

sehr unwahrscheinlich, da Lauffer schon zur Zeit der Errichtung des streitigen Bürgschaftsaktes in bevrängten Vermögensverhältnissen sich befand.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird als unbegründet erklärt und daher das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 19. Oktober 1894 in allen Teilen bestätigt.

159. Urteil vom 14. Dezember 1894 in Sachen
Grüninger gegen Granichstädten.

A. Mit Urteil vom 8. Oktober 1894 hat das Obergericht des Kantons Glarus erkannt: Es sei die appellatistische Forderung von 6552 Fr. 50 Cts., Wert 31. März 1894, vollständig gutgeheissen.

B. Gegen dieses Urteil erklärten die Beklagten die Berufung an das Bundesgericht und beantragten Abänderung desselben in dem Sinne, daß die Klage gänzlich abgewiesen werde, unter Veranstaltung einer Expertise in den von den Beklagten vor den kantonalen Instanzen angegebenen Richtungen.

Bei der heutigen Verhandlung wiederholt der Anwalt der Beklagten diesen Antrag; der Anwalt des Klägers beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Laut Faktura vom 20. Dezember 1893 lieferte der Kläger, Julius Granichstädten in Wien, den Beklagten auf deren Bestellung hin 187 Koll. Rindschmalzfurrogat zum Preise von 12,816 Fr. 70 Cts., Valuta 20. März 1894. Die Ware wurde als hoch prima zugesichert; sie kam am 3. Januar 1894 am Domizil der Beklagten an und wurde von denselben in Empfang genommen. Die Faktura enthält den Vormerk, daß Bemängelungen nur berücksichtigt werden, wenn sie unmittelbar bei Empfang der Ware erhoben werden. In der Folge wünschten die Beklagten

andere Zahlungsbedingungen, in der Weise, daß sie den Faktura-betrag durch eine Tratte von 4816 Fr. per 16. Mai, eine solche von 4000 Fr. per 20. Juni und von 4000 Fr. per 18. Juli 1894 abheben könnten. Kläger lehnte das Begehren ab, und beharrte auf der Bezahlung per 20. März nach Vereinbarung. Darauf ersuchten ihn die Beklagten am 23. Januar, noch nicht auf sie zu trassieren, und erklärten, sobald der größere Teil ihres Borrates reguliert sein werde, werden sie ihm sofortige Anschaffungen übermachen. Mit Brief vom 7. Februar beharrte Kläger auf seinem Verlangen, und teilte den Beklagten mit, daß er bereits eine Tratte von 12,816 Fr. 70 Cts. per 20. März 1894 auf sie in Circulation gesetzt habe. Die Beklagten antworteten am 10. Februar, sie gehen durchaus nicht einig mit den aufgegebenen Zahlungsbedingungen und würden jede Tratte zurückweisen, über die nicht vorher eine Verständigung stattgefunden hätte; per 22. Mai 1894 dürfe Kläger eine Tratte von 12,816 Fr. ziehen. Am 18. Februar kam nun zwischen den Parteien ein Abkommen des Inhaltes zu stande, daß Kläger 6408 Fr. 35 Cts. per 31. März und 6408 Fr. 35 Cts. per 22. Mai 1894 auf die Beklagten entnehmen könne. Mit Brief vom 21. Februar bestätigte Kläger den Beklagten diese Vereinbarung und gab am folgenden Tage die beiden Tratten auf dieselben ab. Am 8. März schrieben die Beklagten, es seien ihnen über die Butter schon mehrfach Reklamationen zugekommen; eine Untersuchung bei einem ihrer Abnehmer habe ergeben, daß dessen Reklamation begründet gewesen sei, indem sich ganze Mäcken im Fasse befunden haben; hierauf haben sie den noch vorhandenen Vorrat einer Musterung unterzogen, dabei habe sich gezeigt, daß die einen Nummern wieder ganz von der gleichen Qualität gewesen seien, wie ihnen darüber geklagt worden sei; aus diesem Grunde haben sie die auf den 31. März fällige Tratte unacceptiert zurückgehen lassen und erwarten, daß sämtliche tadelhafte Ware zurückgenommen werde. Kläger antwortete am 10. März, er lasse sich auf diese Reklamation, weil verspätet, nicht mehr ein und werde, falls die Beklagten bei ihrer Weigerung, die Tratte per 31. März einzulösen, beharren sollten, Klage einleiten. Mit Brief vom 10. und 13. März blieben die Beklagten bei

