

gage Investement Syndicate ») et qu'au moins dans un cas, concernant le témoin Tell Sandoz, ils ont conclu en réalité des affaires hypothécaires. L'instance cantonale ne prétend pas que ce témoin ne soit pas digne de foi, et rien, dès lors, ne permet de lui refuser créance lorsqu'il dépose sur ses observations propres et personnelles.

7. La demande, en tant que fondée sur l'art. 192, al. 1 CO., doit dès lors être repoussée; elle doit aussi être rejetée en tant que basée sur les art. 18 et suiv. CO., soit sur l'erreur essentielle. Il ne peut d'abord être question d'une erreur sur la personne dans le sens de l'art. 20 *ibidem*, dont l'arrêt attaqué fait état. En effet le demandeur n'était nullement dans l'erreur en ce qui concerne la personne de son co-contratant, et c'est l'erreur sur la personne avec laquelle on contracte qui est seule visée à l'art. 20 précité. Une erreur sur la personne, non pas de la personne avec laquelle on contracte, mais du *debitor cessus*, — dont la partie opposante au recours paraît aussi vouloir faire état, apparaîtrait, non point comme une erreur sur la personne, mais sur l'objet du contrat (art. 19, chiffre 2 CO.). Toutefois il ressort de tout ce qui précède qu'on ne se trouve pas en présence d'une erreur de ce genre; les droits existant réellement sont absolument identiques avec ceux qui ont été cédés, et une erreur ne pourrait exister que sur des circonstances qui ont de l'importance seulement au point de vue de la réalisation de la créance objet de la demande, et nullement en ce qui a trait à son identité juridique; or il est bien évident qu'une semblable erreur ne peut être qualifiée d'essentielle.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est admis, et le jugement rendu entre parties par le Tribunal cantonal de Neuchâtel, les 6 avril et 17 mai 1900, est réformé en ce sens que les conclusions de la demande sont déclarées mal fondées, et que les conclusions libératoires de la partie défenderesse lui sont adjugées.

92. Urteil vom 10. November 1900
in Sachen Egger & Baur gegen Willich & Cie.

Zulässigkeit der Berufung. Letztinstanzliches kantonales Haupturteil, oder Schiedsgerichtsurteil? (Art. 58 Org.-Ges.) — Anwendung eidgenössischen oder ausländischen Rechtes? (Art. 56 und 57 eod.) Kauf; Klage auf Zahlung des Kaufpreises; Wandelungseinrede (Art. 243 ff. O.-R.). Wegbedingen der Gewährspflicht? — Abschluss des Vertrages, Art. 5 O.-R. — Umfang der Gewährspflicht. — Verwirkung der Mängelrüge wegen Verspätung und wegen späteren Veränderungen der gekauften Sache? Verwirkung wegen in Gebrauchsetzung derselben? — Schadenersatz bei Wandelung, Art. 253 O.-R.

A. Durch Urteil vom 21. Juni 1900 hat das Obergericht des Kantons Unterwalden mit dem Wald erkannt:

1. Die Beflagten haben an Kläger 3000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Juli 1899 zu bezahlen, vorbehältlich Kläger nicht vorzieht, innerhalb 14 Tagen vom Inkrafttreten des Urteils an gerechnet, die Presse im Rogloch in natura zurückzunehmen.
2. Die Widerklage sei abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Beflagten und Widerkläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag, es sei ihre der Klage entgegengehaltene Wandelungseinrede begründet zu erklären, und es sei demnach die Klage abzuweisen und die Forderung der Widerkläger von 4000 Fr. nebst Zins und Kosten gutzuheissen. Mit Eingabe vom 20. Juli 1900 erklären die Kläger und Widerbeflagten, sie bestreiten zunächst die Kompetenz des Bundesgerichts; für den Fall aber, daß sich das Bundesgericht kompetent erklären sollte, schließen sie sich der Berufung an und beantragen, es sei das vorinstanzliche Urteil im Sinne einer vollständigen Zusprechung des Klagebegehrens abzuändern und daher zu erkennen: Der Beflagte habe den Klägern 4000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Juli 1899 zu bezahlen. In der heutigen Hauptverhandlung erneuert der Anwalt der Beflagten und Widerkläger seinen Berufungsantrag. Der Anwalt der Kläger und Widerbeflagten hält zunächst an seinem Antrag, auf die Berufung wegen Inkompetenz des Bundesgerichts nicht einzutreten, fest, und macht

