

druckten Bedingungen die Auslieferung des Depositums an den Deponenten oder einen von ihm hiezu genügend Bevollmächtigten. Er ist also weder Inhaber- noch inoffizielles Papier, sondern ein gewöhnliches Namenpapier, welches, wie übrigens schon seine äußere Form zeigt, gar nicht zur Circulation bestimmt ist. Allerdings enthalten die aufgedruckten Bedingungen die Vorschrift, die Auslieferung des Depositums erfolge gegen die Rückgabe des quittierten Depositen Scheines. Allein diese Klausel stempelt den Depositen Schein nicht zum Wertpapier, bei welchem der Schuldner nur gegen Rückgabe der Urkunde oder gegen ein dieselbe vertretendes, auch gegen Dritte wirksames gerichtliches Amortisationsdekret zur Erfüllung verpflichtet ist. Vielmehr anerkennt das Obligationenrecht als Wertpapiere, bei welchen dies zutrifft, wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung in Sachen Hauerer gegen Zürcher Kantonalbank vom 21. Juni 1884 (Amtl. Samml. der bundesger. Entsch., Bd. X, S. 281 ff.) ausgesprochen hat, (abgesehen von den dem kantonalen Rechte vorbehaltenen grundversicherten Papieren) nur Wechsel, Ordre- oder Inhaberpapiere. Für alle übrigen verbrieften Forderungen gilt nach dem Obligationenrecht einfach die Regel des Art. 105 Abs. 1 dieses Gesetzes, wonach, wenn der Gläubiger behauptet, der Schuldschein sei abhanden gekommen, der Schuldner bei der Zahlungsleistung fordern kann, daß der Gläubiger die Entkräftung des Schuldscheines und die Tilgung der Schuld in einer öffentlichen oder beglaubigten Urkunde erkläre. Die erwähnte Klausel des Depositen Scheines enthält in der That, gegenüber dem gemeinen Rechte der verbrieften Forderungen, wonach gemäß Art. 102 D.-R. der Schuldner bei gänzlicher Tilgung der Schuld die Rückgabe des Schuldscheines verlangen kann, kaum etwas außergewöhnliches. Es hat denn auch die Anwendung von Art. 105 Abs. 1 D.-R. auf den fraglichen Depositen Schein keinerlei Gefährdung des Schuldners zur Folge, da die Forderung aus dem Scheine eben nur nach den gewöhnlichen Regeln der Cession übertragbar ist. Daß der Gläubiger die Behauptung, der Schuldschein sei abhanden gekommen, persönlich aufstellen müsse, nicht auch sein Stellvertreter diese Behauptung in seinem Namen aufstellen könne, ist offenbar unrichtig, denn es gehört ja die Aufstellung

dieser Behauptung zur Geltendmachung desjenigen Anspruchs zu dem der Stellvertreter befugt ist.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen, und daher das Urteil des Kantonsgerichtes des Kantons St. Gallen vom 10. November 1896 in allen Teilen bestätigt.

32. Urteil vom 22. Januar 1897 in Sachen  
Bloch gegen Schlumberger.

A. Durch Urteil vom 23. November 1896 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Es wird das erstinstanzliche Dispositiv bestätigt.

Das erstinstanzliche Urteil ging dahin, die Beklagten seien zur Zahlung von 2500 Fr. nebst 5 % Zins seit dem 24. Juli 1896 und von 47 Fr. an den Kläger verurteilt.

B. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag, das Bundesgericht wolle dasselbe gemäß Art. 79, Abs. 2 des Organis.-Ges. über die Bundesrechtspflege aufheben und die Sache zu neuer Entscheidung an das kantonale Gericht zurückweisen. Eventuell sei der Kläger in Aufhebung des angefochtenen Urteils mit seiner Klage abzuweisen, alles unter Kostenfolge.

