

**51. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. Juni 1919**

i. S. Ostschweiz. Mühlen A.-G. gegen

**Mosterei- und Tafelobstverwertungsgenossenschaft Soherzingen.**

OR Art. 204 Abs. 2: Tatbestandsfeststellung und Beweislastverteilung. Bei nicht «gehöriger» Tatbestandsfeststellung hat der Käufer das Vorhandensein von Mängeln zu beweisen. — Wann ist eine Tatbestandsfeststellung «gehörig»? — nicht wenn bei Uebersendung mehrerer Fässer Zitronensaft nur aus einem eine Probe entnommen wurde.

A. — Im November 1916 verkaufte die Beklagte der Klägerin 6000 bis 8500 Liter garantiert reinen Zitronensaft, disponibel in Romanshorn, franco Romanshorn, in Fässern, zahlbar bei der Ablieferung. Am 23. Dezember 1916 erlegte die Käuferin per Check den Kaufpreis von 9356 Fr. 20 Cts., worauf die Ware in 10 Fässern vom Lagerhaus der SBB in Romanshorn nach Konstanz spediert wurde. Dort kam sie am 28. Dezember 1916 mit Wagen Berlin Nr. 27,577 an. Am 2. Januar veranlasste der Empfänger Winkler, der den Saft von der Klägerin gekauft hatte, die Entnahme einer Probe, um sie von der Konstanzer Untersuchungsanstalt begutachten zu lassen. Ueber den Vorgang bei dieser Probeziehung ist nur folgendes festgestellt: Die Güterexpedition der SBB in Konstanz sagt in einem Bericht an die Kantonsgerichtskanzlei St. Gallen, die im Wagen Berlin 27,577 verladene 10 Fässer Zitronensaft seien am 28. Dezember eingelangt und bis 6. März 1917 in der Güterhalle der SBB eingelagert gewesen. Sie haben in dieser Zeit unter bahnamtlicher und unter deutscher und schweizerischer zollamtlicher Aufsicht gestanden. Bezüglich der Musterziehung aus den Fässern bestehen keine Aufzeichnungen. Die Entnahme sei von zwei schweizerischen Bahnbeamten in Gegenwart des Empfängers und eines deutschen Zollbeamten vor sich gegangen und die Muster dem deutschen Zollamt in Verwahrung gegeben worden. Dieser Bericht

wurde von der Güterexpedition in einer späteren Zuschrift bestätigt und weiter bemerkt, die Uebergabe der Muster an das Zollamt sei sofort erfolgt. Ferner wurde in einem dritten Bericht festgestellt, es haben sich in der kritischen Zeit keine anderen Gebinde mit Zitronensaft in der Güterhalle der SBB in Konstanz befunden. Sodann bestätigt der badische Zollverwalter Wang, «dass die Zitronensaftprobe am 2. Januar 1917 auf Veranlassung des Empfängers, Hch. Winkler in Konstanz, unter Aufsicht eines Zollbeamten aus dem Wagen Nr. 27577 Berlin entnommen und zwecks Untersuchung auf die Einfuhrfähigkeit beim hiesigen städtischen Untersuchungsamt zollamtlich versiegelt wurde».

Am 4. Januar 1917 erstattete die am 2. Januar mit der Begutachtung beauftragte Untersuchungsanstalt Konstanz Bericht, — die mit unversehrtem Siegel eingereichte Probe bestehe aus mit Nachpresse oder Wasser verdünntem Zitronensaft, der im Verkehr beanstandet werden müsste —. Dieses Gutachten wurde am 17. Januar dahin ergänzt, dass der Saft Schimmelgeschmack aufweise und infolgedessen als unverkäuflich zu betrachten sei.

Am 5. Januar hatte die Klägerin der Beklagten unter Beilage einer Kopie des Gutachtens geschrieben, sie müsse ihr angesichts der nachgewiesenen Mängel die ganze Sendung zur Verfügung stellen. Auf diesem Standpunkt beharrte sie in der Folge gegenüber den beklagten Einwendungen, der Saft sei reel, und verlangte ihre Anzahlung zurück.

Die Ware wurde sodann mangels Annahme nach Romanshorn zurückspediert, wobei jedoch von den 10, nach Romanshorn zurückgelangten Fässern zwei andere Nummern aufwiesen als die Fässer, die seinerzeit von Romanshorn nach Konstanz spediert worden waren.

