

lation de la clause de la convention lui interdisant de s'intéresser à une autre fabrique similaire en Suisse pendant 10 années, ne se justifie pas davantage.

L'insertion d'une pareille condition dans un contrat n'apparaît point, ainsi que le prétend le recourant, comme en opposition avec l'art. 17 C. O. lequel statue qu'un contrat ne peut avoir pour objet une clause impossible, illicite, ou contraire aux bonnes mœurs.

Il est en effet impossible de voir en quoi l'engagement pris par Swift, de renoncer à exercer son art en Suisse pendant quelques années et même pendant 10 ans, pourrait impliquer une atteinte portée aux bonnes mœurs, ou se caractériser comme une stipulation défendue.

Il y a lieu de reconnaître, au contraire, que cette clause de la convention de 1887, comme celle relative à la part des bénéfices, laquelle a reçu son exécution, et celle interdisant à Swift la divulgation des secrets de la fabrication, sont demeurées en vigueur, et qu'il n'a été dérogé au contrat qu'en ce qui a trait au chiffre du salaire de Swift, porté à 5000 francs, de l'aveu des deux parties, et à la faculté de résiliation de 3 en 3 mois.

La clause dont il s'agit n'eût pu être considérée comme caduque que si Degrange & C<sup>ie</sup> eussent résilié sans droit le contrat qui les liait au recourant; or tel n'a point été le cas, puisque Swift, en Juillet 1890, avait admis cette résiliation sans opposition.

Par ces motifs.

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est écarté, et l'arrêt rendu entre parties par la chambre d'appel des Prud'hommes de Genève, le 19 Décembre 1890, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

47. Urtheil vom 14. Mai 1891 in Sachen  
Schnarrwyler und Genossen gegen Gabriel.

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

1. Die sieben Beklagten unter Ziffer 1 bis und mit 7 haben nach Maßgabe des Motivs 10 an den Kläger den Betrag von 1500 Fr. nebst Verzugszins seit 11. November 1885 zu bezahlen.

Dieselben haben im Fernern an denselben, und zwar hier solidarisch, den Betrag von 230 Fr. zu leisten. Beides nebst Verzugszins seit 11. November 1885. Mit allen weitergehenden Forderungen sei der Kläger abgewiesen.

2. Soweit über die ergangenen Prozeßkosten nicht schon definitiv anders entschieden wurde, habe die Gerichtskosten in beiden Instanzen der Kläger zu bezahlen, alle weiteren Kosten seien gegenseitig weitgeschlagen.

Demnach habe Kläger an die Beklagten für bezahlte erstinstanzliche Gerichts- und Citationskosten 53 Fr. 75 Cts. zu vergüten.

3. An ihre Anwälte haben zu bezahlen:

a. Kläger an Herrn Fürsprech Dr. Zemp 1131 Fr. 82 Cts. (worin die Kosten des nichteinläßlichen Verfahrens (in erster Instanz 251 Fr. 35 Cts.) inbegriffen sind.

b. Beklagte an Herrn Fürsprech F. J. Muff 1217 Fr. 10 Cts. (inbegriffen die Kosten des Beweisverfahrens zum ewigen Gedächtnisse mit 370 Fr. 05 Cts. und des nichteinläßlichen Verfahrens mit 249 Fr. 25 Cts.)

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen die Beklagten und, dem von ihnen ergriffenen Rechtsmittel sich anschließend, auch der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt der Vertreter der Beklagten und zwar, wie er ausdrücklich bemerkt, im Namen sämtlicher Beklagten, es sei das vorinstanzliche Urtheil im Sinne der gänzlichen Abweisung der Klage und der Auflage sämtlicher Kosten an den Kläger abzuändern.