zur Begründung dieses Antrages geltend, die Sache sei nicht nach eidgenössischem, sondern nach dem am Wohnort der Kläger und Widerbeklagten geltenden ausländischen Recht zu beurteilen, es gehe auch aus dem angefochtenen Urteil nicht hervor, daß dasselbe in Anwendung des eidgenössischen Rechts ausgefällt worden sei, so daß somit die in Art. 56 D.-G. aufgestellten Erfordernisse der Berufung nicht vorhanden seien; sodann sei der Rechtsstreit gemäß Vereinbarung der Parteien beim Vermittlungsvorstand, mit Umgehung des Kantonsgerichts, direkt beim Obergericht anhängig gemacht worden; das Obergericht habe somit nicht in seiner verfassungsmäßigen Stellung als staatlicher Gerichtshof, sondern in der Stellung eines Schiedsgerichts geurteilt, und es mangle deshalb auch nach Art. 58 D.-G. die Kompetenz des Bundesgerichts. Eventuell beantragt er, die Hauptberufung als materiell unbegründet zu verwerfen, und dagegen die Anschlußberufung gutzuheißen. Der Anwalt der Beklagten und Berufungskläger bestreitet die Nichtigkeit der erhobenen Kompetenzeinrede und beantragt Abweisung der Anschlußberufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die von den Klägern und Widerbeklagten erhobenen Einwendungen gegen die Kompetenz des Bundesgerichts sind nicht begründet. Die vorliegende Streitfache hat allerdings nicht den ordentlichen kantonalen Instanzenzug durchlaufen, indem die Parteien sie statt an das erstinstanzliche Kantonsgericht direkt an die zweite Instanz, das Obergericht, gebracht haben, das Obergericht also thatsächlich nicht als Appellationsinstanz geurteilt hat. Allein dieser Umstand ändert daran nichts, daß das angefochtene Urteil sich als ein in der letzten kantonalen Instanz erlassenes Haupturteil qualifiziert; denn ein zureichender Grund für die von den Klägern und Widerbeklagten vertretene Ansicht, daß nach der nidwaldenschen Gerichtsverfassung bei einem solchen Überspringen der untern kantonalen Instanz das Obergericht nicht in seiner gewöhnlichen Stellung als staatlicher Gerichtshof, sondern als Schiedsgericht urteile, ist nicht vorgebracht worden, und auch nicht ersichtlich. Insbesondere gibt auch das angefochtene Urteil selbst keinerlei Anhaltspunkte, um auf eine schiedsgerichtliche Behandlung der Sache zu schließen. Was sodann das anzuwendende

Recht anbelangt, so geht die Klage auf Bezahlung des Kaufpreises für eine Ziegelpreßmaschine, welche die in Deutschland wohnenden Kläger den in der Schweiz wohnenden Beklagten verkauft und geliefert haben, welcher Klage die Beklagten den Anspruch auf Wandelung und Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung entgegensetzen. Es handelt sich somit um Ansprüche, welche ihrer rechtlichen Natur nach zu einer bundesrechtlich geordneten Materie gehören, und da die Parteien beiderseits sich ausschließlich auf das eidgenössische Recht berufen, und dadurch zu erkennen gegeben haben, daß nach der Vertragsmeinung Inhalt und Wirkung des zwischen ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts nach diesem Recht beurteilt werden sollte, so ist dasselbe gemäß konstanter Praxis des Bundesgerichts anwendbar. Nach welchem Recht, ob nach deutschem oder nach eidgenössischem, die Vorinstanz geurteilt habe, wird in den Entscheidungsgründen nicht ausdrücklich gesagt. Bei diesem Stillschweigen ist aber anzunehmen, daß sie das inländische Recht, welches ja auch einzig von den Parteien angerufen worden ist, angewendet habe. Die Zulässigkeit der Berufung steht demnach auch in Hinsicht auf Art. 56 D.-G. außer Zweifel.