Der Kläger beantragt in seiner Antwortschrift die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen, unter Kostenfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 1. Juli 1896 kaufte der Kläger, Schlumberger-Wischer in Basel, von den Beklagten, den Pferdehändlern Gebr. Bloch daselbst, eine Irländer-Stute gegen Zahlung von 2000 Fr. und Hingabe eines Braunwallachs. Die Beklagten verpflichteten sich dabei, die Stute bis zum 1. August gl. Jahres gegen Barzahlung von 2500 Fr. zurückzunehmen, falls sie beim Reiten oder

Fahren scheue, oder nicht ganz vertraut am Wagen ein- oder zweispännig gehe. Am 24. Juli stellte Kläger das gekaufte Pferd den Beklagten zur Disposition, weil dasselbe weder ein- noch zweispännig anziehe. Die Beklagten ließen am 25. Juli das Pferd in ihrer Reitschule probieren, und verweigerten auf diese Probe hin, dasselbe zurückzunehmen, worauf es vom Kutscher des Klägers wieder mitgenommen und in den Stall des Klägers gestellt wurde. Am Abend des gleichen Tages erkrankte das Pferd und verendete Tags darauf. Die am 27. Juli angeordnete Expertise konstatierte starke Läsionen im Magen und Dünndarm. Dazu bemerkten die Experten, ob diese die Folge von Einwirkungen fremder Substanzen sei, oder Nachkrankheit eines früheren intestinalen Krankheitsprozesses, bleibe dem Resultate der chemischen Untersuchung anheimgestellt. Eine chemische Untersuchung hat jedoch nicht stattgefunden. Mit Klage vom 17. August 1896 belangte Kläger die Beklagten auf Zahlung der vereinbarten Garantiesumme von 2500 Fr. nebst Zins à 5 % vom 24. Juli 1896 an, sowie weiterer 47 Fr. Beide kantonalen Instanzen haben die Klage abgewiesen. Die erste Instanz führte im Wesentlichen aus: Es sei durch verschiedene, vollständig unverdächtige Zeugen übereinstimmend wahrgenommen worden, daß das Pferd bei der ersten (am 23. Juli abgehaltenen) Probe nicht habe ziehen wollen. Daß etwa der Mißerfolg dieser Probe einer Ungeschicklichkeit oder dem bösen Willen des hantierenden Kutschers zuzuschreiben sei, werde durch nichts gestützt. Vielmehr habe sich dieser alle Mühe gegeben, das Pferd in Bewegung zu bringen. Für die zweite Probe sei allerdings durch zwei Zeugen bestätigt, daß unter der Führung des Piqueurs der Beklagten das Pferd gegangen sei. Allein diese Zeugen seien von den Beklagten abhängig, also nicht einwandfrei. Selbst wenn man aber deren Aussagen als richtig annehme, so wäre damit nur bewiesen, daß das Pferd unter einem besonders gewandten Koffelenker zweispännig gegangen sei, bei einem gewöhnlichen fahrfundigen Kutscher aber versagt habe. Da es aber für den Kläger nur auf letzteres ankommen könne, müsse die Voraussetzung der Rücknahmepflicht als eingetreten angesehen werden. Daraus folge aber weiter, daß Kläger am 24. Juli 1896 berechtigt gewesen sei, das Pferd den Beklagten zur Verfügung zu

