

teilen. Hier weichen nun die mit diesen Verhältnissen und Gewohnheiten wohl in gleicher Weise vertrauten beiden kantonalen Instanzen von einander ab, so daß es sich fragen könnte, ob nicht dem Aktienvervollständigungsbegehren der Kläger zu entsprechen sei. Allein der Thatbestand scheint hinlänglich festgestellt, und für die Ablehnung eines Individualrechts der Kläger sprechen entscheidend folgende Gründe: Zunächst ergibt sich aus den Akten, daß „Droschkenanstalt“ von den Klägern selbst beim Handelsregisteramt als Natur ihres Geschäfts angegeben worden ist, und daß auch noch andere Konkurrenten der Kläger, als die Beklagten, wenigstens in Plakaten, ihr Geschäft als „Droschkenanstalt“ bezeichnen; sodann ist von der Vorinstanz festgestellt, daß der Regierungsrat des Kantons Baselstadt in seinem Geschäftsbericht für das Jahr 1896 den Ausdruck „Droschkenanstalten“ in ganz allgemeinem Sinne für „Droschkenwesen“ braucht, so daß in der That festgestellt scheint, daß in Baselstadt „Droschkenanstalt“ eine für Droschkengeschäfte allgemein gebräuchliche Bezeichnung ist. Dem steht der Umstand nicht entgegen, daß vielleicht gerade die Kläger dadurch, daß sie zuerst jenen Ausdruck gebrauchten, zu dessen Generalisierung beigetragen haben; sie haben dann eben eine Bezeichnung gewählt, welche im Publikum als Bezeichnung nicht ihres Geschäfts allein angesehen werden konnte. Dazu kommt die allgemein gebräuchliche Verwendung des Wortes „Anstalt“ in Verbindung mit andern Worten zur Bezeichnung des Geschäftsbetriebes. Und schließlich ist, in Anlehnung an die Grundsätze des Markenrechts, zu sagen, daß Bezeichnungen, die an sich, ihrer Natur nach, als Geschäfts- oder Sachbezeichnungen leicht angesehen werden können, nicht leichthin zum Monopolgut eines Gewerbetreibenden erklärt werden dürfen; an solchen an sich generellen Bezeichnungen kann nur unter ganz besonderen Umständen ein Individualrecht erworben werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts i. S. Christen-Kesselbach gegen Danioth, Anstl. Samml. Bb. XVII, S. 518, und Weiß, concurrence déloyale, S. 41 f.).

Da sonach das objektive Requisite einer concurrence déloyale, ein Eingriff in ein Individualrecht der Kläger, fehlt, muß die Klage abgewiesen werden und ist auf die Frage eines allfälligen Verschuldens der Beklagten, einer Absicht, Täuschungen zu ihren

Gunsten und zu der Kläger Nachteil hervorzurufen, nicht einzutreten; bemerkt mag nur werden, daß in dieser Hinsicht in den gegenwärtigen Akten gegen die Beklagten jedenfalls nicht genügende Anhaltspunkte vorliegen, um ihnen die Absicht einer concurrence déloyale zur Last zu legen; dies um so weniger, als in den Akten festgestellt ist, daß ihr Geschäft das größere ist, und daher Verwechslungen gewiß auch für sie schädlich sein dürften. Aus den von den Klägern zur Illustration des Geschäftsbetriebes der Beklagten angeführten weiteren tatsächlichen Behauptungen haben sie keine Rechtsansprüche abgeleitet, so daß dieselben nicht zu beweisen waren und, weil bestritten, im vorliegenden Prozesse nicht berücksichtigt werden dürfen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und somit das angefochtene Urteil in allen Teilen bestätigt.