2. In Bezug auf den Vertragsabschluss und die ihm vorangehenden Verhandlungen, und in Bezug auf die Lieferung des Kaufgegenstandes ist hervorzuheben: Auf eine Annonce hin, welche die Beklagten in der Thonindustriezeitung hatten erscheinen lassen, offerierten ihnen die Kläger am 30. Juni 1898 eine „englische Trockenpresse für Ziegelsteine, Kniehebelpresse, bestes System, Leistung 12,000 Steine“ und gaben ihnen sodann am 6. Juli 1898 nähere Auskunft über dieselbe, wobei sie u. a. bemerkten: die Presse sei bisher nur für Chamottesteine verwendet worden; der Preis würde 4000 M. ab Station Homberg betragen, zahlbar per Kasse bei Abnahme mit 2% Sconto oder gegen viermonatliches Accept, Garantien würden die Kläger nicht übernehmen, sie müßten die Beklagten vielmehr einladen, die Presse bei ihnen (in Homberg) zu besichtigen. Mit Schreiben vom 9. Juli bezeichneten die Beklagten den geforderten Preis „für eine gebrauchte Presse, die ohne jegliche Garantien auf blankes Risiko übernommen werden soll“, als einen enorm hohen, und formu-

lierten ihrerseits Kaufsbedingungen, auf welche jedoch die Kläger in ihrer Antwort vom 13. Juli 1898 nicht näher eintraten; sie sprachen indessen die Erwartung aus, daß sie sich mit den Beklagten über den Preis wohl werden einigen können, und bemerkten, sie hätten die Presse der Maschinenfabrik zum Reinigen und Instandsetzen übergeben, und werden den Beklagten mitteilen, wann dieselbe fertig sei. Am 3. November 1898 nahmen die Beklagten die seit diesem Schreiben der Kläger vom 13. Juli ruhende Korrespondenz wieder auf, indem sie fragten, ob die Presse noch zur Disposition stehe und zu welchem äußerstem Preis sie zu haben wäre. Sie wiederholten diese Anfrage am 3. Januar 1899 telegraphisch; mit Brief vom gleichen Tage bestätigten die Kläger den Empfang dieses Telegramms und bemerkten sodann: „Wir waren leider nicht in der Lage, auf Ihren vorhergehenden Brief zu antworten, da ein hiesiger Baumeister die Presse für Sandkunststeine kaufen will und uns ein weit besseres Gebot gemacht hat, als wir Ihnen seiner Zeit offerierten. Die Presse ist in einer hiesigen Maschinenfabrik gebrauchsfertig aufgesetzt, und es handelt sich nur darum, den betreffenden Versuch zu machen, wozu vor der Hand noch keine Gelegenheit war. Da Ihr Vorschlag nun dahin gieng, die Presse für den gleichen Zweck zu benutzen, so wollten wir auf alle Fälle den Versuch erst hier gemacht haben, denn wir wollten nicht das Risiko laufen, daß Sie die Presse als nicht für Ihren Zweck geeignet erklären würden. Wenn der Versuch aber ordentliche Steine hier liefert, wie wir ganz ohne Zweifel annehmen, denn ganz ähnliche Pressen sind für den gleichen Zweck in unserer Nachbarschaft in Betrieb, so haben wir uns dem hiesigen Baumeister gegenüber vorbehalten, Ihnen vorher Mitteilung zu machen und Ihnen auch unter gleichen Bedingungen den Vorzug zu geben.“ Mit Schreiben vom 12. Januar teilten die Beklagten den Klägern mit, daß sie an ihre Adresse 10 Säcke mit Cementrohmehl abgehen lassen, und ersuchten sie, nun mit verschiedenen Wasserzusätzen von circa 4—12% Preßversuche anzustellen, und die Haltbarkeit der Ziegel in der Kälte und Hitze festzustellen. Am 7. Februar teilten die Kläger den Beklagten das Resultat der angestellten Versuche mit, indem sie ihnen schrieben: „Wir teilen Ihnen mit, daß wir gestern Versuche