stellen. Die Beklagten seien dadurch, daß sie dasselbe nicht zurücknahmen, in Verzug gekommen; damit haben sie auch die Gefahr des Untergangs des Pferdes zu tragen gehabt. Es müßte daher der Nachweis erbracht sein, daß dasselbe durch Verschulden oder Arglist des Klägers oder eines unter seiner Verantwortlichkeit stehenden Angestellten zu Grunde gegangen sei. Ein solcher Beweis sei aber nicht erbracht, und habe durch die Expertise nicht erbracht werden können, weil eine fahrlässige oder dolose Handlung von seiten der Beklagten ebensogut wie von seiten des Klägers möglich gewesen sei. Die zweite Instanz führte im Anschluß an die tatsächliche Feststellung des erstinstanzlichen Urteils im Wesentlichen aus: Das Konkordat betreffend Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel, dem Baselstadt 1855 beigetreten, und das auch als innerkantonales Recht aufgestellt worden sei, finde in diesem Falle, entgegen dem Antrag der Beklagten, keine Anwendung, weil die Rückbietung des Pferdes nicht auf Grund eines Konkordatsmangels erfolgt sei. Daß der Kläger den ihm obliegenden Beweis der Nichtexistenz der zugesicherten Eigenschaft geführt habe, sei aus den von der ersten Instanz angeführten Erwägungen begründet. Ebenso sei der Auffassung der ersten Instanz beizutreten, daß die Beklagten durch Weigerung der Rücknahme in Annahmeverzug geraten seien, und daher die Gefahr für einen zufälligen Untergang des Pferdes zu tragen haben; es folge dies per argumentum aus Art. 254 D.-R. Durch den Annahmeverzug des Verkäufers reduziere sich demgemäß die Custodiapflicht des Käufers auf dolus und culpa lata, so daß Alles, was ohne dolus und culpa lata des Käufers eingetreten sei, unter den vom Verkäufer zu prästierenden Zufall zu subsumieren sei. Daß der Käufer im vorliegenden Falle den dergestalt nach Gesetz ihm obliegenden Grad von Sorgfalt in der custodia beobachtet habe, sei aus den Umständen nachgewiesen, indem er das Pferd gehörig in seinem Stalle untergebracht und bei Auftreten der Krankheit sofort tierärztliche Behandlung veranlaßt habe.

2. Die vorliegende Klage stellt sich als Wandelungsklage dar; denn das Klagbegehren des Klägers geht rechtlich dahin, den Kauf rückgängig zu machen wegen Mängel der Kaufsache, für welche die Gewährleistung des Verkäufers in Anspruch genommen wird.

Ob die Zusicherung der in Frage kommenden Eigenschaften im Kaufvertrag selbst, oder, wie die erste Instanz angenommen hat, in einem Nebenvertrage erfolgt sei, ändert an der rechtlichen Natur der Klage als einer Wandelungsklage nichts, ebensowenig wie der Umstand, daß die Parteien die dem Verkäufer obliegende Erfah-  
leistung zum Voraus in einer bestimmten Summe festgesetzt haben.

3. Nun beschwerten sich die Beklagten in ihrer Berufungsschrift in erster Linie darüber, daß die Vorinstanz diese Klage nach dem eidgenössischen Obligationenrecht beurteilt hat, während nach ihrer Ansicht das Konkordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel vom 16. August 1853 zur Anwendung komme. Dieses Konkordat ist allerdings durch Gesetz vom 5. Juni 1855 für Verkäufe von Pferden und Rindvieh als innerkantonales Recht für den Kanton Baselstadt erklärt worden; allein die Vorinstanz hat dasselbe mit Recht im vorliegenden Falle als nicht anwendbar erachtet. Wenn nämlich Art. 890 D.-R. rücksichtlich der Gewährleistung beim Viehhandel die Vorschriften der kantonalen Gesetzgebungen, bezw. des erwähnten Konkordats vorbehält, so bezieht sich dieser Vorbehalt nur auf die Spezialbestimmungen der kantonalen Gesetzgebungen und des Konkordats und es hat dabei keineswegs die Meinung, daß es sich hier um eine Rechtsmaterie handle, die ausschließlich, bis zum Erlaß eines eidgenössischen Spezialgesetzes, vom kantonalen Recht, bezw. dem Konkordat beherrscht werde, und daher der Anwendung des eidg. Obligationenrechts schlechthin entzogen sei. Vielmehr greifen auch rücksichtlich der Gewährleistung beim Viehhandel die Bestimmungen des eidg. Obligationenrechts Platz, soweit diese Gewährleistung nicht durch die kantonale Gesetzgebung bezw. das Konkordat speziell normiert ist (s. Entsch. des Bundesgerichts in Sachen Bloch gegen Göllich, Amtl. Sammlg., Bd. XXII, S. 867, C. 4). Da nun die Rückbiegung des Pferdes nicht auf Grund eines Konkordatshauptmangels erfolgt ist, kommt daher in casu nicht das Konkordat, sondern das eidg. Obligationenrecht zur Anwendung.

4. Fragt es sich also, ob nach eidg. Obligationenrecht die Voraussetzungen der Wandelungsklage vorhanden seien, so ist zunächst unbestritten, daß die Verkäufer die Zusicherung gegeben haben, das Pferd werde beim Reiten und Fahren nicht scheuen, und ganz vertraut

am Wagen ein- und zweispännig gehen. Ebenso besteht darüber kein Streit, daß die vertraglich bestimmte Garantiezeit noch nicht abgelaufen war, als der Käufer das Pferd den Verkäufern zur Verfügung stellte. Streitig ist dagegen die Frage, ob das Pferd jene zugesicherten Eigenschaften besessen habe oder nicht. Die Beweislast trifft hier, wie die Vorinstanzen richtig angenommen haben, den Käufer. Da der Käufer den Kaufgegenstand als Erfüllung angenommen und den Preis bezahlt hat, bedarf es des vom Verkäufer zu leistenden Beweises, daß er seinerseits erfüllt habe, nicht mehr, sondern es hat der Käufer, welcher wegen behaupteter Sachmängel Ansprüche an den Verkäufer erhebt, das Vorhandensein dieser Mängel darzuthun (Amtl. Sammlg. der bundesger. Entsch., Bd. XV, S. 800). Dieser Beweis muß nun aber als erbracht angesehen werden. Denn die Vorinstanz stellt fest, daß das Pferd zwar unter einem besonders gewandten Lenker zweispännig gegangen sei, bei einem gewöhnlichen fahrfundigen Kutscher aber versagt habe. Diese Feststellung ist eine rein tatsächliche und nicht etwa aktenwidrig; das Bundesgericht ist daher an dieselbe gemäß Art. 81, Organis.-Ges. gebunden. Damit ist aber dargethan, daß das Pferd die zugesicherten Eigenschaften nicht besessen hat, denn es kann jedenfalls nicht gesagt werden, daß dasselbe ganz vertraut am Wagen gegangen sei, wenn ein gewöhnlicher fahrfundiger Kutscher es nicht zu leiten, bezw. in Bewegung zu bringen vermochte. Wenn die Berufungskläger behaupten, die Würdigung, welche die Zeugenaussage durch die kantonalen Instanzen erfahren hat, widerspreche der Beweisregel, wonach ein Beweis als nicht erbracht anzusehen sei, wenn die Thatfachen oder Vorgänge, welche Beweis machen sollen, in irgend einer Weise durch die beweispflichtige Partei bedingt sind, so ist dagegen zu bemerken, daß es sich hier jedenfalls nicht um eine Beweisregel des materiellen Rechts, sondern nur um eine solche des Prozeßrechts handeln könnte, und das Bundesgericht daher zum Entscheid darüber, ob die Vorinstanz dieselbe in rechtsirrtümlicher Weise außer Acht gelassen habe, nicht kompetent ist.

5. Es muß also mit der Vorinstanz angenommen werden, daß Kläger berechtigt war, den Beklagten das Pferd zurückzubieten. Daraus folgt gemäß Art. 254 D.-R. weiter, daß die

Gefahr des Unterganges des Pferdes nicht den Kläger, sondern die Beklagten traf. Denn nach Art. 254 cit. kann die Wandelung auch begehrt werden, wenn die mangelhafte Sache infolge ihrer Mängel oder durch Zufall untergegangen ist, und der Käufer hat in diesem Falle nur das zurückzugeben, was ihm von der Sache verblieben ist. Es kann sich also nur noch fragen, ob das Pferd nicht durch ein Verschulden des Klägers zu Grunde gegangen sei, in welchem Falle die Wandelungsklage nach Art. 254, zweiter Absatz nicht statthaft ist. In Bezug auf das Maß der vom Kläger zu prästierenden Diligenz kommt in Betracht, daß die Beklagten nach dem oben Ausgeführten die Rücknahme des Pferdes grundlos verweigert, sich also von dem Moment an, wo es ihnen zurückgeboten wurde, im Annahmeverzug befunden haben. Während nach gemeinem Recht der Schuldner beim Annahmeverzug des Gläubigers bekanntlich nur für dolus und culpa lata haftet (Dernburg, Pand. II, § 43; Windscheid, Pand. § 346), macht allerdings das eidg. Obligationenrecht von dem in Art. 113 ausgesprochenen Grundsatz, daß der Schuldner im allgemeinen für jede Fahrlässigkeit haftet, für diesen Fall keine Ausnahme. Allein diese grundsätzliche Haftung des Schuldners bestimmt sich überhaupt nicht nach einem für alle Fälle gleichen Maße, sondern sie ist je nach der besondern Natur des Geschäftes eine mehr oder minder ausgebehnte, und wird insbesondere milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt (Art. 113). In Anwendung dieser hinsichtlich der Abstufung der Diligenzpflicht geltenden Grundsätze muß denn an die Diligenzpflicht des Schuldners auch in dem Falle ein weniger strenger Maßstab angelegt werden, wo der Gläubiger sich in Annahmeverzug befindet. Daß nun der Kläger die ihm obliegende Sorgfalt in der Obhut des Pferdes angewendet habe, muß nach den Feststellungen der Vorinstanz in der That angenommen werden; denn die Vorinstanz stellt thatsächlich und in für das Bundesgericht verbindlicher Weise fest, daß er das Pferd gehörig in seinem Stalle untergebracht, und bei Auftreten der Krankheit sofort tierärztliche Behandlung veranlaßt hat. Wenn Beklagte dagegen Beweiserhebung durch Expertise darüber ange tragen haben, daß Kläger bezw. seine Angestellten das Pferd un-

richtig oder zur Unzeit gefüttert und dadurch die Krankheit des selben verschuldet haben, so kann in der bundesgerichtlichen Instanz dieses Beweisangebot nicht berücksichtigt werden, da die kantonalen Instanzen, wie aus deren Urteilen hervorgeht, aus prozessualen Gründen darauf nicht eingetreten sind.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen, und daher das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 23. November 1896 in allen Teilen bestätigt.

33. Arrêt du 23 janvier 1897 dans la cause  
*Schoop contre Masse Hegi.*

Le 1<sup>er</sup> novembre 1895 J. Schoop, négociant à Berne, a vendu à Joseph Hegi, à Payerne, quinze wagons de maïs Plata avec odeur, à raison de 13 fr. 50 c. les 100 kg., franco gare Payerne, livrables successivement jusqu'au 30 avril 1896, au choix de Hegi. Les factures étaient payables, après livraison, par traites à 60 jours, plus l'intérêt dès le 30 novembre 1895; les frais de magasinage étaient à la charge de l'acheteur.

Hegi prit livraison d'un seul wagon, pour lequel Schoop tira une traite de 1695 francs au 1<sup>er</sup> mars 1896. Cette traite fut protestée; Schoop exerça des poursuites pour effet de change, ensuite desquelles Hegi paya la dite traite en trois acomptes, le dernier paiement étant du 7 mai 1896.

Dans l'intervalle, Hegi avait chargé le notaire Pidoux, à Payerne, d'obtenir pour lui un concordat de ses créanciers. Dans ce but, Pidoux écrivit ce qui suit à Schoop, sous date du 14 mars 1896 :

« Comme je vous l'ai déjà dit, la situation financière de M. Hegi est embarrassée; le dernier bilan accuse seulement un millier de francs d'actif net. M<sup>me</sup> Hegi veut faire tout son possible pour sauver cette situation et je crois qu'elle y parviendra; seulement, pour cela, il faut un peu de patience de