Am 13. Juni 1917 vereinbarten die Parteien, nachdem eine bahnamtliche Versteigerung resultatlos verlaufen war, es solle jedem Fasse eine Probe entnommen und die

Ware dann öffentlich versteigert werden. Ueber diese Probeentnahme sagt ein Kellerbericht der Lagerhausverwaltung Romanshorn vom 22. Juni 1917: « Von Lager Nr. 5757 10 Fass Zitronensaft aus jedem Fass je eine Flasche zusammengeleert. Die Mischung wieder in 10 Flaschen abgezogen und versiegelt. Hievon 8 Flaschen nach Scherzingen, 2 Flaschen zum Aufbewahren.»

Die Versteigerung ergab einen Reinerlös von 725 Fr. 65 Cts. d. h. 8 Fr. 62 Cts. weniger als an Lager- und Frachtspeisen aufgelaufen waren.

B. — In der Folge klagte die Käuferin gegen die Verkäuferin und zwar verlangte sie den Kaufpreis mit 9356 Fr. 20 Cts. zurück und ferner Ersatz der auf ihr haften gebliebenen Spesen mit 8 Fr. 62 Cts.

Zur Begründung der Klage wurde angeführt, die Beklagte habe nicht dem Vertrage und auch nicht den massgebenden deutschen Lebensmittelgesetzen gemäss geliefert, nämlich nicht reinen Zitronensaft. Das ergebe sich unzweifelhaft aus dem Gutachten der Konstanzer Untersuchungsanstalt. Dieser Befund werde bestätigt durch ein von der Klägerin selber eingeholtes Gutachten des thurgauischen chemischen Laboratoriums, das bei Beurteilung der in Romanshorn entnommenen Muster zum gleichen Resultat gekommen sei. Gestützt hierauf, d. h. weil die Ware zum vorausgesetzten Gebrauch nicht verwendbar sei, stehe der Klägerin das Recht zu, den Vertrag zu wandeln und den Kaufpreis zurückzuverlangen. Die Tatbestandsfeststellung in Konstanz vom Januar 1917 sei richtig vorgenommen und die Probe nicht nur aus einem, sondern aus allen Fässern entnommen worden. Ferner habe man die Proben versiegelt und mit unversehrtem Siegel der Konstanzer Untersuchungsanstalt übergeben. Die Identität der in Konstanz untersuchten, mit der von der Beklagten gelieferten Ware könne daher nicht bestritten werden. Auf alle Fälle sei die Klägerin bereit, noch heute an Hand der in Romanshorn gezogenen

Muster den Beweis der Mangelhaftigkeit der Ware darzutun.

Die Beklagte hat hiegegen eine Reihe von Einwendungen erhoben und insbesondere bestritten, dass der von der Konstanzer Untersuchungsanstalt analysierte Saft ihrer Sendung entstamme, beziehungsweise dass das Gutachten richtig sei. Zudem würde eine aus dem Inhalt eines Fasses entnommene Probe hinsichtlich des Inhaltes der übrigen nichts beweisen. Dass das Gutachten der Konstanzer Untersuchungsanstalt nicht ihren Saft betreffe, gehe übrigens daraus hervor, dass die gleiche Anstalt eines der Romanshorner Muster, das sie ihr durch Vermittlung der Lagerhausverwaltung Romanshorn habe zusenden lassen, als reelle Handelsware bezeichnet habe.

C. — Die erste Instanz ordnete eine Expertise an, die gestützt auf die in Romanshorn entnommenen Muster zu dem Resultat kam, die in der untersuchten Ware enthaltenen Werte seien niedriger als sie in reingehaltenen Säften vorkommen, der fragliche Saft dürfe daher nicht als reiner Zitronensaft bezeichnet werden. Gestützt hierauf und da im übrigen die Einwendungen der Beklagten unbegründet seien, schützte das Bezirksgericht die Klage.

Dieses Urteil wurde vom Kantonsgericht bestätigt, nachdem es die eingangs erwähnten Berichte der SBB-Güterexpedition in Konstanz eingeholt und über die in Romanshorn gezogenen Muster neuerdings eine Expertise angeordnet hatte. Die Vorinstanz nahm an, die Identität des von der Konstanzer Untersuchungsanstalt im Januar 1917 untersuchten Zitronensaftes mit dem von der Beklagten gelieferten sei dargetan. Der damals abgegebene Befund der Untersuchungsanstalt schaffe solange Beweis für die Mangelhaftigkeit der Ware, als nicht von der Beklagten der Gegenbeweis der Mangelfreiheit geleistet sei. Dieser Gegenbeweis aber sei der Beklagten nicht gelungen, da die kantonsgerichtlichen Experten

erklären, sie können die Beschaffenheit des im Dezember 1916 gelieferten Saftes an Hand des ihnen zur Verfügung stehenden Probematerials nicht mit Sicherheit bestimmen. Mit Sicherheit gehe aus dem Gutachten nur die vertragsmässige Beschaffenheit eines Fasses hervor, dessen Annahme aber angesichts der Mangelhaftigkeit der übrigen 9 Fässer der Klägerin nicht habe zugemutet werden dürfen. Unter diesen Umständen, und da die erste Instanz die übrigen Einwendungen der Beklagten mit Recht als unbegründet bezeichnet habe, müsse die Klage in vollem Umfange geschützt werden.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Abweisung der Klage eventuell Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz zur Abnahme der vor den kantonalen Instanzen angetragenen Beweise.

Die Klägerin hat auf Abweisung der Berufung antragen lassen.

Das Bundesgericht hat die Berufung grundsätzlich begründet erklärt aus folgenden

#### *Erwägungen :*

1. — Der Hauptantrag der Beklagten vor Bundesgericht gründet sich lediglich noch auf die Behauptung, die Vorinstanz habe die vorliegenden Gutachten nicht richtig gewürdigt und die Beweislast nicht richtig verteilt, denn da die Tatbestandsaufnahme in Konstanz nicht richtig erfolgt sei, müsse die Klägerin die Mangelhaftigkeit der Ware beweisen. Dieser Beweis sei ihr aber nicht gelungen. Hiezu ist zu sagen :

Die Frage, ob die streitige Ware zur Zeit der Ablieferung die Mängel aufgewiesen, aus denen die Käuferin ihr Recht auf Wandelung ableiten will, ist grundsätzlich eine Tatfrage, deren Beurteilung durch die Vorinstanz das Bundesgericht nicht überprüfen kann, soweit nicht Aktenwidrigkeit oder eine bundesrechtliche Bestimmungen verletzende Würdigung des Beweisergebnisses vorliegt. Das letztere

ist der Fall, wenn die kantonale Instanz Beweisregeln, die das Bundeszivilrecht aufstellt, nicht oder unrichtig angewendet hat, insbesondere, wenn sie von einer falschen Verteilung der Beweislast ausgegangen ist, denn diese ist bundesrechtlich geregelt.

Einmal bestimmt Art. 8 ZGB allgemein, derjenige habe das Bestehen einer Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableiten wolle. Sodann aber stellt Art. 204 Abs. 2 für den hier in Frage kommenden Fall des Distanzkaufes die Spezialnorm auf, der Käufer, der eine ihm von einem andern Orte her zugesandte Ware beanstande, müsse den Tatbestand « gehörig » feststellen lassen, andernfalls ihm der Beweis obliege, dass die behaupteten Mängel schon zur Zeit der Empfangnahme vorhanden gewesen seien. Diese Bestimmung schliesst die im deutschen Recht bestehende Kontroverse hinsichtlich der Beweislastverteilung bei Geltendmachung von Mängeln der Kaufsache wenigstens für den Distanzkauf des schweizerischen Rechtes aus. Sie bedeutet, wie in Praxis und Doktrin vorwiegend anerkannt wird, dass wenn der Käufer ohne Verzug den Tatbestand gehörig feststellen lässt, diese Feststellung als Beweis des Vorhandenseins der dabei konstatierten Mängel bis zur Erbringung des Gegenbeweises durch den Verkäufer betrachtet wird, dass aber bei Nichtvornahme oder nicht gehöriger Vornahme dieser Feststellung der Käufer die Nichtempfangbarkeit der Ware beweisen muss. *Revue* 8 Nr. 23, 13 Nr. 17; *Zschr. bern. Jur. V.* 26 S. 427; SCHNEIDER und FICK zu Art. 248 Anm. 18 ff.; *Bl. zch. Rspr.* 7 Nr. 63; OSER S. 505.

2. — Für die Frage, ob die Vorinstanz die Beweislast richtig verteilt hat, ist daher in erster Linie zu prüfen, ob die Käuferin ihrer Pflicht, den Tatbestand sofort gehörig festzustellen, nachgekommen ist.

Dabei ist zunächst zu beachten, dass die dem Käufer beim Distanzkauf in Art. 204 Abs. 2 auferlegte Feststellungspflicht nicht identisch ist, mit der ihm nach Art. 201 schlechthin und bei allen Arten des Kaufes

obliegenden Pflicht, die Beschaffenheit der Ware zu prüfen. Diese letztere Prüfungs- und Untersuchungspflicht reicht nur soweit, als sie den Käufer in den Stand setzen soll, rechtzeitig eine gehörige Mängelrüge zu erstatten. Die Tatbestandsfeststellung des Art. 204 Abs. 2 dagegen verlangt ein mehreres. Schon der Wortlaut zeigt, dass es sich dabei nicht nur um eine Feststellung der Mängel durch den Käufer und für diesen allein, d. h. um ihm die Erhebung einer Mängelrüge zu ermöglichen, handelt, sondern um eine eigentliche Beweisaufnahme. Während es in Art. 201 heisst, der Käufer solle prüfen, also regelmässig selber die Untersuchung vornehmen, sagt Art. 204, der Käufer solle feststellen lassen. Er mutet ihm also eine Feststellung durch einen Dritten, in der Regel durch eine amtliche Person, zu. Dieser Unterschied gegenüber Art. 201 erklärt sich nur, wenn man den beiden Bestimmungen die oben umschriebene, verschiedene Bedeutung beimisst.

Hievon ausgegangen erscheint es zweifellos, dass es bei der Sendung eines Getränkes in 10 verschiedenen Gebinden nicht genügt, überhaupt aus dem Eisenbahnwagen, in dem sich die Fässer befinden, eine Probe zu entnehmen, sondern dass aus jedem einzelnen der Fässer ein Muster genommen werden muss (Bl. zch. Rspr. 7 S. 137) und zwar auch dann, wenn sie eine einheitliche Sendung bilden, und nach dem Kaufvertrag die gleiche Ware enthalten sollen, denn mit der Konstatierung des Inhaltes eines Fasses ist der Inhalt der übrigen noch nicht erwiesen, der Tatbestand also noch nicht festgestellt. Nun hat aber die Vorinstanz keine Feststellungen vorgenommen, ob die Probe, welche der Konstanzer Untersuchungsanstalt am 2. Januar 1917 übergeben wurde, von bloss einem oder mehreren beziehungsweise allen 10 Fässern genommen worden ist. Aus dem Gutachten der Untersuchungsanstalt selbst sodann ergibt sich lediglich, dass sich dasselbe auf eine einzige Probe stützt. Auch die amtlichen Berichte der SBB Güterexpedition in Konstanz

geben über diesen Punkt keine Aufklärung. Sie sprechen allerdings von der Ziehung von Mustern (Pluralis), woher aber diese entnommen worden sein sollen, ist auch nach diesen Berichten nicht ersichtlich und ferner enthalten die Akten im übrigen keine Anhaltspunkte, dass ausser der einen an die Konstanzer Untersuchungsanstalt gegebenen Probe noch andere vorhanden gewesen und von dieser untersucht worden seien, gegenteils spricht der Bericht des Zollverwalters Wang wieder nur von der (also einer) Zitronensaftprobe. Unter diesen Umständen, und da die Beklagte ausdrücklich behauptet hat, es sei nur eine Probe und nur aus einem Fass genommen worden, hätte die Klägerin beweisen müssen, dass die Tatbestandsaufnahme vom Januar 1917 sich nicht nur auf ein Fass, sondern auf mehrere und welche, beziehungsweise auf alle Fässer erstreckt habe. Dieser Beweis ist nicht geleistet, und es muss daher die Tatbestandsfeststellung als nicht gehörig bezeichnet werden.

3. — Unter diesen Umständen und nachdem, was oben über die Beweislastverteilung gemäss Art. 204 Abs. 2 gesagt wurde, hätte die Vorinstanz nicht der Verkäuferin den Beweis der Mangelfreiheit, sondern der Käuferin den der Mangelhaftigkeit der Kaufsache überbinden sollen. Die tatsächliche, lediglich auf dieser unrichtigen Beweislastverteilung beruhende Feststellung des Kantonsgerichtes, es sei mit Ausnahme eines einzigen Fasses die Lieferung der Verkäuferin als mangelhaft zu betrachten, ist daher für das Bundesgericht nicht verbindlich, und es kann sich nur fragen, ob man bei richtiger Verteilung der Beweislast zum gleichen Resultat kommt oder nicht.