mit Ihrem Material auf unserer Presse gemacht haben, und unserer Meinung nach eignet sich die Presse in ganz vorzüglicher Weise zur Verarbeitung Ihres Materials. Wir haben der Masse 13% Feuchtigkeit zugefugt, glauben aber, daß sich diese Feuchtigkeit noch herabsenken lassen wird. Wir haben die Presse noch etwas anders einstellen lassen und wollen heute oder morgen die Versuche wiederholen. Die Ziegel, so wie sie aus der Presse kommen, sind sofort transportfähig und lassen sich auf einander setzen, unserer Meinung nach, so hoch man will. Wir fragen nun an, ob Sie jemand nach hier senden wollen, um dem Arbeiten der Presse zuzusehen, oder ob Sie dies nicht für nötig halten. Wenn die Presse einmal so eingestellt ist, wie sie dauernd arbeiten soll, so glauben wir, daß Sie sehr zufrieden sein werden, denn bei Ihrem Material dürfte Verschleiß und Betriebsstörungen auf ein Minimum reduziert sein. Wir haben f. Zt. stark kieselhaltige Chamottesteine damit hergestellt, und obwohl die Verarbeitung dieses Materials im Verhältnis zu dem Ihrigen ganz ungemein schwierig war, so hat uns die Presse doch gute Steine geliefert.“ Auf eine telegraphische Anfrage der Beklagten: „Ist Presse versandfähig, erbitten Kaufsbedingungen“ antworteten die Kläger am 22. Februar, laut Mitteilung der Maschinenfabrik könne sie etwa in 14 Tagen zum Versandt gebracht werden. Es sei noch die Dampfheizung an den Formen anzubringen und der Ventilator, welcher die Dlung der Preßformen besorge, in Ordnung zu bringen. Für die Versuche seien diese Teile nicht angebracht gewesen. Ferner lassen die Kläger sämtliche Pistons mit neuen Messingplatten versehen, worauf sich die Presse genau in demselben Zustande befinden werde, wie die Kläger sie von England erhielten, also sozusagen neu. Als Preis wurde dann der Betrag von 4000 Franken, zahlbar auf eine Anweisung für den 1. Juli 1899, genannt. Die Beklagten schrieben hierauf den Klägern am 27. Februar, sie seien bereit, die von ihnen abzugebende Kniehebelpresse zum Preise von 3200 M. = 4000 Fr. und den übrigen Zahlungsbedingungen anzukaufen, und ersuchen deshalb um möglichst prompte Instandstellung der Presse und alsbaldige Zusendung derselben. Am 3. März erwiderten die Kläger, sie hätten von dem Inhalt dieses Schreibens dankend Vormerkung genommen; die Presse werde voraussichtlich

in 8 Tagen zum Versandt kommen. Am 21. April teilten die Kläger den Beklagten mit, daß die Maschine an ihre Adresse Station Luzern abgegangen sei. Dieselbe kam dann Ende April oder Anfangs Mai an. Am 17. Mai schrieben die Beklagten den Klägern, daß sie s. Zt. die Presse per Bahn richtig erhalten haben, aber in einem Zustande, der jetzt noch eine Betriebsfähigkeit für die nächsten 10—14 Tage gänzlich ausschliesse. Außer den Stellschrauben, die abgebrochen gewesen seien, hätten sie die total defekte Ausrückgabel vollständig mit Excenter, Rolle zc. neu machen lassen müssen, desgleichen sei der Fülltrichter und andere Teile der Maschine so defekt und verrostet und nur mit Farbe übergestrichen, daß sie gegen 1000 Fr. erst zu verausgaben haben, ehe sie mit der Maschine überhaupt in Betrieb kommen können. Am 7. Juni schrieben sie, die Presse sei immer noch nicht betriebsfähig. Am 12. gl. Mts. gaben die Kläger ihnen Anweisung für die Dlung; sie rieten ihnen an, die Dampfheizung einzuführen, und gaben ihnen mit Schreiben vom 22. Juni Anleitung hiezu. Auf eine Reklamation der Beklagten, daß die Ziegel in den Formen hängen blieben, schrieben sie am 27. Juni, dies könnte nur davon herrühren, daß die Formen mit Eisen- resp. Stahlplatten ausgekleidet seien, und Cement bekanntermaßen sich an Eisen festhafte. In diesem Fall müßten die Beklagten natürlich für ihren Zweck die Formen mit Bronze- resp. Messingplatten auskleiden. Jedenfalls müssen sie die Sache ausprobieren und den Verhältnissen anpassen, die bei ihnen vorliegen. Mit Schreiben vom 28. Juli teilten die Beklagten den Klägern mit, daß die angestellten Versuche mit dem Slapparat und der Dampfheizung mißglückt seien; sie würden nun noch, gemäß dem Räte der Kläger, die Formen mit Messing belegen lassen, sollte aber dieser Versuch auch mißlingen, so müßten sie die Presse den Klägern wieder zur Verfügung stellen und sie mit den wegen derselben entstandenen Kosten belasten. Nachdem die Kläger inzwischen Zahlung des vereinbarten Kaufpreises verlangt hatten, erklärten die Beklagten am 7. August, die Presse sei immer noch nicht betriebsfähig, und so lange dieser Zustand dauere, könne von Zahlung nicht die Rede sein. Am 19. Oktober (auf eine nochmalige Aufforderung der Kläger zur Annahme ihrer Tratte hin) teilten die Beklagten den Klägern mit,