#### 240. Urteil vom 11. Dezember 1897 in Sachen Zimmermann gegen Nebmann.

A. Durch Urteil vom 23. September 1897 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formgemäß die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage: Die Klage sei zuzusprechen. Der Beklagte stellt in seiner Berufungsbeantwortungsschrift die Anträge, es sei auf die Berufung wegen Inkompetenz des Bundesgerichts nicht einzutreten, eventuell sei die Berufung abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 23. Juni 1895 verkaufte der heutige Beklagte, Johann Nebmann in Schwenden, Gemeinde Diemtigen, dem gegenwärtigen Kläger, Josef Zimmermann, Wirt in Fislisbach (Kanton Aargau) einen Buchstier um den Preis von 1600 Fr. nebst einem Trinkgeld von 5 Fr. Der Verkäufer garantierte dem Käufer schriftlich

u. a. „für gute Zuchtfähigkeit des verkauften Stieres,“ sowie dafür, daß der Stier am Schwanz nicht operiert sei, sondern sich beim Züchten einer Kuh durch einen Rückfall etwas strupiert habe. Ferner ist in Art. III des Vertrages festgesetzt, daß der Verkäufer dem Käufer für den Stier bei dessen Übergabe ein gutes Abstammungszeugnis verabreichen müsse. Die Übergabe des Stieres an den Käufer fand am 15. Juli gleichen Jahres im Brodhüsi bei Wimmis statt, unter gleichzeitiger Bezahlung des Kaufpreises nebst Trinkgeld. Der Stier wurde noch am gleichen Tage nach Thun getrieben, von wo er am 17. Juli auf der Eisenbahn in Begleit des Klägers nach Weiach-Kaiserstuhl speziert und von dort nach Fißibach getrieben wurde. Der Stier blieb bis zum 8. Oktober 1895 im Stalle des Klägers, dann wurde er einem Emil Willi in Neckingen zu weiterer Verpflegung übergeben. Mit Brief vom 14. August 1895 teilte der Kläger dem Beklagten mit, er habe den Stier am 9. August zu einer Kuh zugelassen; dabei habe sich aber herausgestellt, daß eine Züchtung nicht möglich gewesen sei, weil der Stier die Kute nicht genügend habe ausschachten können; er bat zugleich um Rücknahme des Stieres gegen Übergabe eines andern, zuchtfähigen. Mit Schreiben vom 20. gleichen Monats und durch rechtliche Anzeige vom 5. September 1895 erneuerte der Kläger seine Reklamation. Da der Beklagte der Aufforderung um Rücknahme des Stieres keine Folge leistete, ließ der Kläger im Januar 1896 einen Beweis zum ewigen Gedächtnis über die Frage, ob der Stier zuchtfähig sei oder nicht, und wenn nein, welche Ursache der Zuchtunfähigkeit zu Grunde liege, durch Zeugen und Expertise aufnehmen; der Beklagte widersetzte sich nicht. Die Resultate desselben sind, soweit nötig, unten mitgeteilt. Auf Grund desselben beschritt der Kläger im März 1896 den Prozeßweg, indem er folgende Rechtsbegehren stellte:

1. Der Kauf vom 23. Juni 1895 sei gerichtlich rückgängig zu machen.

2. Der Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger den gezahlten Kaufpreis von 1600 Fr. nebst 5 Fr. Trinkgeld samt Zins zu 5 % seit 23. Juni 1895 zurückzuerstatten und ihm den Schaden zu ersetzen, der ihm durch Lieferung eines mit einem Gewährs-

mangel behafteten Tieres verursacht worden sei, — gegen Rückgabe des Tieres, eventuell des Steigerungserlöses für dasselbe.

3. Dieser Schaden sei gerichtlich zu bestimmen und der Beklagte zu verurteilen, dem Kläger die Schadenersatzsumme von der Anlegung der friedensrichterlichen Ladung, 28. Dezember 1895, hinweg zu 5 % zu verzinsen, — alles unter Kostenfolge.

