest, daß als maßgebendes Verkaufsmuster die dem Käufer beim Abschlusse des Geschäftes vom 13. November 1888 übergebene versiegelte Probe zu betrachten und daß diese mit demjenigen Muster identisch ist, welches bei der vom Gerichtspräsidenten von Anzern geleiteten Expertise vom Käufer vorgelegt und den Experten übergeben wurde. Die Waare muß somit, um empfangbar zu sein, dieser Probe entsprechen; entspricht sie derselben nicht, so ist sie nicht empfangbar, mag sie auch immerhin als Handelsgut

mittlerer Qualität erscheinen. Denn beim Kauf nach Muster ist eben die Lieferung probemäßiger Waare, nicht die Lieferung von Handelsgut mittlerer Qualität versprochen. Die Beziehung auf die Probe vertritt die nähere Bestimmung der zugesicherten Eigenschaften der Waare; freilich nicht schlechthin unbedingt, sondern nur insoweit, als dies dem Parteiwillen entspricht und nicht etwa ersichtlich ist, daß die Probe nur hinsichtlich gewisser, nicht aber hinsichtlich aller Eigenschaften der Waare maßgebend sein soll. Nun hätte im vorliegenden Falle in Zweifel gezogen werden können, ob die Probe (welche bereits im November gegeben wurde) auch hinsichtlich des Trockenheitsgrades der (erst im folgenden Frühjahr zu liefernden) Waare maßgebend sein sollte. Allein der Verkäufer hat dies nicht, wenigstens nicht in unzweideutiger Weise, bestritten und die Vorinstanzen gehen ohne Rechtsirrtum davon aus, daß die Probe auch für den Trockenheitsgrad gegeben worden, d. h. daß der Parteiwille dahin gegangen sei, es solle auch in dieser Richtung die vertragsmäßige Beschaffenheit der Waare durch die Probe bestimmt werden.

6. Ist aber hiervon auszugehen, so ist die Beschwerde ohne weiters zu verwerfen und die vorinstanzliche Entscheidung zu bestätigen. Denn die Vorinstanzen stellen an Hand des vom Gerichtspräsidenten eingeholten Expertengutachtens fest, daß hinsichtlich des Trockenheitsgrades die Waare der Probe nicht entspreche, indem sie gleichzeitig ausführen, die Behauptung der Klägerin, die Probe habe seit ihrer Hingabe in Folge ihrer Aufbewahrung in dieser Richtung eine Minderung erlitten, sei nicht erwiesen. Daneben kann denn darauf, ob die Waare „zeitgemäß“ trocken war, nichts ankommen. Denn ist die Probe einmal auch für den Trockenheitsgrad gegeben worden, so mußte eben nicht „zeitgemäß“ sondern „mustergemäß“ trockene Waare geliefert werden. Es ist auch gewiß nicht richtig, daß es sich bei der hier in Rede stehenden Unterschiede zwischen Waare und Muster um eine so subtile Differenz handle, daß dieselbe für den Verkehr überhaupt nicht weiter in Betracht falle; im Gegentheil ergibt sich aus den Akten, daß der Trockenheitsgrad für die Verwerthbarkeit von Waaren der in Rede stehenden Gattung eine erhebliche praktische Bedeutung besitzt. Wenn sodann die Klägerische Firma noch behauptet hat,

daß auf das der angefochtenen Entscheidung zu Grunde liegende, vom Gerichtspräsidenten von Luzern eingeholte Expertengutachten deshalb nichts ankommen könne, weil nicht feststehe, daß die den Experten zur Vergleichung mit dem Kaufmuster vorgelegten Ausfallmuster mit dem dem Käufer zugesandten, der Waare entnommenen Ausfallmuster identisch seien, so kann hierauf aus einem doppelten Grunde nichts ankommen; einmal stellt die Vorinstanz fest, die Klägerin habe diese Identität überhaupt rechtzeitig gar nicht bestritten, sodann aber liegt der Verkäuferin, welche darzuthun hat, daß sie ihrerseits vertragsmäßige Leistung anerbote, der Beweis der Probemäßigkeit und nicht dem Käufer der Beweis der Nichtprobemäßigkeit der gelieferten Waare ob. Den Beweis der Probemäßigkeit aber kann die Verkäuferin nur auf Grund des Gutachtens der luzernischen Experten, welchen einzig das Verkaufsmuster vorlag, erbringen; sollte also wirklich dieses Gutachten aus den von der Klägerin behaupteten Gründen nicht in Betracht kommen können, so ist die Klägerin von vorneherein beweisfällig. Wenn endlich die Klägerin noch geltend gemacht hat, es hätte in casu, weil jedenfalls die Werthdifferenz zwischen der wirklich gelieferten und der gemäß dem Verkaufsmuster zu liefernden Waare nur ein ganz minimales sei, nur auf Preisminderung erkannt werden sollen, so kann hierauf schon deshalb nicht eingegangen werden, weil aus den Akten über das Maß der fraglichen Werthdifferenz gar nichts erhellt und der für dasselbe von der Klägerin nachträglich anerbote Sachverständigenbeweis von den kantonalen Instanzen aus prozeßualen Gründen, als verspätet, ausgeschlossen worden ist.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung der Klägerin wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 29. Oktober 1890 sein Bewenden.