daß auch die Einfügung der Messingplatten nicht den geringsten Erfolg ergeben habe. Die Presse erweise sich als absolut betriebsunfähig und die Beklagten seien deshalb genötigt, den Kauf wegen Nichterfüllung der für denselben gestellten Hauptbedingung nunmehr für null und nichtig zu erklären, und vollen Ersatz ihrer direkten Kosten und Barauslagen, sowie auch Entschädigung für Zeitverlust und entgangenen Gewinn im Betrage von 4000 Fr. zu verlangen. Die Kläger erhoben hierauf gegen die Beklagten die gegenwärtige auf Bezahlung des Kaufpreises von 4000 Fr. nebst Zins zu 5% seit dem 1. Juli 1899 gerichtete Klage. Ihr setzten die Beklagten den Wandelungsanspruch entgegen und verlangten außerdem widerlagsweise eine Entschädigung von 4000 Fr. für verursachte Kosten und entgangenen Gewinn.

3. Der Wandelungsanspruch wird darauf gestützt, daß die gelieferte Maschine für den Fabrikationsbetrieb der Beklagten untauglich sei. Hiegegen wenden die Kläger ein, sie seien nicht selbst Maschinenfabrikanten, und haben den Beklagten nicht eine zu ihrem Zwecke konstruierte, sondern eine gebrauchte Maschine verkauft, die sie eine Zeit lang in eigenem Betrieb gehabt, dann aber aus kommerziell-technischen Gründen außer Verieb gesetzt haben. Soweit daher eine Gewährspflicht der Kläger überhaupt bestehe, beziehe sie sich nur auf solche Mängel, welche dieser gelieferten Maschine (der species) anhaften, nicht auch darauf, daß diese Art von Maschine (das genus) für den Zweck der Beklagten dienlich sei; m. a. W. die Kläger haben nicht dafür einzustehen, daß das System der Maschine für die Beklagten passe, sondern (eventuell) nur dafür, daß die Maschine in specio nicht individuelle Mängel habe. Übrigens bestehe überhaupt keine Gewährspflicht der Kläger, weil sie eine solche ausdrücklich wegbedungen haben, und weil zudem die Beklagten die gesetzlichen Formalitäten nicht beobachtet haben, indem speziell eine Mängelkrüge offenbar verspätet erfolgt sei.

4. Was nun zunächst die Behauptung anbetrifft, daß die Gewährspflicht für Mängel des Kaufgegenstandes wegbedungen worden sei, so ist allerdings richtig, daß die Kläger in ihrem Schreiben vom 6. Juli 1899 auf die Frage der Beklagten, unter welchen Garantien die fragliche Presse abgegeben würde, geantwortet

haben, Garantien würden sie nicht übernehmen; allein auf der Basis dieses Schreibens ist der Vertrag nicht abgeschlossen worden. Die Beklagten haben dagegen in ihrer Antwort vom 9. Juli andere Kaufbedingungen aufgestellt, indem sie den Klägern vorschlugen, die Presse zu einer Probe nach Rogloch kommen zu lassen und beifügten, falls sich nach einer circa 14-tägigen Probezeit herausstelle, daß die Leistungen der Presse nicht dem Betrag des Ankaufspreises (den die Beklagten zu 3000 Fr. ansetzten) entsprechen sollte, so übernehmen sie entweder die Rücksendung des Objektes, oder es solle nach gegenseitiger Übereinkunft ein gegenseitig konvenirender Preis festgesetzt werden. Die Beklagten haben also die in dem Schreiben der Kläger vom 6. Juli 1899 gestellten Kaufbedingungen, laut welchen die Garantie wegbedungen war, abgelehnt. Damit war das Zustandekommen eines Vertragsabschlusses für einmal gescheitert, und in den weiteren Vertragsunterhandlungen, die erst mehrere Monate später wieder aufgenommen wurden, sind die Parteien auf den fraglichen Punkt nicht mehr zurückgekommen. Es wurde in denselben eine Garantie weder ausdrücklich vereinbart, noch wegbedungen, so daß sich somit die Haftung der Kläger einfach nach den allgemeinen, gesetzlich normierten Grundsätzen über die Gewährspflicht des Verkäufers für Mängel der Kaufsache bestimmt.