Der Beklagte trug auf Abweisung der Klage unter Kostenfolge an. Er gab zu, daß am 1. September und 6. Oktober 1895 erfolglose Zuchtversuche gemacht worden seien, bestritt aber die Bornahme früherer erfolgloser Versuche und die Richtigkeit des Inhaltes der Briefe des Klägers vom 14. und 20. August 1895. Im weiteren nahm er die Standpunkte ein: Er hafte nur dafür, daß der Stier die zugesicherte Eigenschaft im Momente der Übergabe besessen habe, und das sei der Fall gewesen. Der Kläger sei der ihm obliegenden Untersuchungs- und Rügepflicht nicht rechtzeitig nachgekommen und habe insbesondere unterlassen, den Thatbestand ohne Verzug gehörig feststellen zu lassen, weshalb ihm, dem Kläger, die Beweislast, daß der behauptete Mangel schon zur Zeit der Empfangnahme bestanden, zufalle. Eventuell sei der Mangel auf dem Transporte, weiter eventuell im Stalle des Klägers entstanden; übrigens bestehe derselbe zur Stunde nicht mehr und sei eventuell nur vorübergehend. Im Prozesse selbst wurde ein weiterer Beweis durch Zeugen und Expertise aufgenommen. Auf Grund der Zeugenaussagen hat die Vorinstanz festgestellt, es sei vom Kläger am 9. August ein erfolgloser Versuch der Züchtung einer Kuh mit dem Stiere vorgenommen worden, ebenso am 6. Oktober und 1. September 1895. Die in der Beweisführung zum ewigen Gedächtnis ernannten Experten sodann gelangten gestützt auf ihre am 13. Februar 1896 vorgenommene Untersuchung zu den Resultaten: Dem fraglichen Züchtstier fehle es an gutem Willen zum Züchten nicht; auch sei ihm ein Ausschachten der Kute in genügender Weise möglich; dagegen scheine ihm eine hinreichend vertikale Sprungstellung, sowie ein genügend langes Verharren in derselben zur Zeit so erschwert, daß ein auch nur einigermaßen sicheres Züchten nicht möglich sei. Ob Schmerz oder Schwäche, ob ein mechanisches Hindernis oder etwas dergleichen Ursache dieser Sprunguntüchtigkeit sei,

könnte nicht mit Sicherheit eruiert werden, doch sei eine Beziehung derselben zu dem — nachgewiesenermaßen vor der Übergabe des Stieres stattgehabten — Schweifwirbelbruch sehr wohl denkbar. Die Läsion am Schweife sei nicht Folge einer Muskeloperation. Die im Prozesse selbst ernannten Experten geben keine Entscheidung darüber, ob das Abfallen des Stieres bei den Züchtungsversuchen auf einen organischen Mangel oder anatomische Veränderungen, oder aber auf die von ihnen angeführten Umstände — wie Unruhe des weiblichen Tieres, fehlerhafter Bau, namentlich Hochschwänzigkeit und Senkrücken, erhebliche Größenunterschiede zwischen dem männlichen und dem weiblichen Tier — zurückzuführen sei; das stehe ihnen nicht zu und bleibe einzig einer sehr genauen Sektion vorbehalten. Sie bemerken ferner zu dem Vorbringen des Klägers, es seien dem Stier täglich 20 Pfund gutes Heu und Emd und 20 Pfund gebrochener Hafer oder gebrochener Roggen, vermengt mit gemahlener Runkelrüben verarbeitet werden, es sei ihnen völlig unbegreiflich, wie man dem Stier eine solche Menge gebrochener Roggen mit gemahlener Runkelrüben habe geben können; eine Verfütterung so enorm großer Gaben Roggen sei für einen Zuchtstier absolut irrationell und veranlasse, wie die Erfahrung lehre, nebst Verdauungsstörungen sehr häufig Zuchtunfähigkeit. Die Vorinstanz hält endlich den vom Beklagten geführten Gegenbeweis: daß der Stier vor der Übergabe an den Kläger hier und da zum Züchten verwendet worden sei und den Sprung in normaler, naturgemäßer Weise ausgeführt habe, und daß er noch am 4. und 14. Juli 1895 je eine Kuh trächtig gemacht habe, — auf Grund der Zeugenausfagen als gelungen, so daß, wenn auch nicht die gute, so doch die Zuchtfähigkeit des Stieres für jenen Zeitpunkt angenommen werden müsse. In Würdigung dieses Beweisergebnisses hat die Vorinstanz ihr sub Fakt. A mitgeteiltes Urteil gefällt, mit den Begründungen: Der Kläger habe die Untersuchung und Mängelrüge verspätet vorgenommen, und er habe den ihm obliegenden Beweis, daß dem Stier im maßgebenden Zeitpunkte, d. h. zur Zeit der Übergabe, die zugesicherte Eigenschaft der Zuchtfähigkeit gemangelt habe, nicht bewiesen.

