

traggeber vom Kaufabschluß mit dem beigebrachten Käufer absteht, sondern Fälle, wo er diesem wirklich verkauft, dagegen die Vermittlertätigkeit des Maklers ausgeschaltet und sie durch die eines andern ersetzt oder einzig weiter unterhandelt hat.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des Appellationsgerichts von Basel-Stadt in allen Teilen bestätigt.

88. Urteil vom 30. Dezember 1908 in Sachen

**Viehzuchtgenossenschaft Volketswil, Kl. u. Ber.-Kl., gegen
Bühler, Bekl. u. Ber.-Bekl.**

Kauf (eines Zuchtstiers). — Wandelungsklage (wegen mangelnder Zeugungsfähigkeit). Anwendbarkeit eidg. Rechts. Rechtzeitigkeit der Mängelrüge. Art. 246 OR. Garantiefrist. Unzulässigkeit neuer Beweismittel vor Bundesgericht. Art. 80 OG.

A. Durch Urteil vom 4. September 1908 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Gutheißung der Klage, eventuell Rückweisung der Akten zur Abnahme der offerierten Beweise.

C. Der Beklagte hat Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Beklagte verkaufte der Klägerin Anfangs Juni 1907 einen Zuchtstier „Sultan“ und übergab ihr denselben am 11. Juni. Die Beklagte ließ dem Stier vom 11. Juni 1907 bis Mitte Februar 1908 in 185 Malen 56 Kühe oder Kinder zuführen, erzielte aber niemals eine Befruchtung.

Am 9. Februar 1908 teilte sie dies dem Beklagten mit. Derselbe erklärte sich bereit, den Stier zurückzunehmen, wenn die Klägerin bei ihm einen andern Stier kaufe und man über den Preis des letztern einig werde. Eine solche Einigung kam jedoch nicht zu Stande.

Die Klägerin verlangt nun wegen mangelnder Zuchtfähigkeit des Stieres Zurücknahme desselben und Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises von 1355 Fr. nebst Zins, sowie Ersatz des von ihr verwendeten Futtergeldes (14 Fr. per Woche).

Der Beklagte bestreitet das Vorhandensein des behaupteten Mangels und erhebt gegenüber der Mängelrüge die Einrede der Verspätung. Er beruft sich auf einen Garantieschein, den er der Klägerin am 11. Juni 1907 ausgestellt habe und in welchem er die Zuchtfähigkeit des Stieres nur für eine Dauer von 28 Tagen garantiert habe. Er produziert eine Abschrift dieses Garantiescheines.

Die Klägerin beruft sich ihrerseits auf einen Brief vom 4. Juni 1907, in welchem sie die Zuchtfähigkeit des Stieres ausbedungen habe.

2. Daß die vorliegende Streitfrage nach eidgenössischem Recht zu entscheiden ist, wird von beiden Parteien anerkannt und ist auch sonst nicht zu bezweifeln, da feststehendermaßen das Konkordat über die Viehhauptmängel, welchem der Kanton Zürich beigetreten ist, auf den Mangel der Zeugungsfähigkeit bei Stieren sich nicht bezieht. Vergl. **US 23 S. 1820** Erw. 2.

3. In der Sache selbst ist davon auszugehen, daß die Klage sogar bei Vorhandensein des von der Klägerin behaupteten Mangels nur dann gutgeheißen werden kann, wenn eine rechtzeitige Mängelrüge stattgefunden hat. Denn einerseits kann in dem Verhalten des Beklagten eine Anerkennung des Mangels nicht erblickt werden, da der Beklagte sich nur unter der Bedingung zur Zurücknahme des Stieres bereit erklärt hatte, daß die Parteien über den Verkauf eines andern Stieres, also auch über dessen Preis, einig würden, eine Voraussetzung, welche sich nicht erfüllt hat, und andererseits erscheint der Standpunkt der Klägerin, daß Art. 246 OR bei vertraglich zugesicherten Eigenschaften nicht Platz greife, unbegründet. Die angeführte Gesetzesbestimmung statuiert, wie das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat (vergl. **US 22 S. 138, 24 II S. 602** und dortige Zitate), ganz allgemein die Pflicht des Käufers zur Prüfung der Sache, ohne Unterschied, ob es sich um Mängel handelt, für welche der Verkäufer schon von Gesetzes wegen haftet, oder um das Fehlen vertraglich zugesicherter Eigenschaften. Übrigens wäre zu sagen, daß im vorliegenden Falle der

Verkäufer nicht nur auf Grund des vom Beklagten in Abschrift produzierten Garantiescheines d. d. 11. Juni 1907, sondern schon von Gesetzes wegen für die Zuchtfähigkeit des Stieres haftet, da ja unbestritten ist, daß der Stier als „Zuchstier“ verkauft worden war. — Aus demselben Grunde kommt auch darauf nichts an, ob die Klägerin sich in einem Kaufbestätigungsschreiben vom 4. Juni 1907 die Eignung des Stieres zum Züchten ausdrücklich ausbedungen habe, wie sie behauptet, oder nicht.

4. Was nun die nach der Behauptung des Beklagten in dem Garantieschein vom 11. Juni 1907 enthaltene Beschränkung der Garantie auf eine Dauer von 28 Tagen betrifft, so kann diese Beschränkung jedenfalls nicht den Sinn gehabt haben, daß die Mängelrüge innert dieses Zeitraumes stattfinden müsse. Denn nach der eigenen Darstellung des Beklagten bedurfte es zur sichern Erkennung des Mangels immerhin einer Prüfungszeit von 6—9 Wochen. Umgekehrt kann aber jener Garantieschein auch nicht etwa, wie die Klägerin in ihrer Berufungsschrift versucht, dahin ausgelegt werden, es habe der Beklagte den Beweis zu erbringen, daß durch den verkauften Stier ein Tier der klägerischen Genossenschaft innerhalb von 28 Tagen trächtig geworden sei. Vielmehr fragt es sich einzig, ob die Klägerin die Mängelrüge innerhalb desjenigen Zeitraumes erhoben habe, innerhalb dessen nach den über die Zeugungsfähigkeit des Kindes bestehenden Erfahrungen die Unfruchtbarkeit eines Stieres mit Sicherheit erkannt werden kann.

5. Bei der Prüfung dieser Frage ist von der Feststellung der Vorinstanz auszugehen, daß die Trächtigkeit der Kuh schon nach 3 oder doch jedenfalls nach 6 Wochen (infolge Nichtwiederkehrens der Brunst) mit einiger Sicherheit und nach 15 bis 19 Wochen („vor der 16. bis 20. Woche“) mit absoluter Sicherheit diagnostiziert werden kann; denn diese Feststellung beruht auf einer bei den Akten liegenden Monographie eines Fachgelehrten, dessen Sachkenntnis außer Zweifel steht, weshalb denn auch zu der eventuell beantragten Rückweisung der Sache an die Vorinstanz behufs Aufnahme der von der Klägerin offerierten Beweise durch Expertise kein Anlaß vorliegt.

Selbst wenn nun auf die längste obiger Fristen, d. h. auf diejenige von 19 Wochen abgestellt wird, und wenn auch mit der

Klägerin davon ausgegangen wird, daß in der ersten Zeit angenommen werden konnte, der Fehler liege nicht beim Stier, sondern bei den verwendeten weiblichen Tieren, so ergibt sich doch, daß die mangelnde Zeugungsfähigkeit des Stieres schon weit früher als am 9. Februar 1908 hätte konstatiert werden können.

Denn sogar nach der von der Klägerin in ihrer Berufungsschrift vertretenen Auffassung kann immerhin nach dem Mißerfolg zweier oder dreier mit denselben weiblichen Zuchttieren in Zwischenräumen von je 3 Wochen ausgeführter Sprünge erkannt werden, daß der Fehler beim Stier und nicht bei den weiblichen Tieren liegt; die für die Feststellung der Unfruchtbarkeit des Stieres erforderliche Frist wäre darnach höchstens um 9 Wochen länger als die für die Trächtigkeitsdiagnose erforderliche Frist und würde somit höchstens 28 Wochen betragen, so daß also im vorliegenden Falle die Unfruchtbarkeit des Stieres doch spätestens gegen Ende Dezember 1907 hätte erkannt werden können. Selbst wenn daher der Klägerin noch eine weitere Frist von drei bis vier Wochen behufs Gewinnung absoluter Sicherheit über das Vorhandensein der Mängel gewährt werden wollte, so wäre die erst am 9. Februar erhobene Mängelrüge dennoch als verspätet zu bezeichnen.

6. Was endlich den von der Klägerin in der Berufungsschrift eventuell eingenommenen Standpunkt betrifft, daß der Beklagte die Untauglichkeit des Stieres zum Züchten gekannt habe, und daß die Klägerin aus diesem Grunde an eine Rügefrist nicht gebunden sei, so ist hiezu zu bemerken, daß in der Klage nur behauptet worden war, der Beklagte habe den Stier von der Viehzuchtgenossenschaft Furtal wegen „verschiedener Fehler“ zurücknehmen müssen, und diese Fehler seien möglicherweise „auf die Zuchtfähigkeit des Stieres von Einfluß“ gewesen. In dem von der Klägerin damals als Beweismittel angerufenen Briefe des Verwalters Schmidhauser wird denn auch ausdrücklich erklärt, daß eine Untersuchung der Zeugungsfähigkeit des Stieres von der Genossenschaft Furtal nicht vorgenommen worden sei. Die Behauptung der Klägerin, es habe der Beklagte die Unfruchtbarkeit des Stieres am 11. Juni 1907 gekannt, ist somit unerwiesen. Das erst in der bundesgerichtlichen Instanz angebotene Beweismittel der „amtlichen Erkundigung“ ist nach Art. 80 O G unzulässig.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 4. September 1908 bestätigt.

VI. Persönliche Handlungsfähigkeit.

Capacité civile.

89. Urteil vom 21. November 1908 in Sachen

Bernet, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Blauw, Befl. u. Ber.-Befl.

Persönliche Handlungsfähigkeit der Ehefrau eines Ausländers (Württembergers). — Anwendbares Recht. Art. 32 u. 34 BG betr. zivilr. V. d. N. u. A. Art. 10 Abs. 2 Hfg. — Beurteilung auf Grund des württembergischen Rechts.

A. Durch Urteil vom 3. Juli 1908 hat das Obergericht des Kantons Luzern über die Rechtsfrage:

Hat die Beklagte dem Kläger zu bezahlen 17,287 Fr. 75 Cts. nebst Zins zu 4 1/2 % seit 1. November 1903 bis 27. Mai 1904 und Verzugszins zu 5 % seit 27. Mai 1904 von 16,837 Fr. 75 Cts.?

erkannt:

Die Klage ist abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Gutheißung der Klage.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers Gutheißung, der Vertreter der Beklagten Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im Jahre 1893 verheiratete sich die Beklagte mit dem Württemberger Julius Blauw. Der erste eheliche Wohnsitz war Zürich. Nachdem die Ehegatten nach Luzern übergesiedelt waren, woselbst Blauw eine Bierbrauerei übernahm, unterzeichneten sie am 17. Oktober 1897 gemeinsam folgenden Schuldschein:

„Wir Endesunterzeichneten, Eheleute Herr Julius Blauw und Frau Hermine Blauw aus Luzern, bekennen hiemit, heute Herrn S. Bernet von Nürnberg nach genauen Berechnungen bis heute schuldig geworden zu sein für erhaltene diverse Darlehen, ferner bis heute diverse erhaltene Hopfen und samt laufenden Zinsen den Betrag von netto sieben und vierzig tausend Franken und vierzehn Franken auch 90 Cts., welchen Betrag wir vom 1. November d. J. an mit 4 1/2 % Zinsen in halbjähriger Zinszahlung, somit 1. Mai 1898 fällig prompt zu bezahlen versprechen. Allenfalls fälliger Unterpfandsbeitrag auf Brauerei Lädeli vorbehalten.“

Im Mai 1904 brach über Julius Blauw der Konkurs aus. In diesem Konkurs erhielt der Kläger eine Dividende von 299 Fr. 90 Cts. Außerdem hatte der Vater des Gemeinschuldners 30,000 Fr. an die Schuld abbezahlt. Infolgedessen betrug die Schuld, wie die Parteien übereinstimmend annehmen, am 1. November 1903, unter Hinzurechnung der bis dahin erlaufenen Zinsen, 17,287 Fr. 75 Cts.

Der Kläger verlangt nun Bezahlung dieses Betrages, während die Beklagte bestreitet, am 17. Oktober 1897 die zur Eingehung der Verpflichtung nötige persönliche Handlungsfähigkeit besessen zu haben.

Die Vorinstanz ist auf folgendem Wege zur Abweisung der Klage gelangt: Werde die Verpflichtungsfähigkeit der Beklagten auf Grund des ehelichen Güterrechtes geprüft, so müsse ihr Vorhandensein verneint werden; denn nach dem gemäß Art. 19 des BG betr. zivilr. V. d. N. u. A. anwendbaren luzerner Recht habe sich die Beklagte nicht ohne Zuziehung eines Beistandes verpflichten können. Werde die Streitfrage, was wohl richtiger sei, als eine solche der persönlichen Handlungsfähigkeit betrachtet, so sei nach Art. 34 des zitierten Gesetzes in Verbindung mit Art. 10 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die persönliche Handlungsfähigkeit das Recht des Heimatstaates, also württembergisches Recht, maßgebend. Der Inhalt dieses Rechtes sei vom Kläger nachzuweisen. Auf Grund der von ihm beigebrachten Literatur, sowie mehrerer Rechtsgutachten, dürfe der Satz, auf dem die klägerische Argumentation sich einzig aufbaue und der daher hier einzig in Betracht komme, als erwiesen angenommen werden, daß nach dem im damaligen württembergischen Recht als gesetzlicher Güterstand geltenden Er-