5. Darnach haften die Kläger, gemäß Art. 243 D.-R., nicht nur für gegebene Zusicherungen, sondern überhaupt dafür, daß der Kaufgegenstand nicht solche Mängel habe, welche seinen Wert oder seine Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben, oder erheblich mindern. Diese Haftbarkeit des Verkäufers ist nun freilich nicht so zu verstehen, daß es einfach auf den auf Seite des Käufers vorausgesetzten Gebrauch der Kaufsache ankomme, und demgemäß schlechthin entscheidend sei, zu welchem Zwecke der Käufer die Sache erworben habe. Vielmehr handelt es sich auch hier um nichts weiteres, als um die Pflicht des Verkäufers, den Kauf getreu einer redlichen Vertragsmeinung zu erfüllen, also die Sache zu dem vertragsmäßig vorausgesetzten Gebrauche geeignet zu übergeben. Welcher Gebrauch als vertragsmäßig vorausgesetzt gelten könne, muß sich, abgesehen von besondern Bedingungen der Kontrahenten, aus den Umständen und der Natur

des fraglichen Geschäftes ergeben. Als schlechthin vorausgesetzt wird derjenige Gebrauch zu betrachten sein, dem die Kaufsache gewohnheitsmäßig, ihrer wirtschaftlichen Bestimmung entsprechend, zu dienen hat. Außerdem kann aber ein bestimmter Gebrauch auch dann als vertraglich vorausgesetzt erscheinen, wenn aus den Vertragsunterhandlungen hervorgeht, daß der Käufer die Sache speziell zu diesem Gebrauche erwerben wolle und der Verkäufer ihn durch sein Verhalten in der Erwartung, daß die Sache hierzu tauglich sein werde, bestärkt. Daß nun die Tauglichkeit der fraglichen Presse zu der von den Beklagten beabsichtigten Verwendung schon um deswillen als vertraglich vorausgesetzt zu gelten habe, weil es sich hiebei um die gewöhnliche Gebrauchsbestimmung der Maschine handle, läßt sich allerdings nicht behaupten. Denn die Maschine war von den Klägern als Ziegelpresse bezeichnet und offeriert worden, und daß mit einer Ziegelpresse gewöhnlich auch Cementsteine gepreßt werden, haben die Beklagten nicht dargethan. Dagegen haben sie, in der dem Vertragsabschluß vorangehenden Korrespondenz, den Klägern mit aller Deutlichkeit zu erkennen gegeben, daß sie die Maschine zu diesem letztern Zweck, d. h. zur Fabrikation von Cementsteinen kaufen wollen, und die Kläger haben nicht etwa eine Garantie für die Tauglichkeit zu diesem Zwecke abgelehnt, sondern im Gegenteil ausdrücklich erklärt, daß die Maschine hiefür mit Erfolg verwendet werden könne. So haben die Kläger nicht nur in ihrem Schreiben vom 3. Januar 1899 die Erwartung ausgesprochen, daß sich die Maschine für die Zwecke der Beklagten eignen werde, sondern, um dies feststellen zu können, auch Versuche mit dem ihnen zugesandten Material der Beklagten gemacht, und ihnen hierauf als Resultat dieser Versuche mitgeteilt, daß sich die Presse in ganz vorzüglicher Weise zur Verarbeitung ihres Materials eigne. Aus allem dem ergibt sich, daß der Kauf in der beidseitig bestehenden Meinung und Voraussetzung, daß der Kaufgegenstand zu diesem, den Klägern bekannt gegebenen Gebrauche tauglich sein sollte, abgeschlossen worden ist.

6. Die gerichtlich erhobene Expertise stellt nun fest, daß die gelieferte Presse zwar „an verwendbarer Stelle“ noch einen Wert von circa 4000 Fr. haben dürfte, daß sie aber zur Verwendung als Trockenpresse für Roglocher Cementrohmehl nicht tauglich sei.

Es sei auch ausgeschlossen, daß die Maschine als Trockenpresse mit Koglocher Cementrohmehl bei den Versuchen in Homberg anstandslos funktioniert habe, soweit Maschinenbetrieb in Betracht komme; denn bei den Angaben der Kläger über die von ihnen angestellten Proben ergebe sich, daß diese bei sorgfältigem Handbetrieb vorgenommen worden seien, während hier doch nur ein regelrechter 10 bis 20 Mal schnellerer Maschinenbetrieb in Frage kommen könne; auch bedeute die von den Klägern anerkannte Thatsache, daß die Versuche mit 13% Wasserzusatz ausgeführt worden seien, in Anbetracht des präzisierten Auftrages der Beklagten, sie mit 4—12% Wasserzusatz vorzunehmen, nichts anderes, als daß die Versuche mit annehmbaren Wasserzusätzen mißlungen seien.

7. Gestützt auf diese Feststellungen der Experten muß die Berechtigung der Beklagten zur Wandelung anerkannt werden; denn die Tauglichkeit der Maschine zur Verwendung als Trockenpresse für Koglocher Cementrohmehl bilde nach dem oben Gesagten eine vertraglich vorausgesetzte Eigenschaft des Kaufgegenstandes, bei deren Mangel dem Käufer die in Art. 249 u. ff. D.-R. bezeichneten Rechte zustehen. Daß die Beklagten diese Rechte durch Verspätung der Mängelrüge verwirkt hätten, wird von den Klägern zu Unrecht behauptet. Denn die Mängel, auf welche die Beklagten ihren Wandlungsanspruch stützen, bestehen darin, daß die Maschine sich für die Fabrikation der Beklagten nicht betriebsfähig erwies, und diese Thatsache konnte nicht gleich bei Ankunft der Maschine erkannt und gerügt werden; es bedurfte dazu mannigfacher Proben, was die Kläger selbst dadurch anerkannt haben, daß sie den Beklagten schrieben, sie müssen die Sache ausprobieren und den Verhältnissen anpassen, und daß sie ihnen hiezu mehrfach Ratschläge erteilten. Wie sich aus den Zeugenausagen ergibt, haben die Beklagten mit der Vornahme der Proben nicht gezögert, sondern dieselben sofort begonnen, nachdem die Reparaturen, welche sich bei Ankunft der Maschine als nötig herausgestellt hatten, gemacht waren. Sie haben auch den Klägern jeweilen von dem Resultat ihrer Versuche ungesäumt Kenntnis gegeben, und die Kläger haben die daherigen Reklamationen der Beklagten auch nie aus dem Grunde zurückgewiesen, daß sie verspätet vorgebracht

seien, sondern sie sind ohne einen Vorbehalt nach der Richtung zu machen, auf dieselben eingetreten. Ebenso erweist sich die Behauptung der Kläger, daß der jetzige Zustand der Maschine demjenigen zur Zeit der Übernahme in Kogloch nicht entspreche, als unstichhaltig; denn die Expertise läßt darüber keinen Zweifel, daß die Betriebsunfähigkeit der Maschine nicht etwa auf spätere Veränderungen oder Beschädigungen zurückzuführen ist, sondern auf ihrer, für die Fabrikation der Beklagten ungeeigneten Konstruktion beruht, also auf Mängeln, die in der That schon zur Zeit der Empfangnahme vorhanden waren. Die Vorinstanz hat nun gleichwohl den Wandlungsanspruch abgewiesen, und bloß eine Preisminderung eintreten lassen, indem sie fand, die Beklagten haben dadurch, daß sie die Maschine unmontierten, daran Reparaturen vornahmen und sie in Betrieb setzten, ihren Willen, sich dieselbe anzueignen, bekundet, und dadurch den Wandlungsanspruch verwirkt. Dieser Standpunkt, den übrigens die Kläger in ihrer Klageschrift selbst nicht eingenommen haben, erweist sich jedoch als rechtsirrtümlich. Wenn der Käufer die empfangene Kaufsache trotz ihrer erkennbaren Mängel gebraucht und über sie verfügt, so kann allerdings, wie das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat (vgl. hg. Entsch. XXIV, 2. U., S. 547 C. 6, und 794), hierin der Verzicht auf eine Rückbietetung erblickt werden, aber doch nur dann, wenn in dem Gebrauch oder der Verfügung über die Sache sich der Wille des Käufers bekundet, die Sache trotz jener Mängel als sein Eigentum zu behalten, bezw. als Eigentümer darüber zu verfügen, und auf diesen Willen darf im vorliegenden Falle nicht geschlossen werden, da ja der von der Vorinstanz konstatierte Gebrauch der Maschine unerläßlich war, um die Empfangbarkeit derselben zu konstatieren, und somit den Käufer erst in die Lage versetzen sollte, sich zu entscheiden, ob er die Maschine annehmen wolle oder nicht.

8. Mit der Wandelung ist nach Art. 253 D.-R. die Verpflichtung des Verkäufers verbunden, dem Käufer zum mindesten denjenigen Schaden zu ersetzen, der demselben durch die Lieferung der mangelhaften Sache unmittelbar verursacht worden ist. Hiezu gehört in erster Linie der Ersatz der von den Beklagten ausgesetzten Beträge für Fracht und Zoll, sowie für Reparaturen, die

im Interesse der Instandstellung der Maschine vorgenommen worden sind; in zweiter Linie auch der Ersatz des den Beklagten infolge der Sachmängel in ihrer Fabrikation entgangenen Gewinnes; denn die Kläger wußten, daß die Beklagten die Maschine zum Zwecke einer rationellen Fabrikation von Cementsteinen kauften, und mußten bei Eingehung des Vertrages als dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entsprechende, unmittelbare Folge der Lieferung eines zu diesem Zweck nicht tauglichen Objectes voraussehen, daß die Beklagten nicht mit demjenigen Gewinn arbeiten werden, den sie mit einer vertragsmäßig beschaffenen Maschine erzielen würden. Was nun zunächst die Auslagen für Fracht und Zoll anbetrifft, so ist die dahierige Forderung der Beklagten im Betrage von 474 Fr. 85 Cts. ausgewiesen. Für Verwendungen auf die Maschine (Messingplatten, Eisenblech und Eisenstangen, Gummischläuche und Riemen u. s. w.), sowie Aufwendungen zum Besuche der Proben (Arbeitslöhne, Rohmaterial u. s. w.) bringen die Beklagten im ganzen 1104 Fr. 30 Cts. in Rechnung, allein es fehlt vor allem eine Feststellung des kantonalen Gerichts darüber, ob die von den Beklagten gemachten Anschaffungen infolge der Unbrauchbarkeit der Maschine für sie wirklich wertlos seien, oder ob sie nicht anderweitig verwendet werden können. Für eine genaue Berechnung des positiven Schadens bieten die Akten somit keine genügende Grundlage; ebenso verhält es sich bezüglich der Feststellung des entgangenen Gewinns. Der zu vergütende Schaden ist daher, gemäß Art. 116, Abs. 2 O.-R., vom Richter nach freiem Ermessen, ex aequo et bono zu bestimmen, und es erscheint den Umständen entsprechend, denselben im ganzen auf 2000 Fr. anzusetzen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird als begründet, die Anschlußberufung der Kläger als unbegründet erklärt, und in Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Unterwalden nid dem Wald die Klage abgewiesen, die Widerklage dagegen im Betrage von 2000 Fr. gutzuheißen.

93. Urteil vom 24. November 1900
in Sachen Baumaterialienfabrik Gießhübel gegen
Genossenschaft Schweizerischer Kalkfabrikanten.

Kauf durch Stellvertreter. Person des Verkäufers. Stillschweigende Fortsetzung des Stellvertretungsverhältnisses. Befreiung des Käufers durch Zahlung des Kaufpreises an den Stellvertreter.

A. Durch Urteil vom 31. August 1900 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt:

1. Von der Reduktion der Klageforderung auf 14,404 Fr. nebst Zins à 5 % seit 30. Juni 1900 wird Bormerk genommen und die Beklagte wird als pflichtig erklärt, der Klägerin den genannten Betrag zu bezahlen.

2. Die Widerklage ist abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen:

1. es sei das Urteil aufzuheben,

2. die Klage der Gegenpartei sei abzuweisen.

In der Hauptverhandlung vor Bundesgericht beantragt der Anwalt der Beklagten, die Berufung gutzuheißen, und bemerkt, die Widerklage werde fallen gelassen. Der Anwalt der Klägerin beantragt Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im Januar 1899 ist auf die Dauer von drei Jahren die klägerische „Genossenschaft Schweizerischer Kalkfabrikanten“ gebildet worden, zu dem Zwecke, unter Regelung der Produktion den Absatz von hydraulischem Kalk in der Schweiz und den Grenzgebieten zwischen den Genossenschaftern als Kalkfabrikanten und der Kundschaft zu vermitteln. Diese Vermittlung geschieht statutengemäß durch die „Verkaufsstelle,“ und zwar in folgender Weise: Die Genossenschafter sind verpflichtet, hydraulischen Kalk eigenen oder fremden Fabrikates nur an diese Verkaufsstelle zu Händen der Genossenschaft abzugeben, welche ihren Bedarf ausschließlich von den Genossenschaftern auf eigene Rechnung bezieht; den Verkauf und den Inkasso besorgt einzig und allein die Genossen-