2. Den in der Berufungsantwortschrift in erster Linie gestellten

Antrag auf Nichtintreten wegen Inkompetenz des Bundesgerichtes begründet der Beklagte damit: Für den Kanton Bern kommen als Vorschriften der kantonalen Gesetzgebung im Sinne des Art. 890 D.-R. in Betracht das Gesetz vom 30. Weinmonat 1881 (§ 2) und sodann als „ergänzendes Recht“ gemäß § 15 des Einf.-Ges. zum D.-R. die Bestimmungen des D.-R. über Kauf, letztere aber nach konstanter Praxis des bernischen Appellations- und Kassationshofes als kantonales, nicht als eidgenössisches Recht; sonach werde die ganze vorliegende Streitsache vom kantonalen Rechte beherrscht. Nun hat das Bundesgericht den in Frage kommenden Art. 890 in konstanter Praxis (Amtl. Samml. XXII, S. 867 Erw. 4; XXIII, S. 178 Erw. 3, 813 ff. Erw. 2) dahin ausgelegt, das kantonale Recht komme in der Materie des Viehhandels nur zur Anwendung, soweit es Spezialbestimmungen hierüber — sei es bezüglich Gewährleistung gesetzlicher Mängel, sei es betreffend Gewährleistung für vertraglich zugesicherte Eigenschaften — enthalte. Eine solche Spezialbestimmung weist das — hier unzweifelhaft als örtliches Recht in erster Linie zur Anwendung kommende — bernische Recht lediglich auf in § 2 des Gesetzes vom 30. Oktober 1881, wonach beim Handel mit Tieren aus dem Pferde- oder Rindviehgeschlecht Voraussetzung der Haftung für Mängel der Kaufsache ein schriftliches Garantieverprechen ist. Diese Spezialbestimmung steht hier nicht in Frage, und daher müssen die Bestimmungen des D.-R. zur Anwendung kommen, und zwar als Bestandteile des eidgenössischen, nicht des kantonalen Rechtes, da eine gegenteilige Auslegung des Art. 890 D.-R. (welche übrigens von der Vorinstanz in casu keineswegs vorgenommen worden ist) der dieser Vorschrift vom Bundesgerichte gegebenen Interpretation widersprechen würde. Kommt sonach eidgenössisches Recht zur Anwendung, so ist das Bundesgericht zur Überprüfung des angefochtenen Urteils befugt, da die übrigen Voraussetzungen seiner Zuständigkeit nicht bestritten und unzweifelhaft gegeben sind.

3. In der Sache selbst handelt es sich um die Wandelungsklage wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft der Ware, so daß die Art. 243 ff. D.-R. zur Anwendung kommen. Der erste Klageabweisungsgrund der Vorinstanz nun ist der, der Kläger

