

bemüht sich im allgemeinen danach, ob sie bei Anwendung der im Verkehr üblichen Sorgfalt erkennbar sei (s. die citierte Entscheidung des Bundesgerichtes, S. 649, Erw. 4), daneben kommen aber für den einzelnen Fall auch die besonderen Verhältnisse desselben mit in Betracht. Während nun bei den aus Personennamen gebildeten Firmen von Einzelkaufleuten und Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften, sofern es sich um Geschäftsinhaber mit gleichem bürgerlichem Namen handelt, naturgemäß nur verhältnismäßig geringfügige Abweichungen möglich sind, und daher im Verkehr von selbst auf die Einzelheiten dieser Firmenamen genau geachtet wird, verhält es sich nicht so bei denjenigen Firmen, welche frei gewählt werden können. Da ist die Möglichkeit einer augenfälligen Unterscheidung in weitem Maße vorhanden, und es darf im Verkehr davon ausgegangen werden, daß bei diesem weiten Spielraum bei der Wahl der Firmen nach Treu und Glauben verfahren, und zu Verwechslungen führende Namen vermieden werden. Bei diesen Firmen ist daher die Gefahr, daß nahezu gleiche Namen im Verkehr wirklich für gleich genommen werden, erheblich größer, und es kann bei denselben eine Abweichung als ungenügend erscheinen, die, wenn es sich um eine Firma der erstgenannten Kategorie handeln würde, als deutliches Unterscheidungsmerkmal zu betrachten wäre. Fragt es sich nun, ob von diesem Standpunkte aus der die beiden Firmen unterscheidende Zusatz „Oberstraf“, welchen die Firma des Beklagten trägt, hinreicht, um Verwechslungen zu verhüten, so muß dies mit der Vorinstanz verneint werden. Für Fernerstehende ist der Zusatz zweideutig, indem derselbe zu der Annahme verleiten kann, als enthalte er einfach die nähere Bezeichnung des Geschäftstages des Konsumvereins Zürich, bei dem Publikum am Orte selbst aber ist der Zusatz geeignet, die Meinung herbeizuführen, als handle es sich bei dem „Konsumverein Zürich-Oberstraf“ um eine Filiale des Klägers in der zur Stadtgemeinde Zürich gehörenden ehemaligen Gemeinde Oberstraf; hiebei ist namentlich von Bedeutung, daß nach der Feststellung der Vorinstanz die Geschäftskreise der beiden Vereine nicht etwa örtlich getrennt sind, sondern sich beidseitig über das ganze Gebiet der Stadt Zürich erstrecken, und daß insbesondere der Kläger auch Ablagen in Oberstraf besitzt. Daß

in der Tat zu wiederholten Malen Verwechslungen vorgekommen sind, ist vom Kläger nachgewiesen worden.

3. Ergibt sich somit, daß sich die Firma des Beklagten von derjenigen des Klägers nicht mit genügender Deutlichkeit unterscheidet, so erscheint die Klage, soweit sie heute noch im Streit liegt, als begründet, und es braucht nicht untersucht zu werden, ob die Wahl der beklaglichen Firma auf die Absicht, aus der Nachahmung des klägerischen Firmenamens Nutzen zu ziehen, zurückzuführen sei; denn die Klage auf Unterlassung der weiteren Führung einer Firma hat nicht zur Voraussetzung, daß der Gebrauch derselben absichtlich zu illonaler Konkurrenz geschehe, es genügt, daß er unbefugt ist, und dies ist der Fall, wenn die deutliche Unterscheidung von einer bereits eingetragenen Firma fehlt.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird als unbegründet erklärt, und daher das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 23. November 1894 in allen Teilen bestätigt.

31. Urteil vom 22. März 1895 in Sachen Duvanel gegen Waetjen.

A. Mit Urteil vom 7. Dezember 1894 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

1. Den Klägern, Eheleuten Duvanel, sind das erste und das zweite Klagsbegehren zugesprochen.

2. Denselben ist auch das dritte Klagsbegehren zugesprochen für einen Betrag von 29 Fr. 50 Cts., im übrigen sind sie mit diesem Klagsbegehren abgewiesen.

3. Der Beklagte C. A. B. Waetjen ist mit seinem Widerklagsbegehren sub Ziffer 1 abgewiesen; dagegegen ist ihm dasjenige sub Ziffer 2 zugesprochen für einen Betrag von 500 Fr., und es wird demgemäß der Saldo, den der Beklagte den Klägern heraus schuldig bleibt, — vorbehältlich der Rückgabe der im

zweiten Klagsbegehren erwähnten Stockuhr, — festgesetzt auf 1279 Fr. 50 Cts., samt Zins davon à 5 % seit 9. Oktober 1893.

B. Gegen dieses Urteil ergriffen beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht:

a. Die Kläger stellten folgenden Abänderungsantrag:

Art. 3 des Dispositivs des Urteils sei insoweit aufzuheben, als es den Beklagten und Wiederkläger Waetjen mit seinem Widerklagsbegehren zuläßt; es werde demnach auf totale Abweisung des Widerklagsbegehrens geschlossen und beantragt, es sei die vom Beklagten den Klägern geschuldete Summe auf 1779 Fr. 50 Cts. samt Zins à 5 % seit 9. Oktober 1893 festzusetzen.

b. Die Abänderungsanträge des Beklagten lauten dagegen:

1. Die Kläger seien mit dem ersten und zweiten Klagsbegehren abzuweisen.

2. Dieselben seien auch mit ihrem dritten Klagsbegehren abzuweisen.

3. Dem Beklagten sei sein erstes Widerklagsbegehren zuzusprechen.

4. Die dem Beklagten in Zusprechung seines zweiten Widerklagsbegehrens zuerkannte Entschädigung sei angemessen zu erhöhen.

5. Der Saldo, den eine Partei der andern gemäß den Abänderungsanträgen heraus schuldig wird, sei durch das Bundesgericht neuerdings festzustellen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 26. September 1892 vermietete Frau Elise Benoot, welche sich seither mit Charles Duvanel in Genf verheiratet hat, dem Beklagten Carlos A. Pedro Waetjen eine Villa samt Garten in Biel zu einem jährlichen Mietzins von 3000 Fr., die erste Halbjahrsrate von 1500 Fr. zum voraus zahlbar. Dieser Mietvertrag war für ein Jahr abgeschlossen und sollte mit dem 1. Oktober 1892 beginnen. Die Kosten der Wasserbenutzung hatte der Mieter zu tragen. Am gleichen Tage schlossen die Parteien auch einen Mietvertrag über das in der Villa befindliche Mobiliar ab und zwar für die gleiche Zeit wie die Miete der Villa. Der Mietzins wurde festgesetzt auf 500 Fr. zahlbar zur Hälfte zum voraus, zur Hälfte nach Ablauf des Mietjahres.

Beide Mietverträge wurden von der Ehefrau des Beklagten, aber im Namen und mit Einwilligung des letztern abgeschlossen. Der Beklagte befand sich zu dieser Zeit in Algier und kam erst im Januar 1893 nach Biel. Vor dem Vertragsabschlusse hatte Frau Waetjen im Begleit des Notars Lüthy die Mietlokalitäten besichtigt. Laut dem Zeugnis des Lüthy machte Frau Waetjen die Frau Benoot „auf verschiedene Beschädigungen“ aufmerksam, worauf diese erklärte, sie werde alles rangieren lassen. Am 1. Oktober verlangte Frau Benoot Bezahlung des ersten Halbjahrszinses im Betrage von 1750 Fr., welchem Begehren Frau Waetjen nachkam. Sie behauptet indessen, es sei dies erst geschehen, nachdem Frau Benoot ihr nochmals versprochen habe, alles in Ordnung zu bringen. Nach der Aussage der Frau Benoot hätte sich diese Zusage im wesentlichen nur auf Reinigungsarbeiten bezogen. Frau Waetjen behielt ihr Logis im Hotel bei; ließ dagegen ihr Dienstmädchen in der gemieteten Villa wohnen und daselbst Reinigungsarbeiten vornehmen. Am 19. Oktober brachte Klotilde Klenker, welche nach dem Wegzug der Frau Benoot noch in der Villa zurückgeblieben war, und im Auftrag der letztern daselbst die Reinigungsarbeiten anzuordnen gehabt hatte, der Frau Waetjen die Schlüssel zu den Mieträumen. Frau Waetjen behauptet, sie habe die Schlüssel nur unter dem Vorbehalt angenommen, daß die Klenker mit ihr das Haus besichtige, um zu konstatieren, ob die Reparaturen besorgt worden seien; diese habe sich jedoch mit den Worten entfernt, sie müsse sofort verreisen; übrigens sei alles in guter Ordnung. Klägerischerseits wird dagegen behauptet, Frau Waetjen habe die Schlüssel vorbehaltslos entgegengenommen. Am 21. Oktober ließ Frau Waetjen durch den Tapezierer Gräub und den Maler Dür einen Befund über den Zustand der Mieträume vornehmen. Dieselben konstatierten in 13 Zimmern fehlerhafte Tapeten, in verschiedenen Zimmern beschmutzte Fußböden, gespaltene Plafonds, fehlerhafte Storen, Mängel an der Gas-einrichtung, eine Menge zerbrochener Scheiben, u. s. w. Am 22. Oktober schrieb Frau Waetjen an Frau Benoot, welche inzwischen nach Genf übergestedt war, die Villa sei nicht, wie man ihr versprochen habe, in Stand gestellt worden. Es sei folgendes noch zu reparieren und in Ordnung zu bringen: 1. Zer-

brochene Scheiben; 2. Das Gas, welches nicht brenne; 3. Die Decke der Küche sei zu weißeln; 4. Die Tapeten seien zu reparieren in mehreren Zimmern und vollständig zu ändern im Wägdezimmer. Auch seien die Storen in mehreren Zimmern zu reparieren. Frau Benooi werde ersucht, für sofortige Hebung der Mängel besorgt zu sein, damit die Wohnung bezogen werden könne; falls Frau Benooi es wünsche, werde sie selbst die Reparaturen auf ihre Rechnung ausführen lassen. Duvanel antwortete darauf, daß die Notwendigkeit der verlangten Reparaturen nicht anerkannt werde. Am 12. Januar 1892 ließ Waetjen, der unterdessen aus Algier zurückgekehrt war, den Klägern mit Bewilligung des Gerichtspräsidenten von Biel eine Kundmachung zustellen, worin er sie aufforderte, innert fünf Tagen dafür zu sorgen, daß die vorzunehmenden Reparaturen in Angriff genommen werden, widrigenfalls der Mietvertrag als aufgelöst betrachtet werde; überdies behielt er sich vor, die Kläger wegen Schadenersatz zu belangen. Am 18. Januar antworteten die Kläger, sie sehen sich nicht veranlaßt, der erwähnten Aufforderung Folge zu leisten, dagegen halten sie es für tunlich, die ihnen gutschheinenden Reparaturen an Öfen und Fenster Scheiben von sich aus vorzunehmen, obschon dieses nach den getroffenen Vereinbarungen Sache des Mieters gewesen wäre. Am 31. Januar stellte der Beklagte beim Gerichtspräsidentium von Biel das Gesuch, durch Expertise feststellen zu lassen, daß sich die gemietete Villa nicht in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustande befinde. Malermeister Külling und Hafnermeister Weber wurden mit der Expertise beauftragt und gaben am 13. Februar vorgenommenen Augenscheines folgenden Befund ab:

„Die Villa wurde von den bezeichneten Experten am 13. Februar 1893 einem Augenscheine unterzogen und konstatieren dieselben folgendes:

„Die Küche ist in sehr reparationbedürftigem Zustand, schwarz, u. c. und sollte aufgefrischt werden. In den Abritten fehlen teilweise die Gypsplafonds und sollten die Wände frisch bekleidet werden. Im Vestibül ist der Plafond und Wandputz sehr schadhast, verursacht durch das reparationbedürftige Dach über demselben.

„Der Abstieg und Gang zur Küche sind unsauber; ebenso sollte das ganze Stiegenhaus ausgebessert und aufgefrischt werden,

„indem sich Löcher und Fehler in Plafond und Wänden vorfinden. Im Eßzimmer und Salon sind verschiedene Mängel, als: gesprungener Ofen, beschädigte Tapeten, Fehlen einer Türsalle, beschädigte Plafondleiste, eine eingedrückte Füllung am Getäfel, nachhelfen der innern Fensterladen, u. c.

„Im Saal unter der Terrasse fanden sich Wasserlachen auf dem Boden, herrührend vom schadhastem Dache; die Anstriche in diesem Zimmer sind sehr vergilbt und kaum noch zu erkennen; einige Zugjaloufieladen sind unbrauchbar, auch finden sich in den Oblichtern gespaltene Scheiben. Das nordwestliche Zimmer und Zimmer südlich nebenan sind in ihrem jetzigen Zustande unwohnbar und sollten Schreiner-, Maler-, Gypfer- und Tapezierarbeit ergänzt und neu gemacht werden. Im ersten Stock und Dachgeschos sind einige Zimmer noch ordentlich sauber, aber Plafond, Wandverputz und Schreinerarbeit durch starke Risse sehr verunstaltet; andere Zimmer sollten geweißelt, tapeziert und gestrichen werden.

„Die ganze Einrichtung war ursprünglich sehr geschmackvoll und elegant, wurde aber seit der Erstellung nicht mehr unterhalten und befindet sich jetzt in einem Zustande, der zum bewohnen absolut mehr als naturgemäß ausgebraucht bezeichnet werden muß.“

Nach Empfang dieses Befundes deponierte Beklagter die Hausschlüssel zu der Villa beim Richteramt von Biel.

2. Mit Klage vom 30. Oktober 1893 verlangten die Kläger:

I. Bezahlung der auf 1. Oktober 1893 verfallenen zweiten Hälfte des Mietzinses für Wohnung und Mobilien im Betrage von 1750 Fr. nebst Verzugszins seit 9. Oktober gleichen Jahres.

II. Rückgabe einer vermischten zu dem vermieteten Mobilien gehörigen Stockuhr.

III. Bezahlung folgender Auslagen des Klägers:

a. Der Wasserzinse für das zweite und dritte Quartal 1893, zusammen Fr. 28 50

b. Für Reinigungsarbeiten „ 40 80

c. Depositionsgebühr bei Rückerhebung der auf dem Richteramt Biel deponierten Schlüssel „ 1 —

Zusammen, Fr. 70 30

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage und stellte folgende Widerklagsbegehren:

I. Die Kläger seien zur Rückerstattung der vorausbezahlten Mietzinsrate von 1750 Fr. nebst gesetzlichem Verzugszins zu verurteilen.

II. Dieselben seien zu verpflichten, dem Beklagten wegen Nichterfüllung des Mietvertrages gesetzliche Entschädigung zu bezahlen.

Diese Entschädigungsforderung setzt sich aus folgenden Posten zusammen:

a. Für Arbeiten, die der Beklagte im Garten vornehmen ließ.	Fr.	90 —
b. Für vom Beklagten bezahlte Schreinearbeiten	"	7 —
c. Rückvergütung des vom Beklagten bezahlten Wasserzinses für das IV. Quartal des Jahres 1892 und das I. Quartal 1893	"	28 50
d. Kosten der Expertise Gräub und Dür	"	42 —
e. Kosten der Expertise Külling und Weber	"	15 50
f. Honorar des Notars Lütthy für die bei Abschluß und Wiederauflösung des Mietvertrages geleistete Rechtshilfe	"	65 —
g. Ersatz der Hälfte der vom 1. Oktober bis 31. Dezember aufgelaufenen Hotelrechnung (3392 Fr. 45 Cts.)	"	1696 25

3. Der Appellations- und Kassationshof hat mit seinem eingangs mitgetheilten Urteil die Klage grundsätzlich geschützt, das erste Widerklagsbegehren gänzlich abgewiesen, das zweite dagegen teilweise gutgeheißen. Aus der Begründung ist folgendes hervorzuheben: Der Beklagte habe mit Unrecht bestritten, daß ihm das Mietobjekt überhaupt nicht übergeben worden sei; denn nach den Akten sei nicht zweifelhaft, daß ihm die Wohnung nebst dem Mobilien zum Bezuge bereit gehalten worden sei und daß er sie auch übernommen habe; es könne sich daher nur fragen, ob die Mietsache sich bei der Übergabe in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustande befunden habe. Diesfalls müsse durch das Zeugnis des Notars Lütthy als erwiesen angenommen werden, daß bei der Besichtigung der Villa vor Abschluß des Mietvertrages verschiedene Beschädigungen vorhanden gewesen

sein und daß Frau Duvanel der Frau Waetjen bei diesem Anlasse die Zusicherung gegeben habe, sie werde alles rangieren lassen. Ebenso habe Frau Duvanel bei ihrer Abhörung als Eidesdelatin zugegeben, daß sie am 1. Oktober 1892 der Frau Waetjen bei Anlaß der Bezahlung der ersten Mietzinsrate nebst der Vornahme der Reinigungsarbeiten verschiedene Reparaturen versprochen habe. Einen Anhaltspunkt zur genauen Umschreibung des Umfangs der vorzunehmenden Reparaturen gewähre das Schreiben der Frau Waetjen an Frau Benoot vom 22. Oktober 1892. Es dürfe wohl angenommen werden, daß die Versprechungen der Frau Benoot alle in diesem Schreiben hervorgehobenen Punkte umfaßten, obschon sie sich nicht an alle Einzelheiten erinnert habe, dies um so mehr, als nach dem Gutachten Gräub und Dür noch weit mehr Mängel zu heben gewesen wären. Dagegen sei die Geltendmachung weiterer Reklamationen ausgeschlossen, da Frau Waetjen in jenem Briefe erklärt habe, nach Besichtigung des Hauses mit einem Fachmann habe sie jene Reparaturen als notwendig befunden, und sie verlange deren sofortige Vornahme, damit sie einziehen könne. Nun habe aber die in Art. 277 D.-R. geforderte Fristansetzung zur Hebung der Mängel nicht in der richtigen Form stattgefunden. Die amtliche Kundmachung vom 12. Januar 1893 sei laut Zeugnis des Gerichtsschreibers in Abwesenheit der Eheleute Duvanel der Theresie Zündel zugestellt worden, diese aber sei Dienstmagd der Frau Waetjen und nicht etwa Hausgenossin der Frau Duvanel gewesen, und sodann haben die letztern damals ihren Wohnsitz gar nicht in Biel gehabt. Abgesehen davon, ob im übrigen die Voraussetzungen des Art. 277 D.-R. und insbesondere nach so langer Frist, gegeben gewesen seien, habe es daher an einer rechtsverbindlichen Anlegung jener Vorkehr an die Kläger und damit am terminus a quo der angeetzten Frist gefehlt, und schon aus diesem Grunde sei Beklagter nicht berechtigt gewesen, gemäß Art. 277 und 122 D.-R. vom Vertrage zurückzutreten. Übrigens habe Klägerschaft in ihrer Gegenkundmachung vom 18. Januar 1893 sich anheischig gemacht, die ihr gutscheinenden Reparaturen ausführen zu lassen, und wirklich seien denn auch, unter Aufsicht ihres Vertreters, Fürsprech Billichoddy, um jene Zeit verschiedene Arbeiten vorge-

nommen worden. Das zweite Klagsbegehren betreffend ergebe sich aus den eigenen Ausführungen des Beklagten, daß die verlangte Stockuhr im Zeitpunkt der Inventuraufnahme mit dem übrigen Mobilien übergeben worden und noch im Januar 1893, nicht aber am 22. September 1893, bei der Verifikation des Inventars, vorhanden gewesen sei. Entgegen der Behauptung des Beklagten, daß sowohl nach, als auch schon während der Anwesenheit der Magd der Frau Waetjen in dem gemieteten Hause auf Anordnung oder doch mit Genehmigung der Eheleute Duwanel verschiedene Leute jeden Standes ohne jegliche Aufsicht verkehrt hätten, daß solchen öfters die Schlüssel zum Hause herausgegeben worden, und daß nach Vornahme der Hafnerarbeiten die Zimmer offen gelassen worden seien, habe das Beweisverfahren ergeben, daß die Schlüssel nur zu bestimmten Zwecken herausgegeben worden seien, daß die Besichtigung der Villa durch Kaufliedhaber und die Beforgung der Arbeiten unter berufener Kontrolle stattgefunden haben, und daß dazumal die Magd der Frau Waetjen meistens im Hause anwesend gewesen sei. Die im dritten Klagsbegehren gestellte Forderung auf Rückvergütung verschiedener Auslagen hat die Vorinstanz mit Bezug auf den ersten und dritten Posten (Wasserzins und Depositiionsgebühr für die Schlüssel) geschügt, da der Beklagte vertraglich zur Bezahlung der Rechnungen für die Wasserbenutzung verpflichtet gewesen sei, und es sich von selbst verstehe, daß die Schlüssel unentgeltlich zurückzuerstatten gewesen wären, bezüglich der Reinigungsarbeiten dagegen abgewiesen, weil Kläger diese Arbeiten weder näher bezeichnet, noch auch dargetan habe, daß sie notwendig gewesen seien und dem Beklagten obgelegen hätten. Mit der grundsätzlichen Gutheißung der Klage hat die Vorinstanz das erste Widerklagsbegehren sowie die ersten drei Posten des zweiten Widerklagsbegehren abgewiesen, da diese Ansprüche sich auf die behauptete Vertragsauflösung stützten. Bezüglich der Kosten der beiden Expertisen (Posten 4 und 5 des zweiten Widerklagsbegehrens) erklärt die Vorinstanz, daß diese beiden Expertisen nicht nötig gewesen seien, da sich die Parteien über den Umfang der vorzunehmenden Reparaturen geeinigt hätten; es habe daher der Beklagte die dadurch verursachten Kosten an sich zu tragen. Ebensovienig könnte

derselbe den Ersatz des an Notar Lüthy bezahlten Honorars von den Klägern verlangen, denn es sei seine Sache, diesen Letztern zu honorieren, wenn er dessen Mithilfe bei den Unterhandlungen in Anspruch genommen habe. Den Hauptposten des zweiten Widerklagsbegehrens, nämlich die durch den Aufenthalt des Mieters im Bielerhof vom 1. Oktober bis 31. Dezember 1892 entstandenen Auslagen anbelangend, sei richtig, daß eine Reihe von Reparaturen vor dem Einzug des Mieters hätte vorgenommen werden sollen, und es müsse darin, daß die Kläger, trotz mehrfacher Mahnungen, dieser Verpflichtung nicht nachgekommen seien, ein Verschulden erblickt werden, das sie zum Schadenersatz verpflichte. Dagegen könne der Ausmessung der Entschädigung offenbar nicht der Betrag der vom Beklagten im Bielerhof bezahlten Hotelrechnungen zu Grunde gelegt werden, sondern es sei davon auszugehen, daß ihm eine angemessene Entschädigung deswegen gebühre, weil die erforderlichen Reparaturen erst seit Januar 1893 vorgenommen worden seien, während damit auf den Brief der Frau Waetjen vom 22. Oktober 1892 hin hätte begonnen werden sollen. In den Monaten November und Dezember habe sich mithin die Mietsache in einem den vertragsmäßigen Gebrauch derselben beeinträchtigenden Zustande befunden, und da Beklagter mit seinem Anspruche selber nicht über den Dezember hinausgehe, sei demselben somit für diese beiden Monate eine verhältnismäßige Quote des jährlichen Mietzinses zugesprochen; angesichts der von den Vermietern so beharrlich an den Tag gelegten Renitenz erscheine ein Betrag von 500 Fr. nicht als zu hoch gegriffen.

4. In der Berufungsschrift hat der Beklagte seine ursprünglich aufgestellte Behauptung, das Mietobjekt sei ihm überhaupt nicht übergeben worden, nicht mehr festgehalten und zwar mit Recht; denn zur Übergabe des Mietobjektes genügt, wenn dasselbe dem Mieter zum Einzug bereit gehalten wird, und dies ist in casu rechtzeitig geschehen. Mit der Übergabe des Mietobjektes ist jedoch die vertragliche Verpflichtung des Vermieters nicht erschöpft, es genügt nicht, daß die Mietsache überhaupt übergeben werde, sondern sie muß in einem zum vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande übergeben werden; geschieht dies nicht und schließt der Zustand, in welchem die Sache übergeben wird, den vertrag-

mäßigen Gebrauch aus oder schmälert er denselben in erheblicher Weise, so ist der Mieter berechtigt, nach Maßgabe der Art. 122 bis 125 D.-R. vom Vertrage zurückzutreten (Art. 277 D.-R. Abs. 1), unbeschadet seiner Schadenersatzansprüche für den Fall des Verschuldens des Vermieters. Hat freilich der Mieter die Sache vor Abschluß des Vertrages besichtigt und rücksichtlich augenfälliger Mängel derselben nicht reklamiert, so gilt auch dieser mangelhafte Zustand als genehmigt, und der Mieter kann sich nachher nur noch auf solche Mängel berufen, die bei üblicher Besichtigung nicht Jedermann sofort erkennbar sein mußten (s. Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen XV, S. 285, Erw. 2 u. f.). In casu behauptete nun der Kläger, es sei eine solche Genehmigung seitens der Frau Waetjen in der Tat erfolgt und dadurch auf das Rücktrittsrecht Verzicht geleistet worden. Wichtig ist, daß Frau Waetjen vor Abschluß des Mietvertrages eine Besichtigung der Villa vorgenommen hat; allein es steht ebenso nach den Akten fest, daß sie bei diesem Anlaß die Vermieterin auf verschiedene Beschädigungen aufmerksam machte, und daß diese ihr versprochen hat, alles in Ordnung zu bringen; danach kann davon keine Rede sein, daß diese Besichtigung den Rechten der Beklagten irgendwie präjudiziert habe. Auch die übrigen Momente, welche die Kläger für die Annahme eines Verzichts auf das Rücktrittsrecht der Beklagten angeführt haben, sind nicht stichhaltig. In der Vorausbezahlung des Mietzinses kann ein solcher Verzicht nicht erblickt werden; nachdem der Frau Waetjen der mangelhafte Zustand des Mietobjektes bekannt war, hätte sie allerdings die Zahlung, obschon diese gemäß Vertrag zum voraus zu geschehen hatte, bis zur Hebung der Mängel verweigern können; wenn sie es unterließ, vergab sie jedoch ihren Rechten nicht, zumal, wie die Vorinstanz feststellt, die Zahlung erst auf erneutes Versprechen der Vermieterin hin erfolgte. Auch in der Annahme der Schlüssel liegt eine Genehmigung der Mietsache nicht, denn auch bei diesem Anlaß machte Frau Waetjen ihre Reklamationen wiederum geltend, und was schließlich die Installation der Magd in die gemiete Wohnung anbetrifft, so erfolgte dieselbe allerdings in der Voraussicht des Bezuges durch den Mieter, aber ebenso in der Erwartung, daß die Reparaturen wirklich vorgenommen werden.

5. Die Vorinstanz betrachtet jedoch den Rücktritt des Beklagten aus dem Grunde als ungültig, weil die am 12. Januar 1893 erfolgte Fristansetzung zur Hebung der Mängel den Klägern nicht gehörig angelegt worden sei; ferner erklärt sie es als zweifelhaft, ob diese Fristansetzung nach so langer Zeit überhaupt noch zulässig gewesen sei. Dieser Zweifel erscheint indessen als unbegründet. Frau Waetjen hat ihre Reklamationen jedenfalls rechtzeitig angebracht und die Kläger haben zugegeben, daß sie von denselben jeweilen sofort Kenntnis erhalten haben; sie wußten daher bereits seit dem Oktober 1892, daß der Mieter den Zustand der Mietsache beanstandete; aus dem Briefe der Frau Waetjen vom 22. Oktober wußten sie speziell, daß dieselbe die dort aufgezählten Reparaturen verlange, um überhaupt einziehen zu können. Da die Kläger diese Reklamation absichtlich ignorierten, so können sie sich nicht darauf berufen, daß ihnen früher Frist zur Hebung der Mängel hätte angesetzt werden sollen. Was sodann die Form der Fristansetzung anbetrifft, so hat der Beklagte hiezu den Weg der amtlichen Kundmachung gewählt und sich dabei allerdings an eine unzuständige Behörde gewendet, indem zu einer amtlichen Kundmachung nicht das Richteramt Biel, sondern die Behörde des Wohnortes der Kläger, d. h. diejenige von Genf, zuständig war. Allein der Beklagte war an diesen Weg nicht gebunden; nach Art. 122 D.-R. hatte er die Wahl, ob er dem in Verzug befindlichen andern Teile von sich aus eine angemessene Frist ansetzen, oder hiezu sich der zuständigen Behörde bedienen wolle. Nun liegt kein Grund vor, der Kundmachung des Beklagten die Wirkungen einer außergerichtlichen Fristansetzung zu versagen; dieselbe ist den Klägern unbestrittenermaßen zugekommen, und zwar, wie sich aus dem Zeugnis des damaligen Anwaltes der Kläger, Fürsprech Pillichody, ergibt, spätestens am 16. Januar; denn dieser Zeuge erklärt, daß schon am 17. Januar Anordnungen zu den Reparaturen getroffen worden seien. Die Fristansetzung ist also richtig erfolgt und die fünfjährige Frist, gegen deren Angemessenheit keine Einwendungen erhoben worden sind, nahm mit diesem Tage ihren Anfang.

6. Welche Reparaturen verlangt werden, ist in der Kundmachung vom 12. Januar nicht gesagt; es muß jedoch ange-

nommen werden, daß die in dem Briefe der Frau Waetjen vom 22. Oktober 1892 aufgezählten gemeint gewesen seien. Die Verpflichtung zu weiteren Reparaturen, als den daselbst genannten, hat die Vorinstanz ausdrücklich verneint, und der Beklagte hat sich in der Berufungsschrift dieser Auffassung gefügt. In der Antwort zur Klage hat nun Beklagter behauptet, die Mängel, deren Beseitigung verlangt worden sei, haben sich auch bei der Expertise vom 15. Februar vorgefunden; dagegen haben die Kläger in der Replik erklärt, sie hätten nach der Hand mehrere Reparaturen von sich aus besorgen lassen, nämlich: Herstellung der zerbrochenen Fensterscheiben, Reparaturen der Öfen und Gas-einrichtungen und Anbringung neuer Tapeten im Wägdezimmer. Diese Behauptung ist vom Beklagten in der Duplik nicht bestritten, sondern einfach mit der Bemerkung beantwortet worden, was Herr Duval „nach der Hand“ für Reparaturen habe machen lassen, sei irrelevant; sie wird auch nicht etwa durch den Expertenbericht vom 15. Februar widerlegt. Danach ist aber als festgestellt zu betrachten, daß die Kläger in der Tat die genannten Reparaturen haben ausführen lassen. Auf Grund der Zeugenaussage Pillichody darf weiter angenommen werden, daß diese letztern auch innerhalb der angesetzten fünftägigen Frist in Angriff genommen worden seien. Nun waren allerdings von Frau Waetjen in ihrem Schreiben vom 22. Oktober weitere Reparaturen verlangt und von den Klägern gemäß der Feststellung der Vorinstanz auch übernommen, jedoch nicht ausgeführt worden, nämlich Reparaturen der Tapeten in mehreren Zimmern, und der Storen, sowie das Weißeln der Küche. Es muß sich daher fragen, ob der Beklagte dadurch, daß diese Reparaturen trotz seiner Aufforderung nicht ausgeführt worden sind, das Recht erlangt habe, nach Ablauf der angesetzten Frist vom Vertrag zurückzutreten. Dies hängt nach dem bereits Gesagten davon ab, ob die diesfalls zu hebenden Mängel den vertragmäßigen Gebrauch der Wohnung ausgeschlossen oder in erheblicher Weise geschmälert haben würden. Nun ist nicht zu bestreiten, daß solche Mängel an sich geeignet sind, den Gebrauch einer herrschaftlichen Wohnung erheblich zu schmälern. Hier handelte es sich zweifellos um eine solche Wohnung, allein es kommt in Betracht, daß dieselbe wie aus dem

Expertengutachten Külling und Weber hervorgeht, seit ihrer Erstellung nicht mehr unterhalten worden war und sich im ganzen in einem mehr als ausgebrauchten Zustande befand. Dieser allgemeine Zustand war der Frau Waetjen beim Vertragsabschlusse bekannt und sie hat nach der Feststellung der Vorinstanz darauf verzichtet, daß die Vermieter eine vollständige Renovation vornehmen, sondern lediglich die in dem Briefe vom 22. Oktober 1892 bezeichneten Reparaturen verlangt. Der Beklagte hat somit eine Villa gemietet, die sich augenscheinlich in keinem guten Zustande befand; er machte daher offenbar selber keine Ansprüche auf diejenige Eleganz und Behaglichkeit, welche eine in tadellosem Zustande befindliche herrschaftliche Wohnung gewährt, wonach denn auch bei der Beurteilung der einzelnen Mängel nicht derjenige Maßstab angelegt werden darf, der bei der Miete herrschaftlicher Wohnungen allgemein anzuwenden ist. Bei dieser Betrachtung ergibt sich, daß die von Frau Waetjen in ihrem Schreiben vom 22. Oktober 1892 gerügten, aber von den Klägern nicht gehobenen Mängel nicht der Art waren, um den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Villa erheblich zu schmälern oder gar auszuschließen. Das Vorhandensein dieser Mängel berechnigte daher den Beklagten nicht zum Rücktritt auf Grund des Art. 277 D.-R., sondern lediglich zu einem Vorgehen nach Art. 111 desselben, d. h. dazu, einen verhältnismäßigen Abzug an Mietzins zu verlangen, oder die Reparaturen auf Kosten des Vermieters selbst vornehmen zu lassen.

7. Die Entscheidung der Vorinstanz ist somit hinsichtlich des ersten Klagsbegehren und des ersten Widerklagsbegehren zu bestätigen. Das gleiche trifft auch zu hinsichtlich des auf Rückgabe der vermieteten Stocuhr gerichteten zweiten Klagsbegehrens. Es ist unbestritten, daß diese Stocuhr nebst dem andern Mobilien bei Antritt der Miete übergeben worden war. Damit war die Pflicht des Beklagten zur Rückgabe derselben begründet und er konnte sich hievon nur befreien, als er nachwies, daß ihn an dem Abhandkommen derselben keinerlei Verschulden treffe, d. h. daß die Rückgabe durch Umstände, die von ihm nicht zu verantworten sind, unmöglich geworden sei (Art. 110 und 145 D.-R.). Einen solchen Nachweis hat der Beklagte nicht geleistet, während ander-

seits feststeht, daß die Stockuhr nicht zurückgegeben worden ist. Über das Abhandenkommen derselben hat Beklagter keine Angaben machen können; aus den Akten ergibt sich bloß, daß dieselbe in der Zeit vom Januar bis Ende September 1893 abhanden gekommen sein muß. Nun hatte aber der Beklagte während dieser Zeit den Gewahrsam an den Mietsachen und trug daher während derselben auch die Verantwortlichkeit dafür. Dadurch, daß er die Schlüssel beim Gerichtsschreiber von Biel deponirte, konnte er sich dieser Verantwortlichkeit nicht entziehen; denn diese Deposition war unbestritten nicht etwa eine gerichtliche Hinterlegung der beweglichen Mietobjekte im Sinne des Art. 107 D.-R.; zu einer solchen wäre Beklagter, da er vom Vertrage nicht zurücktreten konnte, nicht befugt gewesen; auch geht aus den Akten nicht einmal hervor, daß den Klägern von der Deposition Kenntnis gegeben worden sei. Der Gewahrsam an den Mietsachen verblieb daher auch nach der Abgabe der Schlüssel beim Beklagten und damit auch die Pflicht zur Obhut über jene.

8. Das dritte Klagsbegehren ist in dem von der Vorinstanz gutgeheißenen Umfange zuzusprechen. Von Seite der Kläger ist in diesem Punkte keine Weiterziehung erfolgt und der Beklagte folgert die Unbegründetheit der den Klägern zugesprochenen Posten lediglich aus der behaupteten Auflösung des Vertrages. Diese Anfechtung fällt aber dahin, nachdem sich ergeben hat, daß der Beklagte zum Rücktritt vom Vertrage nicht berechtigt war.

9. Was die Widerklage anbetrifft, so ist mit der Gutheißung der Klage das erste, nicht aber auch das zweite Widerklagsbegehren erledigt; denn unabhängig von der Befugnis des Mieters, in dem in Art. 277 Abs. 1 vorgesehenem Falle dem Vermieter zur Instandstellung der Mietsache Frist anzusetzen, um dann bei fruchtlosem Ablauf derselben vom Vertrage zurückzutreten, besteht das weitere Recht desselben auf entsprechende Minderung des Mietzinses, soweit die Kläger ihre Verpflichtungen nicht erfüllt haben, sowie nach Art. 277 Abs. 3 auf Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entstanden ist, daß der Vermieter schuldhafter Weise die Sache in einem nicht vertragsmäßigen Zustand übergeben hat, insbesondere dem Mieter Auslagen erwachsen sind, die

er nicht gehabt hätte, wenn er von der Sache den vertragsmäßigen Gebrauch hätte machen können. Nun hat sich der Beklagte und Widerkläger nicht deutlich ausgesprochen, ob er seine Entschädigungsforderung nicht nur als eigentliche Schadenersatzforderung in letzterem Sinne, sondern auch als Minderungsklage geltend mache. Die Vorinstanz hat dieselbe jedoch offenbar als Minderungsklage aufgefaßt und nur in diesem Sinne grundsätzlich gutgeheißen. Da die Kläger und Widerbeklagten gegen diese Auffassung nicht opponiert haben, liegt keine Veranlassung vor, von derselben abzugehen.

10. Was nun zunächst die in den Posten 1 bis 6 des zweiten Widerklagsbegehrens geforderten Beträge anbetrifft, so ist aus der Berufungsschrift des Beklagten nicht mit Sicherheit zu entnehmen, ob an denselben festgehalten werde, oder ob die Berufung sich nicht vielmehr lediglich auf den Entscheid bezüglich des Hauptpostens, den Ersatz der Hälfte der Hotelrechnung betreffend, beziehe. Indessen müßten diese sechs ersten Posten aus den von der Vorinstanz angeführten Gründen ohne weiteres abgewiesen werden, und kann es sich in der That ernstlich nur noch um den genannten Hauptposten handeln. Hierbei erscheint es den Verhältnissen durchaus angemessen, wenn die Vorinstanz den Beklagten und Widerkläger berechtigt hat, wegen des Minderwerts, den die Wohnung in Folge der hervorgehobenen Mängel hatte, einen Abzug von 500 Fr. zu machen, nachdem Beklagter und Widerkläger seine Entschädigungsforderung selbst nur für die Zeit bis Ende Dezember 1892 berechnet, und auch in der Berufungsschrift gegen die Berechnung der Vorinstanz hinsichtlich der Zeit keinen Widerspruch erhoben. Mit dieser Forderung auf Minderung des Mietzinses sind nun aber nach dem Gesagten die Ansprüche des Widerklägers nicht erschöpft. Derselbe ist vielmehr, da die Kläger offenbar ein Verschulden trifft, gemäß Art. 277 Abs. 3 D.-R. berechtigt, den Klägern auch die Mehrausgaben zu verrechnen, die ihm daraus entstanden sind, daß er, bezw. seine Frau, die Wohnung bis zur Vornahme der Reparaturen nicht beziehen und während dieser Zeit im Gasthof logieren mußte. Auch hier fällt auf Grund der Widerklage, so wie sie gestellt ist, nur die Zeit bis Ende Dezember 1892 in Berücksichtigung, für welche die Auslagen

nicht, wie Beklagter behauptet, 3392 Fr. 45 Cts., sondern nur 2305 Fr. betragen. Eine genaue Substanzierung enthält die Widerklage hinsichtlich dieser Mehrauslagen nicht; der Widerkläger hat einfach seine Gasthofrechnung eingelegt; allein aus derselben ist nicht ersichtlich, welche Ausgaben beim rechtzeitigen Bezug der Wohnung erspart geblieben wären, da namentlich die Berechnung des Logis von den übrigen Pensionskosten nicht ausgeschieden ist. Unter freier Würdigung der Umstände, welche bei Feststellung des Schadenersatzbetrages gemäß Art. 116 O.-R. einzutreten hat, insbesondere auch in Berücksichtigung des renitenten Verhaltens der Kläger, erscheint es angemessen, dem Beklagten und Widerkläger für gehabte Mehrauslagen einen Betrag von 250 Fr. zuzusprechen, namentlich in Berücksichtigung des Umstandes, daß jedenfalls die Anstellung eines Diensthofen für jene Zeit für den Beklagten nutzlos war.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Kläger wird als unbegründet, diejenige des Beklagten dagegen teilweise begründet erklärt und Dispositiv 1 bis 3 des Urteils des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 7. Dezember 1894 dahin abgeändert, daß der Beklagte verpflichtet wird, den Klägern die verlangte Stockuhr zurückzugeben und an dieselben die Summe von 1029 Fr. 50 Cts. samt Zins zu 5 % seit 9. Oktober 1893 zu bezahlen.

32. Urteil vom 30. März 1895 in Sachen Compagnie Singer gegen Furrer.

A. Mit Urteil vom 21. Dezember 1894 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt: Dem Beklagten F. Furrer ist die gestellte Verjährungseinrede zugesprochen.

B. Gegen dieses Urteil ergriff die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht, indem sie den Antrag stellte, es sei der Beklagte mit seiner Verjährungseinrede abzuweisen, und es seien die Akten dem Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern

zum Zwecke der materiellen Beurteilung des Rechtsstreites Compagnie Singer gegen Furrer zuzustellen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im März 1890 erhob die Compagnie Singer, Nähmaschinenhandlung in New-York, Filiale Bern und Luzern, gegen F. Furrer, Nähmaschinenhändler in Bern, beim Richteramt Bern Klage auf Bezahlung einer Schadenersatzsumme von 3001 Fr., samt 5 % Zinsen von der Klageerhebung hinweg, indem sie geltend machte, Furrer habe in unerlaubter Weise die Singer'schen Nähmaschinen beim Publikum herabgewürdigt. Nach durchgeführter Zeugeneinvernahme erließ der Gerichtspräsident von Bern am 19. Januar 1892 an die Klägerin, Filiale Bern und Luzern, die Aufforderung, ihre sämtlichen Geschäftsbücher der letzten zehn Jahre, Kontrollen, Couchen u. s. w. innert vier Wochen auf dem Richteramt Bern zu hinterlegen. Am 23. Februar stellte die Klägerin das Gesuch um Einschränkung der Editionspflicht sowohl ihrem Umfange nach, als auch in dem Sinne, daß die betreffenden im Bureau der Klägerin in Genf befindlichen Urkunden dort einzusehen seien. Hierauf änderte der Gerichtspräsident von Bern mit Verfügung vom 13. April, zugestellt den 22. April 1892, die Editionsaufrorderung vom 19. Januar dahin ab, daß er der Klägerin gestattete, die in Genf befindlichen Urkunden auf der Gerichtskanzlei in Genf zu deponieren. Beide Parteien erhoben gegen diese Verfügung Beschwerde beim Appellations- und Kassationshof; dieser erklärte durch Erkenntnis vom 10. September 1892 die Gestattung der Deposition in Genf für ungeseklich und hob die angefochtene Verfügung auf. Am 13. Oktober 1892 wurde dieser Entscheid den Parteien zur Kenntnis gebracht. Am 13. Oktober 1893 erließ der Gerichtspräsident von Bern an den Beklagten eine Notifikation, worin er demselben mitteilte, daß die Klagepartei eine Reihe der von ihm angerufenen Urkunden auf der Gerichtsschreiberei Bern deponieren werde, und daß es ihm frei stehe, dieselben innert der auf drei Tage angelegten Hinterlegungsfrist einzusehen.

2. Gestützt auf diese Tatsachen erhob der Beklagte der Klage gegenüber die Einrede der Verjährung, indem er behauptete, der Prozeß habe mehr als ein Jahr lang geruht. Der Appellations-