ihrem Standpunkte. Daraufhin schickte der Kläger einen Vertreter zu den Beklagten, um die Sache zu untersuchen, und zu sehen, ob sich der Anstand gütlich begleichen lasse, allein die diesfälligen Unterhandlungen blieben resultatlos. Am 24. März schrieb Kläger den Beklagten, sein Vertreter habe sich überzeugt, daß es ihnen nur um Zahlungsausschub zu tun sei. Die Beklagten antworteten, dieser Vertreter habe sich selbst dahin geäußert, daß sich zweierlei Butter vorfinde, und daß die eine für diese Gegend nicht die richtige Ware sei. Am 29. März anerbote sich Kläger, den Beklagten für den Verlust auf 14 Fässern, welche als grieslich bezeichnet worden waren, aufzukommen, wenn sie den Wechsel pro 31. März acceptieren; allein diese ließen die Tratte mit Protest mangels Zahlung zurückgehen, und schrieben dem Kläger am 1. April, sie sehen einer Klage, mit Rücksicht auf einen vom Kantonschemiker aufgenommenen Befund, ruhig entgegen. Dieser Befund geht dahin, daß die drei gezogenen Proben aus reiner Margarinbutter bestehen. Ihrer chemischen Zusammensetzung nach ergeben sich keine genügenden Anhaltspunkte, um dieselbe als Margarinbutter zu beanstanden. Es seien Mischungen von gesottenem Talg mit verschiedenen Mengen Rohnöl, und zwar enthalte Nr. 1, letzte teilweise bestrittene Sendung, davon am meisten. Rottonöl und Rüböl seien abwesend. Die ältere Probe sei ziemlich ranzig. Kuhbutter sei in allen drei Proben keine.

2. Hierauf erhob der Kläger Klage auf Bezahlung von 6552 Fr. 55 Cts., Wert 31. März 1894, samt Zinsen und Kosten. Er stützte sich darauf, daß sich die Beklagten, nachdem die Ware schon $1\frac{1}{2}$ Monat in ihrem Besitze gewesen sei, vorbehaltlos zur Zahlung des Fakturabetrages verpflichtet haben, und daher schon aus diesem Grunde keine weitere Reklamation zulässig sei. Eventuell wäre ihre Bemängelung nach Art. 246 und 248 O.-R. verspätet, und zum Überflusse sei sogar durch die von den Beklagten einseitig erhobene Expertise der Beweis geleistet, daß der vom Kläger gelieferten Ware absolut keine Mängel anhaften. Die Beklagten beantragten, sie seien von der Zahlungspflicht der eingeklagten Forderung zu entbinden und Kläger zur Zurücknahme der 62 beanstandeten Fässer und zur Lieferung

tadelloser Ware anzuhalten. Sie machten geltend, ihre Reklamation sei nicht verspätet. Die Bemerkung in der Faktur, betreffend sofortige Mängelrüge, sei für sie unverbindlich, weil sie eine einseitige Erklärung des Klägers enthalte; dagegen habe Kläger die Rüge dadurch als rechtzeitig erhoben anerkannt, daß er im März 1894 einen Vertreter zum Untersuchen der Ware zu ihnen gesandt habe. Abgesehen davon seien die Beklagten als Engros Händler erst dann zu Reklamationen verpflichtet, wenn der Detailkäufer reklamiere, indem es sich um eine Ware handle, welche von den Beklagten in Originalverpackung weiter veräußert und vorher nicht angebrochen werde. Im weitern habe Kläger die Mängel der Ware absichtlich verschwiegen, denn er habe, obwohl nur eine Sorte Ware in der Faktur enthalten sei, zwei ganz verschiedene Sorten geschickt, wovon die eine die zugesicherten Eigenschaften nicht besitze; es treffe daher auch Art. 247 sowie Art. 259 O.-R. zu.

3. Die beiden kantonalen Instanzen hießen die Klage in vollem Umfange gut. Die zweite Instanz führte aus: Durch die am 18. Februar eingegangene Zahlungsverpflichtung habe zwar keine Novation stattgefunden und es könne daher daraus ein Verzicht der Beklagten auf ihr Reklamationsrecht nicht gefolgert werden. Dagegen erscheine ihre Mängelrüge als verspätet. Sie sei das erste Mal am 8. März 1894, also erst nach circa 9 Wochen nach Empfang der Ware, gemacht worden. Um sogenannte nicht anbrechbare Ware handle es sich hier nicht; eine sofortige Prüfung derselben wäre leicht möglich gewesen, indem die Verpackung daran nicht gehindert habe.

4. Die Beklagten halten der Klage in erster Linie entgegen, daß die ihnen verkaufte Ware teilweise nicht die zugesicherten Eigenschaften gehabt habe. Kläger hält diese Mängelrüge für unstatthaft, erstens weil die Beklagten am 18. Februar 1894 sich vorbehaltlos zur Bezahlung des Fakturabetrages durch die beiden Wechsel per 31. März und 22. Mai verpflichtet haben, wodurch an Stelle der ursprünglichen Verpflichtung aus dem Kaufvertrag ein neues Abkommen getreten sei, auf dem ihre Zahlungspflicht nunmehr beruhe, zweitens wegen Verspätung. Was den ersten Punkt anbetrifft, so ist der Vorinstanz darin beizutreten, daß durch das Zahlungsverprechen vom 18. Februar eine Novation

nicht bewirkt worden ist. Dieses Abkommen bezweckte weiter nichts als die Abänderung der ursprünglich festgesetzten Zahlungsstermine für die bereits bestehende Schuld; dafür, daß die Parteien eine neue Schuld an Stelle derselben hätten setzen wollen, fehlt jeder Anhaltspunkt. Dagegen liegt in dem Versprechen der Beklagten, den Fakturabetrag durch Wechsel per 31. März und 22. Mai zahlen zu wollen, zweifellos eine Anerkennung der klägerischen Forderung und damit die Genehmigung der Ware, soweit die Käufer die Beschaffenheit derselben damals gekannt haben, oder hätten kennen sollen. Daß die Beklagten damals die Beschaffenheit der Ware gekannt haben, ist nicht nachgewiesen; sie erhoben ihre Mängelrüge erst anfangs März 1894 auf Grund von Reklamationen seitens ihrer Kunden; wann diese letztern Reklamationen erfolgt seien, sagen die Beklagten allerdings nicht; es ist jedoch anzunehmen, daß dieselben erst nach dem 18. Februar gemacht worden seien. Die Frage sodann, ob die Beklagten die Beschaffenheit der Ware damals hätten kennen sollen, hängt zusammen mit der Frage der Verspätung der Mängelrüge. Ohne Bedeutung ist in dieser Richtung, daß die klägerische Faktura die Bemerkung enthält, Bemängelungen der Ware werden nur berücksichtigt, wenn sie unmittelbar nach Empfang der Ware erhoben werden. Denn dieser einseitige Vormerk war für die Beklagten nicht verbindlich (Amtliche Sammlung XVIII, S. 351 Erw. 5); diese letztern waren vielmehr lediglich an die gesetzliche Rügefrist gebunden. Danach hatten sie die Beschaffenheit der empfangenen Ware zu prüfen, sobald dies nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich war, widrigenfalls dieselbe als genehmigt galt. Tatsächlich steht fest, daß die Beklagten erst nach 1½ Monaten eine Prüfung vorgenommen und darauf Reklamation erhoben haben. Sie behaupten aber, eine sofortige Prüfung sei nicht tunlich gewesen, weil sie die Ware in Originalverpackung weiter zu veräußern pflegten. Nun ist allerdings richtig, daß gewisse Handelsartikel in Originalverpackung Gegenstand des Handels bilden, so daß der Käufer, welcher dieselben zum Weiterverkauf erworben hat, eine eingehende Prüfung der Ware beim Empfang derselben nicht vornehmen kann, ohne ihren Wert zu vermindern. Es kann daher, soweit es sich um derartige Artikel handelt, als stillschweigend

vereinbart gelten, daß der Käufer seine Mängelrüge auch dann noch rechtzeitig anbringe, wenn er eine Reklamation von seinem Abnehmer erhalten hat, nur hat er dem Verkäufer gegenüber dafür einzustehen, daß dieser Abnehmer in der Prüfung der Ware nicht säumig gewesen sei (siehe Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichtes XVII, S. 217). Allein ein solcher Fall liegt in concreto nicht vor. Daß die gekaufte Ware nach Handelsübung nur in Originalverpackung verkauft werde, haben die Beklagten nicht behauptet, sie machen nur geltend, daß sie selbst es so halten. Sodann stellt die Vorinstanz ausdrücklich fest, daß es sich bei diesem Handelsartikel keineswegs um sogenannte nicht anbrechbare Ware handle, sondern daß eine sofortige Prüfung derselben leicht möglich sei und durch die Verpackung nicht gehindert werde. Diese Feststellung ist rein tatsächlicher Natur und daher für das Bundesgericht bindend. Die Untersuchung der Ware war daher sofort nach Empfang derselben tunlich und die Beklagten, die ihre Reklamation erst 9 Wochen nachher erhoben, haben somit ihre Untersuchungs- und Rügepflicht versäumt.

5. Auch die Behauptung, der Kläger habe die Mängelrüge als rechtzeitig erhoben anerkannt, indem er im März 1894 einen Vertreter zur Untersuchung der Ware sandte, geht fehl; denn der Kläger hatte bereits vorher, am 10. März, ausdrücklich erklärt, daß er sich auf die Rüge nicht mehr einlasse und wenn er trotzdem Hand zur gütlichen Begleichung der Differenz bot, so kann dieses Verhalten nicht als Verzicht auf die bereits unzweideutig markierte Rechtsstellung ausgelegt werden. Ebenso unrichtig ist es, wenn sich die Beklagten auf Art. 247 D.-R. berufen; es fehlt durchaus an dem Nachweise dafür, daß sie über die Beschaffenheit der Ware vom Kläger absichtlich getäuscht worden seien. Sie selbst führen diesfalls bloß an, die Ware sei nicht gleichmäßig gewesen, indem ein Teil die zugesicherten Eigenschaften nicht besessen habe. Angenommen, dies sei so gewesen, so folgt daraus noch nicht, daß sie in einen Irrtum versetzt worden seien, der sie hätte veranlassen können, von der sofortigen Untersuchung der Ware abzusehen, geschweige denn, daß der Kläger sie absichtlich hiezu verleitet habe. Der Verkäufer übersendet dem Käufer die Ware in der Voraussetzung, daß sie derselbe gemäß gesetzlicher

Vorschrift sobald tunlich untersuche. In der Überfendung nicht vertragsgemäßer, oder nicht gleichmäßiger Ware allein kann daher keine Täuschungshandlung erblickt werden.

6. Die Bemängelung der Ware muß somit als verwirkt erklärt werden. Übrigens wäre die Einrede auch bei materieller Prüfung nicht zu schützen; denn aus dem von den Beklagten selbst eingelegten Befund des Kantonschemikers geht hervor, daß wirklich reine Margarinbutter geliefert worden ist, und der Umstand, daß eine Probe sich als ziemlich ranzig erwiesen hat, wäre jedenfalls vom Kläger nicht zu vertreten, nachdem dieser Mangel erst mehrere Wochen nach Empfang der Ware konstatiert worden ist.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird als unbegründet erklärt und daher das Urteil des Obergerichtes des Kantons Glarus vom 8. Oktober 1894 in allen Teilen bestätigt.

160. Arrêt du 14 Décembre 1894 dans la cause
Hänni contre Fischer & C^{ie}.

A la date du 16 Août 1892 il a été conclu entre Fischer & C^{ie}, négociants en fromages à Soleure, et Rodolphe Hänni, fromager à Selgiswyl, un contrat dont la teneur a été rédigée et signée au crayon sur un carnet de MM. Fischer & C^{ie} comme suit :

« Rud. Hänni in Selgiswyl (Kanton Freiburg) verkauft der Firma Fischer & C^{ie} in Solothurn seine diesjährigen Sommerkäse vom 1. Mai bis Ende September 1892 zu folgenden Konditionen :

» Der Preis wird bestimmt durch den höchsten Durchschnittspreis von vier gleich grossen Molken drei Stunden in der Umgebung von Selgiswyl. Zahlung je nach Empfang der offenen Käse. Auf 11. November wird Hänni ein Vorschuss

auf seine Molken behufs Milchzahlung gemacht, zwar zum Zinsfusse von 5 % bis 31. Dezember 1892. Also unterhandelt den 16. August 1892 in Bern. Sig. Fischer & C^{ie}, Rud. Hänni. »

Hänni ayant exprimé quelques doutes sur la solvabilité de Fischer & C^{ie}, il prétend avoir exprimé ces craintes le 23 Août à Fischer, qu'il avait rencontré à Berne à cette date, après quoi Fischer aurait déclaré vouloir se départir du marché, mais se serait ravisé le lendemain. Fischer a contesté cet allégué, et déclaré qu'il s'était engagé, vu les scrupules de Hänni, à payer les fromages à Berne lors du chargement, au lieu d'effectuer ce paiement à Soleure.

Par lettre du 24 Août 1892, Fischer & C^{ie} firent savoir à Hänni qu'ils prendraient la première livraison le 29 Août à Berne, et que le paiement aurait lieu à la gare de Berne, lors du chargement.

Le 26 Août Hänni leur répondit qu'il ne leur livrerait pas les fromages, et le 29 dit, il les livra à un autre acheteur, Bürgi & C^{ie}.

Par lettre du 27 Août à Hänni, Fischer & C^{ie} contestent de nouveau s'être départis du contrat, et demandent à leur vendeur de leur fixer un jour, pour procéder au pesage des premiers fromages à livrer.

Hänni n'ayant rien répondu, Fischer & C^{ie} lui écrivirent, le 3 Septembre suivant, qu'ils concluaient de son silence qu'il ne voulait pas exécuter le contrat, et que, si tel était le cas, ils le rendraient d'ores et déjà responsable du dommage qui résulterait pour eux de ce procédé.

Par lettre du 2 Octobre, l'avocat von Arx à Soleure, au nom de Fischer & C^{ie}, somme de nouveau Hänni d'exécuter la livraison de la marchandise, à défaut de quoi ses clients le poursuivraient juridiquement en paiement de la somme de 5000 francs à titre de dommages-intérêts.

Par lettre du 6 dit, Hänni se refuse à exécuter le contrat, en alléguant de nouveau que celui-ci aurait été résilié d'un commun accord le 23 Août.

Par exploit du 2 Novembre 1892, Fischer & C^{ie} somment