habe die Untersuchung des Stieres und die Mängelrüge nicht rechtzeitig vorgenommen. Zur Entkräftung dieses Grundes macht der Kläger zunächst geltend, aus den Akten gehe hervor, daß im Kanton Aargau ein Zuchstier erst nach Erlangung einer amtlichen Bewilligung zur Züchtung verwendet werden dürfe; diese Bewilligung sei nun in concreto erst am 5. August 1895 beigebracht worden, so daß der am 9. gleichen Monats vorgenommene Züchtungsversuch als rechtzeitig erscheine. Diese Thatsache ist aktengemäß; allein die kantonale Instanz hat sie nicht in Berücksichtigung gezogen, weil die dahinzielende Behauptung des Klägers zum Klagefundament gehört habe und deshalb in der Klagschrift hätte vorgebracht werden müssen, nun aber erst in der Replik aufgestellt worden sei, so daß sie nach berrischem Civilprozeß nicht gehört werden dürfe. Nun ist zwar die Frage, was alles zum Fundament einer Klage gehöre, nicht prozessrechtlicher, sondern materielrechtlicher Natur, sofern unter „Klage“ der materielle Anspruch verstanden wird; allein prozessualisch ist ohne Zweifel die Frage, in welchem Stadium des Prozesses die das Fundament der Klage bildenden Behauptungen vorgebracht werden müssen, um vom Richter gehört zu werden, und um eine solche Frage handelt es sich hier. Alsdann ist aber das Bundesgericht zur Überprüfung der dem kantonalen Prozeßrecht vom kantonalen Richter gegebenen Auslegung nicht befugt — so rigoros sie auch erscheint — und darf seinerseits auf jene Thatsache ebenfalls nicht abstellen, da es seinem Urteile nur den vom kantonalen Richter nach dem kantonalen Prozeßrecht zu würdigenden Thatbestand zu Grunde zu legen hat. Dagegen entsteht weiterhin die Frage, ob der Kläger die Untersuchung wirklich verspätet vorgenommen hat, wenn man von jener Thatsache absteht. Hier fällt in Betracht: Nach Art. 246 D.-R. hat der Käufer die Beschaffenheit der empfangenen Ware zu prüfen, „so bald dieses nach dem üblichen Geschäftsgange thunlich ist.“ Hierbei sind der Natur der Sache nach auch die Umstände des einzelnen Falles in Berücksichtigung zu ziehen, also in casu namentlich der Umstand, daß der Zeitpunkt der Untersuchung, die hier nichts anderes als ein Züchtungsversuch sein konnte, nicht lediglich im Belieben des Klägers lag, vielmehr dazu noch andere, von seinem Willen un-

abhängige Voraussetzungen, wie namentlich das Vorhandensein geeigneter weiblicher Tiere, notwendig waren. Erwägt man nun, daß es im eigenen Interesse des Klägers lag, den Stier baldmöglichst zu Zuchtzwecken zu verwenden, und daß im Wohnkreise des Klägers die Viehwirtschaft nicht den Hauptnährungsweig der Bevölkerung bildet, so erscheint es als in hohem Grade wahrscheinlich, daß dem Kläger vom 17. Juli bis 9. August 1895 die Gelegenheit zu einem Züchtungsversuche gefehlt hat — eine Annahme, die durch den Umstand bedeutend unterstützt wird, daß vom 9. August bis zum 1. September 1895 wiederum kein Zuchtversuch möglich war. Sonach kann die Untersuchung nicht als verspätet angesehen werden; alsdann ist aber auch die Anzeige des vorhandenen Mangels mit Brief vom 14. August 1895 rechtzeitig erfolgt. Denn es kann, wie das Bundesgericht in feststehender Praxis ausgesprochen hat (vgl. z. B. Amtl. Samml. XVIII, S. 352 f.), die zulässige Rügefrist (gleich wie die Untersuchungsfrist) nicht abstrakt bestimmt werden, sondern es sind die konkreten Umstände zu berücksichtigen, insbesondere das Kaufsobjekt wie auch die Art des Geschäftsbetriebes des Käufers. Da nun in casu einerseits das Kaufsobjekt nicht zur Weiterveräußerung bestimmt, also nicht Handelsware ist, anderseits der Käufer nicht dem Handelsstande angehört, sondern neben seiner Wirtschaft offenbar die Landwirtschaft betreibt, so kann die am fünften Tage nach der Untersuchung vorgenommene Anzeige nicht als verspätet angesehen werden, indem einem Landwirte nicht dieselbe Promptheit in Erledigung seiner Geschäftssachen zugemutet werden darf wie einem Kaufmann.