Dagegen beantragt der Vertreter des Klägers, es sei die gegnerische Beschwerde abzuweisen und das vorinstanzliche Urtheil in dem Sinne abzuändern, daß dem Kläger eine Schadenersatzforderung von 11,711 Fr. 64 Cts. (statt 1500 Fr.) nebst Verzugszins seit 11. November 1885 zugesprochen werde, unter Kosten- und Entschädigungsfolge für alle Instanzen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger hat im Sommer 1885 (vom 1. Mai bis 11. November) die Käseerei Herrendingen in Eschenbach betrieben und zu diesem Zwecke einer Anzahl von Landwirthen aus der Umgebung, insbesondere den Beklagten, die Milch ihrer Kühe für die genannte Zeit abgekauft. Ein schriftliches Vertragsinstrument d. d. 1. April 1885 enthält unter anderm folgende Bestimmungen: „1. Die Nachstehenden als Milchlieferanten der Käseerei Herrendingen verpflichten sich, von der angegebenen Anzahl Kühe die Milch gesund und reinlich zu Händen des Käufers oder Käfers in die Käseerei Herrendingen zu liefern und zwar vom 1. Mai bis 11. November 1885. 2. Die Lieferzeit für die Milch ist Morgens von 6—7 Uhr festgesetzt; ebenso auch am Abend. 11. Zum Käsen schadhafte Milch kann vom Käser nach einmaliger Mahnung zurückgewiesen werden, bis constatirt ist, daß die Milch zum Käsen wieder gesund ist. 12. Verdünnte Milch kann vom Käser nach einmaliger Mahnung zurückgewiesen werden, jedoch kann der betreffende Lieferant nicht mehr als für die in einem Monate gelieferte Milch gebüßt werden.“ Das Vertragsinstrument trägt die Unterschrift einer Anzahl Milchlieferanten, nicht dagegen diejenige des Käufers. Der Kläger gibt zu, daß nichtsdestoweniger ein gültiger Vertrag zu Stande gekommen sei; nur die Bestimmungen der Ziffer 11 und 12 des Vertragsinstruments habe er nicht genehmigt; im Uebrigen entspreche dasselbe den getroffenen Vereinbarungen. Schon früh im Sommer 1885 machte der Kläger die Wahrnehmung, daß die von ihm aus der gelieferten Milch fabrizirten Käse nicht gedeihen wollten, sondern theilweise sich blähten, Risse bekamen u. s. w.; er führte dies auf die Lieferung ungesunder Milch zurück und beklagte sich, schon seit Juni, sowohl gegenüber seinen Angestellten als gegenüber Milchlieferanten, fortwährend über die schlechte Qualität der gelieferten Milch, verlangte auch von

Milchlieferanten gelegentlich Abhülfe; weitere Schritte that er indeß damals nicht. Erst am 8. August 1885 fand, nachdem vorher eine Versammlung der Milchlieferanten zusammenberufen worden war, eine Untersuchung einzelner Ställe im Beisein zweier unparteiischer Sachkundiger statt, welche zur Folge hatte, daß bei den im Rubrum dieses Urtheils sub 8—12 bezeichneten Beklagten gewisse Uebelstände (zu hohe Temperatur in den Stallungen, unbrauchbares Trinkwasser) constatirt und einzelne Kühe derselben wegen schlechter Milch „ausgestellt“ wurden. Am 17. September 1885 sodann beantragte der Kläger beim Gerichtspräsidenten von Rothenburg die Anordnung einer Expertise zum ewigen Gedächtniß, einerseits über den schadhafte Zustand der Käse und die Größe des Schadens, andererseits über die Ursachen jenes schadhafte Zustandes. Die Beweisaufnahme wurde vom Gerichtspräsidenten am 25. September, nach Anhörung der Gegenpartei, bewilligt. Am 4., 18. und 23. September enthub überdem der Kläger der ihm von den einzelnen Lieferanten gelieferten Milch Proben und übersandte dieselben dem luzernischen Kantonschemiker zur Untersuchung. Durch Gutachten vom 5., 22. und 24. September sprach sich der Kantonschemiker dahin aus, daß die Proben, welche der von den Beklagten Nr. 1 bis 7 gelieferten Milch enthoben worden waren, verschiedene krankhafte Erscheinungen (Epithel, Eiterkörperchen, Milchsegen etc.) aufweisen, während dagegen rückfichtlich der übrigen Milchproben die Untersuchung nichts derartiges constatirte. Daraufhin zeigte der Kläger am 23. September 1885 den erwähnten sieben Lieferanten rechtlich an, daß er von ihnen keine Milch mehr annehme und sie für allen Schaden verantwortlich mache. Im Beweisverfahren zum ewigen Gedächtniß erstatteten die mit der Konstatirung des schadhafte Zustandes der Käse und der Größe des Schadens beauftragten Experten (Großrath Portmann, Käsehändler Schifferli und Senn Hodel) ihr Gutachten am 22. Oktober 1885; den Parteien wurde dasselbe am 13. November gleichen Jahres mitgetheilt. Die Untersuchung der Sachverständigen erstreckte sich auf die Produkte der Zeit vom 1. Mai bis 31. August inklusive. Die Sachverständigen gehen von der Voraussetzung aus, daß die Fabrikation unter den gegebenen Verhältnissen durchgängig Primawaare (im Werthe von 137 Fr. per 100 Kilos) hätte ergeben sollen; in Wirklichkeit

zerfallen aber die fabrizirten Käse in drei Klassen, nämlich in solche, welche nach Stoff, Stich und äußerer Beschaffenheit als Kaufmannsgut mittlerer Art und Güte bezeichnet werden können (im Werthe von 110 Fr. per 100 Kilos), in solche, welche als Ausschusswaare für die Ausfuhr untauglich, gleichwohl aber je nach Umständen ohne zu viel Schwierigkeiten verwertbar seien (im Werthe von 85 Fr. per 100 Kilos), und in solche, welche derart schlecht seien, daß sie schwer zu qualifiziren und nur annäherungsweise auf 50 Fr. per 100 Kilos zu werthen seien. Auf Grund dieser Annahme gelangen die Experten dazu, den auf der Produktion der Monate Mai bis August eingetretenen Schaden auf 15,344 Fr. 40 Cts. zu taxiren. Die mit der Begutachtung der Ursachen des schadhaften Zustandes der Käse beauftragten chemischen Sachverständigen (Kantonschemiker Dr. Schuhmacher und Professor Felber) haben ihr Gutachten am 15. Dezember 1885 erstattet; den Parteien mitgetheilt wurde dasselbe am 22. gleichen Monats. Diese Sachverständigen sprechen sich dahin aus. Die Grundursache der auf abnorme Gährungs- und Fäulnißprozesse zurückzuführenden Schadhaftheit der Käse müsse in der zum Käsen verwendeten Milch gefunden werden, wenn auch andere Momente, Fehler der Fabrikation u. s. w., hinzugekommen sein mögen. Aus Milch mit den hier für einzelne Partien konstatarnten krankhaften Erscheinungen können normale Käse nicht erstellt werden. Die fraglichen Erscheinungen müssen erfahrungsgemäß auf einen Krankheitszustand der Kühe (Euterverhärtungen, Euterentzündungen, Becksucht, Nymphomanie) zurückgeführt werden, dessen Ursache hinwiderum eine verschiedenartige sein könne, wie schlechte Besorgung der Kühe, schlechte Ventilation der Stallungen, schlechtes Trinkwasser und, nach neuesten Ansichten, auch unvernünftige Abgabe von Kraftfutter. Die schädlichen Wirkungen verkäster ungesunder Milch treten in der Regel erst nach einigen Tagen, ja erst nach einigen Wochen zu Tage. Das gewöhnlichste Mittel, um die Milch auf deren Gesundheit zu prüfen, sei die Beobachtung in sogenannten Scheidegläsern und diese einfachen Beobachtungen sollten fast täglich in jeder Sennerei gemacht werden. Dieselben hätten unfehlbar dem Sennen zeigen müssen, daß Milchfehler vorliegen. Durch rechtzeitige Ueberweisung an einen Fachmann hätte vermieden werden können, daß die Kalamität so

enorme Dimensionen annehme, wie dies hier geschehen sei. Mittlerweilen war der Kläger von einer Anzahl von Milchlieferanten auf Bezahlung des rückständigen Kaufpreises belangt worden, wogegen er unter Berufung auf die ihm wegen Lieferung ungesunder Milch zustehende Gegenforderung, Recht darsetzte. Die betreffenden Lieferanten — unter ihnen die gegenwärtigen Beklagten — klagten hierauf ihre Forderungen gerichtlich ein. In dem sachbezüglichen Prozesse bestritt der (gegenwärtige) Kläger die Kompetenz der luzernischen Gerichte; als er mit dieser Einrede abgewiesen worden war, erklärte er am 17. August 1886 den Abstand unter Vorbehalt seiner Schadenersatzforderungen. Im Fernern hatten die Milchlieferanten im Befehlsverfahren die öffentliche Versteigerung der von den Schätzungsexperten in die III. Klasse rubrizirten schadhaften Käse, gegen den Widerspruch des Klägers, erwirkt. Die öffentliche Versteigerung erfolgte am 8. Mai 1886; sie ergab bei 136 zur Versteigerung gebrachten Käsen einen Erlös von 10,918 Fr. 94 Cts., während die Schätzungsexperten die 147 von ihnen in diese Klasse eingereichten Käse zu bloß 6689 Fr. taxirt hatten. Am 31. August 1886 reichte der Kläger, nachdem die Ladung zum Ausböhnungsversuche am 13. gleichen Monats stattgefunden hatte, seine Schadenersatzklage gegen die gegenwärtigen Beklagten ein. Diese Klage wurde indeß von beiden kantonalen Instanzen, vom Obergerichte des Kantons Luzern durch Entscheid vom 21. Mai 1887, wegen mangelnder Spezifikation der Schadensforderung zurückgewiesen. Darauf reichte der Kläger am 16. September 1887 verbesserte Klage ein; mit derselben verlangte er solidarische Verurtheilung der Beklagten zu einer Entschädigung von 15,941 Fr. 58 Cts. nebst Verzugszins seit 11. November 1885 (nämlich 15,344 Fr. 43 Cts. für Minderwerth der in der Zeit vom 1. Mai bis 31. August 1885 fabrizirten Käse und 459 Fr. 95 Cts. für Kosten der Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse). Er behauptet, die Beklagten haben nachweislich entweder (so die Beklagten Nr. 1—7) ungesunde Milch geliefert oder (so die Beklagten 8—12) kranke Kühe besessen, deren Milch nicht mehr habe angenommen werden können, ungesundes Trinkwasser für die Kühe verwendet oder es an der nöthigen Besorgung des Stalles fehlen lassen; darin liege sowohl eine Vertragsverletzung als eine uner-

laubte Handlung, kraft welcher ihm die Beklagten zu dem geforderten Schadenersatz solidarisch verpflichtet seien. Die Beklagten bestritten die Forderung grundsätzlich, indem sie der Klage unter Anderm den Einwand der Verjährung und den Einwand der verspäteten Mängelrüge entgegenstellten und überdem behaupteten, der eingetretene Schaden sei nicht auf mangelhafte Milchliefereung ihrerseits sondern auf Mängel der Fabrikation und die eigene Nachlässigkeit des Klägers zurückzuführen. Dem Kläger habe vertraglich nur das Recht zugestanden, ungesunde Milch zurückzuweisen, dagegen stehe ihm ein Recht auf Schadenersatz nicht zu, wenn er ungesunde Milch, in Folge Unterlassung der ihm obliegenden Prüfung, verwendet habe. Sie bestritten daß zwischen ihnen irgendwelche Rechtsgemeinschaft bestehe und daß sie solidarisch haften. Die erste Instanz hat die Klage des gänzlichen abgewiesen, die zweite Instanz dagegen hat sie durch ihr Fakt. A erwähntes Urtheil gegenüber den Beklagten Ziffer 1—7 theilweise bis zum Betrage von 1500 Fr. und 230 Fr. gutgeheißen.

2. In rechtlicher Beziehung ist zunächst zu bemerken, daß die im Rubrum dieses Urtheils sub 8—12 bezeichneten Beklagten zur Beschwerde nicht berechtigt sind. Ihnen gegenüber hat die Vorinstanz die Klage in der Hauptsache gänzlich abgewiesen; ihre Beschwerde kann sich also nur gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt richten. Kostenentscheidungen kantonaler Gerichte aber können nicht selbständig an das Bundesgericht gezogen werden, da für die Verlegung der Prozeßkosten nicht das eidgenössische Privatrecht sondern das kantonale Prozeßrecht maßgebend ist.

3. Fragt sich sodann in erster Linie, ob die Einrede der Verjährung begründet sei, so sind hiefür die Bestimmungen über die Verjährung der Gewährleistungsklagen beim Kaufe (Art. 257 D.-R.) maßgebend. Die Vorschriften über die Verjährung von Schadenersatzklagen aus unerlaubten Handlungen (Art. 69 D.-R.) finden keine Anwendung. Zwar kann ja allerdings ein und derselbe Thatbestand einerseits eine Vertragsverletzung, andererseits eine unerlaubte Handlung enthalten, so daß aus demselben konkurrirend eine Kontrakt- und eine Deliktssklage entspringen. Allein dies setzt eine Handlung voraus, welche, auch abgesehen von einer Vertragspflicht des Handelnden, als eine unerlaubte, widerrechtliche erscheint und daher selbständiger Entstehungsgrund einer Schaden-

ersatzobligation ist; bloße Verletzungen eines Vertragsverhältnisses, welche nicht eine neue selbständige Obligation begründen, sondern nur eine bereits bestehende Vertragsobligation umgestalten, gehören nicht hieher. Nun sind im vorliegenden Falle die den Beklagten zur Last gelegten Thatsachen (die Lieferung von zur Käsefabrikation untauglicher Milch) nicht derart, daß darin etwas anderes denn die Verletzung vertraglicher Rechte und Pflichten gefunden werden könnte. Die Lieferung solcher Milch ist durch kein Gesetz allgemein verboten; sie verstößt also gegen kein jeden Bürger treffendes Verbot der Rechtsordnung, sondern erscheint als rechtswidrig lediglich mit Rücksicht auf das zwischen den Parteien bestehende besondere vertragliche Rechtsverhältnis; sie involvirt also lediglich eine Vertragsverletzung, nicht aber ein Delikt. Wenn freilich die Beklagten wissentlich, mit dem Bewußtsein, daß durch deren Beimengung der Fabrikationszweck vereitelt werde, untaugliche Milch geliefert hätten, so läge ein Delikt, eine böswillige Vermögensbeschädigung, allerdings vor. Allein ein hierauf gerichteter Beweis ist nicht angetreten und noch weniger geleistet. Es kann sich also, wie gesagt, lediglich um eine Kontraktssklage handeln.

4. Nach Art. 257 D.-R. verjähren die Klagen auf Gewährleistung wegen Sachmängeln mit Ablauf eines Jahres nach Ablieferung der Sache an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdecken sollte. Die „Ablieferung“ an den Käufer ist mit demjenigen Momente vollendet, wo ihm die Möglichkeit tatsächlicher Verfügung über die Waare, speziell zum Zwecke der Prüfung ihrer Empfangbarkeit, gegeben ist. Nun wurde im vorliegenden Falle die Milch täglich zweimal dem Käufer zur Käsefabrikation geliefert und ihm dadurch die Möglichkeit der Prüfung der betreffenden Lieferungen gegeben. Von diesem Momente an läuft für jede einzelne Lieferung die Verjährung der Gewährleistungsklagen. Die Vorinstanz verneint dies; sie führt aus, nach der besondern Natur der Verhältnisse könne offenbar nicht jede einzelne tägliche Lieferung für sich als Ausgangspunkt für den Lauf der Verjährung in's Auge gefaßt werden, sondern müssen sämtliche Lieferungen als ein Ganzes betrachtet werden. Als der Anfangspunkt der einjährigen Verjährungsfrist stelle sich demgemäß der 31. August 1885 dar, das heißt der Endpunkt der hier in Betracht fallenden Lieferungen

überhaupt. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Es handelt sich um einen Kauf, bei welchem die Waare vertragsgemäß in periodischen Raten (je zweimal täglich) zu liefern war. Das Gesetz bestimmt nun in Betreff solcher Käufe mit Ratenlieferungen nichts besonderes; es muß daher dabei sein Bewenden haben, daß die Verjährung der Gewährleistungsklagen jeweilen mit der Ablieferung einer Waarenpartie beginnt und es darf nicht der Beginn der Verjährung für einzelne Ratenlieferungen deshalb über den gesetzlichen Termin der Ablieferung der Waare hinaus verlegt werden, weil später weitere Lieferungen nachfolgen sollen. So wenig wie bei Ratenkäufen die Kúgefrist des Art. 246 D.-R. für die sämtlichen Partien der Waare erst mit der letzten Ratenlieferung beginnt, so wenig kann dies für die Verjährungsfrist der Gewährleistungsklagen gelten. Es würde denn auch die Ansicht der Vorinstanz für Kaufverträge, welche periodische Lieferungen während längern Zeiträumen zum Gegenstand haben, zu einer, der Absicht des Gesetzes (welche unverkennbar auf rasche Abwicklung der Gewährleistungsansprüche gerichtet ist) völlig widersprechenden, zeitlichen Ausdehnung der Haftung des Verkäufers führen.

5. Ist somit die Verjährung für jede tägliche Milchlieferung besonders zu berechnen, so ist klar, daß die Klage rúcksichtlich der sämtlichen vor dem 13. August 1885 stattgefundenen Milchlieferungen jedenfalls verjährt ist. Die Frist des Art. 257 D.-R. ist, wie sich aus dem Texte und Zusammenhange des Gesetzes unzweideutig ergibt, eine Verjährungsfrist, für deren Unterbrechung die Regeln des Art. 154 D.-R. gelten. Danach hat aber eine Unterbrechung frühestens durch die am 13. August 1886 stattgefundene Ladung zum amtlichen Sühneversuche (welche nach Art. 154 Ziffer 2 a. E. D.-R. der Klage gleichsteht) stattgefunden. Das Begehren um Veranstaltung einer Beweisführung zum ewigen Gedächtniß qualifizirt sich nicht als Klage, durch welche der Schadenersatzanspruch des Käufers rechtlich geltend gemacht worden wäre, sondern als ein Gesuch um eine Beweisaufnahme zum Zwecke der Vorbereitung späterer Klageerhebung; es ist also durch dasselbe die Verjährung nicht unterbrochen worden. Ebenjowenig ist eine Unterbrechung der Verjährung durch einredeweise Geltendmachung der streitigen Ansprüche gegenüber

den auf Bezahlung des Kaufpreises gerichteten Klagen der Milchlieferanten erfolgt. Denn in den hierüber gefúhrten Prozessen hat der gegenwärtige Kläger und damalige Beklagte zwar wohl bei Begründung seiner Kompetenzeinrede (wie früher bei Bestreitung der von den Milchlieferanten eingeleiteten Vertreibungen) erklärt, daß ihm gegenüber den Forderungen der Milchlieferanten Gegenforderungen zustehen; allein er hat diese Gegenforderungen nicht wirklich einredeweise geltend gemacht, sondern vielmehr, nach Abweisung seiner Kompetenzeinrede, unter Wahrung späterer gesonderter Einklagung seiner Schadenersatzforderungen, den Abstand erklärt. Noch weniger natürlich waren die sonstigen außergerichtlichen Reklamationen und Erklärungen des Klägers, durch welche er zu erkennen gab, daß er Schadenersatzansprüche zu besitzen vermeine und später geltend zu machen gedenke, geeignet, die Verjährung zu unterbrechen. Dazu genügt die bloße Aeußerung der Absicht rechtlicher Geltendmachung eines Anspruches nicht, sondern bedarf es der Verwirklichung dieser Absicht durch die That.

6. Ist somit die Klage rúcksichtlich der vor den 13. August 1885 fallenden Lieferungen verjährt, so kann dagegen das gleiche nicht auch für die spätern Lieferungen gesagt werden. Die Beklagten haben allerdings geltend gemacht, es sei durch die am 31. August 1886 eingereichte Klage respektive die entsprechende Ladung zum amtlichen Sühneversuch vom 13. gleichen Monats, die Verjährung überhaupt nicht unterbrochen worden, weil die Klage am 31. August 1886 wegen mangelnder Spezifikation angebrachtermaßen zurückgewiesen und nun die verbesserte Klage nicht binnen der sechszigtägigen Nachfrist des Art. 158 D.-R. angebracht worden sei. Dieses Vorbringen ist indeß, weil erst in der Duplik enthalten, von der Vorinstanz als verspätet nicht berücksichtigt worden und an diese Entscheidung als eine prozeßuale ist das Bundesgericht gebunden.

7. Allein es muß nun die Klage, auch insoweit sie nicht verjährt ist, abgewiesen werden und zwar aus einem doppelten Grunde: Einmal wegen Verspätung der Mängelrúge gemäß Art. 246 D.-R., sodann weil überhaupt ein Rechtsgrund, aus welchem die Beklagten zum Schadenersatze verpflichtet wären, nicht dargethan ist. In ersterer Richtung ist zu bemerken: Der Nach-

weis rechtzeitiger gehöriger Mängelrüge liegt dem Käufer ob. Nun ist, so viel den Akten zu entnehmen, jedenfalls in Betreff der einzig noch in Betracht kommenden Milchlieferungen der Beklagten aus der Zeit vom 13.—31. August 1885 eine wirksame Mängelrüge erst am 23. September gleichen Jahres erfolgt. Mag auch schon früher der Käufer über schlechte Qualität der Milch im Allgemeinen gegenüber von Milchlieferanten sich beklagt haben, so steht doch nicht fest, daß er vor dem 23. September 1885 die aus der kritischen Zeit herrührenden Milchlieferungen gerade der Beklagten diesen gegenüber, unter Bezeichnung der Mängel, beanstandet habe. Die Rüge vom 23. September 1885 aber ist eine verspätete. Zwar ist nach den Akten nicht mit Sicherheit zu beurtheilen, ob nach den Verhältnissen des Sennerei- resp. Käsebetriebs zu der dem Käufer obliegenden übungs- mäßigen ordentlichen Untersuchung der gelieferten Molken regelmäßig die bloß äußerliche Prüfung durch Besehen und Verkosten u. dgl. genügt oder ob dazu auch die Vornahme weiterer Proben, mittelst Scheidegläsern u. dgl., gehört; allein soviel ist jedenfalls festzuhalten, daß der Senn oder Käser sich mit einer bloß äußerlichen Prüfung dann nicht begnügen darf, wenn Zweifel an der Beschaffenheit der Waare vorliegen, welche durch eine solche Prüfung nicht gehoben werden können. In diesem Falle liegt in der That auf der Hand, daß der ordnungsmäßige Geschäftsgang eine eingehende Prüfung erfordert und der Käufer fahrlässig handelt, wenn er die verdächtigen Molken ohne weiters, ohne solche Prüfung, zur Fabrikation verwendet, auf die Gefahr hin, daß dadurch der Zweck der Fabrikation vereitelt und, vielleicht durch die Beimengung relativ nicht bedeutender Quantitäten ungesunder Milch, ein ganz unverhältnißmäßiger Schaden entstehe. In casu nun lag für den Käufer, nach seinem eigenen Vorbringen, während der ganzen Zeit vom 13.—31. August, ja schon viel früher, die dringendste Veranlassung vor, die gelieferten Molken jeweilen bei ihrer Lieferung genau zu prüfen oder prüfen zu lassen; er hat dies nicht gethan, sondern ist erst nach Mitte September zu Veranstaltung einer umfassenden Prüfung der Milchlieferungen und daraufhin zur Mängelrüge geschritten. Diese war mit Bezug auf die hier streitigen Lieferungen, deren letzte am 31. August erfolgte, aber offenbar verspätet. Uebrigens ist klar, daß wenn

eine Untersuchung der Milch der Beklagten um Mitte September die Untauglichkeit der damals von ihnen gelieferten Molken ergab, daraus noch nicht ohne weiters zu folgern ist, daß auch ihre frühern Lieferungen mangelhaft gewesen seien, ein solcher Schluß vielmehr durch Anführung weiterer Umstände gerechtfertigt werden müßte.

8. Zudem mangelt es, wie bemerkt, am Nachweise eines die Beklagten zum Schadenersatz verpflichtenden Rechtsgrundes. Die angestellte Klage ist weder die Wandelungs- noch die Preisminderungsklage, sondern eine selbständige (kontrafaktische) Schadenersatzklage. Nun kann nach dem Gesetze (Art. 253 verbunden mit Art. 241 D.-R.) der Käufer einen je nach Umständen auf den unmittelbaren, durch die Lieferung fehlerhafter Waare verursachten, Schaden beschränkten oder aber auf weitem Schaden gehenden Schadenersatzanspruch mit der Wandelungsklage geltend machen. Dagegen spricht das Gesetz in den Bestimmungen über den Kaufvertrag von einer selbständigen Schadenersatzklage des Käufers nicht und es könnte daher aus Art. 254 Abs. 2 D.-R. die Schlußfolgerung gezogen werden wollen, daß eine solche überhaupt nicht zulässig, sondern der Käufer, wenn er die Wandelung nicht begehrt und nicht begehren kann, einzig auf den Preisminderungsanspruch beschränkt sei. Dies erscheint indeß doch nicht als richtig. Art. 254 Abs. 2 D.-R. hat nur die unabhängig von einem Verschulden bestehende kaufrechtliche Gewährleistungspflicht im Auge und es ist nach den allgemeinen auch für den Kauf geltenden Grundsätzen des Vertragsrechts (Art. 110 u. ff.) anzuerkennen, daß der Verkäufer stets, auch dann wenn die Wandelung wegen Veräußerung oder Verarbeitung der Sache durch den Käufer ausgeschlossen ist, schadenersatzpflichtig ist und also mit einer selbständigen Schadenersatzklage belangt werden kann, sofern die fehlerhafte Lieferung ihm zum Verschulden anzurechnen ist. Allein diese Schadenersatzpflicht des Verkäufers besteht nun eben (gleichwie gemäß Art. 277 D.-R. diejenige des Vermiethers) nur dann, wenn dem Verkäufer ein Verschulden nachgewiesen wird; die Beweislast hiefür trifft den Käufer. Und an diesem Beweise mangelt es nun im vorliegenden Falle durchaus. Der Kläger hat keine Thatumstände dargethan, aus welchen folgen würde, daß die Beklagten an der mangelhaften Beschaffenheit ihrer Lieferungen ein

Verschulden treffe. Die von den Sachverständigen über die möglichen Ursachen der ungesunden Beschaffenheit der Milch geäußerten Ansichten beweisen ein solches Verschulden nicht; sie thun nicht dar, daß und wie die einzelnen Beklagten es an der einem ordentlichen Landwirthe zuzumuthenden Sorgfalt in Bezug auf die Milchproduktion hätten fehlen lassen und ebenso ist nicht erwiesen, daß die Beklagten etwa wesentlich ungesunde Milch geliefert hätten.

Demnach hat das Bundesgericht erkannt:

Auf die Weiterziehung der im Rubum dieses Urtheil sub 8—12 genannten Beklagten wird nicht eingetreten. Dagegen wird, unter Abweisung der Beschwerde des Klägers, die Weiterziehung der übrigen Beklagten dahin für begründet erklärt, daß in Abänderung des Dispositiv 1 des angefochtenen Urtheils des Obergerichtes der Kantons Luzern die Klage des gänzlichen abgewiesen wird.

#### 48. Urtheil vom 5. Juni 1891 in Sachen Huet und Genossen gegen *Caisse des Propriétaires*.

A. Durch Urtheil vom 6. Mai 1890 hat das Kantonsgericht des Kantons Graubünden erkannt:

1. Das klägerische Begehren wird insoweit als berechtigt erklärt, als die Caisse des Propriétaires ein Konkursprivilegium bloß für denjenigen Theil ihrer Forderung zu beanspruchen hat, welcher aus seit dem Tage des Liquidationsbeschlusses der Gesellschaft Kurtaal Maloja (3. Januar 1885) an die Liquidatoren derselben gemachten Vorschüssen herrührt, wogegen sie für den Betrag der vorher gemachten Zahlungen in die fünfte Klasse zu kolozieren ist.

2. Derjenige Gewinn, welcher aus der Anfechtung und gerichtlichen Remedur des beklaglichen Privilegiumsanspruches, respektive des solchen anerkennenden Kreditorenbeschlusses erwächst, ist auf die Kläger und Intervenienten im Verhältniß ihrer ungedeckt bleibenden Guthaben an die Masse Kurtaal Maloja beziehungs-

weise ihrer im Sinne der Erwägung 8 als Gläubiger der Masse Renesse Kurtaal treffenden Antheile zu repartiren.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen die Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Anwalt, das Bundesgericht wolle erkennen:

1. Die Weiterziehung der Kläger ist begründet und hat ein vom Kantonsgerichte Graubünden auf Grund der Art. 582 und 666 O.-R. angenommenes Vorzugsrecht der Caisse des Propriétaires in Brüssel für an die Privatliquidatoren der Aktiengesellschaft Hôtel Kurtaal de la Maloja vor Konkursausbruch über letztere gemachte Vorschüsse nicht statt.

2. Dagegen sei das kantonsgerichtliche Urtheil vom 8. Mai 1890 für die Banque liégeoise und Henri Mans gegenüber der Caisse des Propriétaires inter partes lebiglich in formelle Rechtskraft erwachsen.

3. Alles unter Kostenfolge.

Der Vertreter der Banque liégeoise in Lüttich beantragt, das Bundesgericht wolle erkennen, dieselbe habe an dem für die Klagepartei resultirenden Prozeßergebnisse nach Verhältniß ihrer Forderungen an die Konkursmasse Hotel Kurtaal Maloja, einschließlich der von der Masse des Grafen Renesse hergeleiteten, zu partizipiren und es sei die Klagepartei zu einer Prozeßentschädigung an sie zu verurtheilen.

Der Vertreter des H. Mans stellt für seine Partei den gleichen Antrag.

Der Vertreter der Beklagten Caisse des Propriétaires trägt, indem er die Kompetenz des Bundesgerichtes bestreitet, auf Abweisung der Beschwerde der Gegenpartei und Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils unter Kostenfolge an; er bemerkt, daß es zwar seiner Partei gleichgültig sein könne, wer sich in das etwa für die Klagepartei resultirende Prozeßergebniß theile, daß aber immerhin nur der beklagten Partei, nicht aber den Klägern eine Einwendung gegen die Berechtigung der Intervenienten zu Stellung ihrer Begehren zustehende und daß er eine solche nicht erhebe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 12. Januar 1882 wurde unter der Firma Société anonyme de l'Hôtel Kurtaal Maloja eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Maloja (Gemeinde Stampa) zum Zwecke des Betriebes