4. Fragt es sich daher endlich, ob die Mängelrüge des Klägers in casu materiell als begründet erscheint, so hat die Vorinstanz mit Recht den Beweis für das Vorhandensein des Mangels der zugesicherten Eigenschaft dem Kläger auferlegt; denn er hat den streitigen Stier als vertragsgemäßen Leistungsgegenstand in Empfang genommen und macht nun den Wandelungsanspruch als selbständigen Anspruch geltend; er hat daher das Vorhandensein der Grundlage dieses selbständigen Anspruchs zu beweisen (vgl. Amtl. Samml. XV, S. 800), und zwar das Vorhandensein derselben im maßgebenden Zeitpunkte. Als dieser maßgebende

Zeitpunkt aber ist mit der Vorinstanz der Moment der Übergabe des Stieres an den Kläger anzusehen. Nach Art. 204 O.-R. wäre freilich maßgebend der Moment des Vertragsabschlusses; allein durch Art. III des Garantiescheines ist zu jenem maßgebenden Zeitpunkte der Moment der Übergabe gemacht worden. Nun hat die Vorinstanz, wie in Erw. 1 ausgeführt, auf die Würdigung der aufgenommenen Beweise gestützt dem dem Kläger obliegenden Beweis nicht als geleistet angenommen, und an diese Beweiswürdigung ist das Bundesgericht gebunden, sofern sie nicht Verletzungen bundesrechtlicher Bestimmungen enthält oder mit dem Inhalte der Akten in Widerspruch steht. Weder das eine noch das andere ist der Fall. Eine Verletzung einer bundesrechtlichen Norm läge dann vor, wenn das O.-R. eine *præsumptio juris* des Inhaltes aufstellen würde, daß Mängel, die sich eine gewisse Zeit nach der Übergabe zeigen, schon zur Zeit derselben vorhanden gewesen seien; eine solche Bestimmung findet sich aber im Obligationenrecht, entgegen z. B. dem preussischen Landrecht, dem sächsischen B.-G.-B. und der österreichischen Gesetzgebung, nicht. Aber auch von einer Aktenwidrigkeit kann nicht gesprochen werden; die den Zeugenausagen betreffend die Vorfälle vom 9. August 1895 von der Vorinstanz gegebene Würdigung mag zweifelhaft erscheinen, aktenwidrig ist sie jedenfalls nicht; und die Expertengutachten wie die Ausagen der vom Beklagten zur Führung seines Gegenbeweises angerufenen Zeugen sind überall in einem mit dem Inhalte der Akten völlig im Einklang stehenden Sinne gewürdigt worden. Ist danach mit der Vorinstanz der dem Kläger obliegende Beweis als nicht gelungen anzusehen, so muß die Klage, in Bestätigung des angefochtenen Urteils, abgewiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil in allen Teilen bestätigt.

241. Urteil vom 17. Dezember 1897 in Sachen Spar- u. Leihkasse Zofingen gegen Graf u. Konforten.

A. Durch Urteil vom 30. Oktober 1897 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau erkannt: Der Beschluß der Generalversammlung der Spar- und Leihkasse Zofingen vom 6. März 1897 über die Berechnung und Verteilung des Reingewinnes des Jahres 1896 wird im Sinne der vorstehenden Erwägungen aufgehoben.

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag gestellt, es sei in Aufhebung desselben die Klage abzuweisen. In der heutigen Hauptverhandlung erneuert der Anwalt der Beklagten diesen Berufungsantrag. Der Anwalt der Kläger beantragt, die Berufung als unbegründet zu erklären und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagte, „Spar- und Leihkasse Zofingen,“ ist eine Aktiengesellschaft, deren Statuten in Art. 35 folgende Bestimmung enthalten:

„Aus dem jährlichen Reingewinn werden mindestens 10 % dem Reservefonds zugewiesen, bis dieser die Höhe von 200,000 Fr. erreicht haben wird. Nachher unterbleiben solche Zuwendungen.“

„Der Reservefonds, über welchen in den Büchern besondere Rechnung geführt wird, bildet arbeitendes Kapital und ist bestimmt zur Verstärkung der Garantie für die Anstaltsgläubiger, zur Deckung allfälliger Verluste, und nötigenfalls zur Ergänzung der ordentlichen Jahresdividende.“

„Reicht jedoch der Jahresnutzen zur Auszahlung einer Aktien-dividende von 4 % nicht hin, so erhält der Reservefonds keine Zuwendung.“

„Von dem nach obiger Ausstattung des Reservefonds verbleibenden Reingewinn erhalten die Aktionäre vorab eine ordentliche Dividende von 4 %.“

„Von einem Überschuf fallen: