

ben, ob dieser Standpunkt in der bundesgerichtlichen Instanz noch habe eingenommen werden können, da derselbe jedenfalls materiell unbegründet ist. Eine Haftung der Beklagten aus Art. 62 O.-R. ist deshalb ausgeschlossen, weil nicht gesagt werden kann, ihr Angestellter Pfeilschmidt habe die Fälschungen in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen verursacht, denn die Ausstellung von Checks, wie überhaupt der Abschluß von Rechtsgeschäften, gehörte gar nicht zu den geschäftlichen Obliegenheiten dieses Angestellten.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird dahin als begründet erklärt, daß die Beklagte verpflichtet ist, in dem ihr zugestellten Rechnungsauszug per 31. Dezember 1896 außer den nicht streitigen Posten die Belastung mit 670 Fr. 50 Cts. (d. h. 500 Fr. aus dem Check vom 2. Oktober 1896 und 170 Fr. 50 Cts. aus dem Check vom 3. gleichen Monats) anzuerkennen. Im übrigen wird das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 18. Februar 1898 bestätigt.

#### 71. Urteil vom 24. September 1898 in Sachen Gloor gegen Tschann.

*Werkvertrag. — Umfang der Rechtskraft, speziell der Civilurteile eines Kantons für die Gerichte eines andern Kantons. — Mängelrüge; Verspätung; Bedeutung einer vertraglichen Garantiefrist.*

A. Mit Urteil vom 6. Juni 1898 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt:

Es wird das erstinstanzliche Urteil bestätigt.

Das erstinstanzliche Urteil lautete: Die Klage ist abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrage, die Klage sei gutzuheissen, immerhin in der Meinung, daß die Höhe der zuzusprechenden Entschädigung dem Ermessen des Bundesgerichtes anheimgestellt werde.

C. Die Beklagte trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 21. August 1893 übernahm die Beklagte, damals unter der Firma Gebr. Kap. Tschann, gegenüber dem heutigen Kläger Gloor die Erstellung eines Backofens „nach neuestem, bestberühmtem System“ zum Preise von 840 Fr., zahlbar innert 2 Monaten nach Erstellung der Arbeit. Der Ofen war „pflichtgemäß mit größter Leistungsfähigkeit solid und sauber zu erstellen“; der Ersteller übernahm eine zweijährige Garantie von dessen Vollenbung an. Der Ofen wurde Anfangs Oktober 1893 fertig gestellt übergeben; gleichzeitig stellte die Beklagte Rechnung im Gesamtbetrage von 1048 Fr. 75 Cts. Am 16. Oktober 1893 beschwerte sich der Kläger über nicht richtiges Funktionieren des Ofens: Zu geringe Dampferzeugung und fehlenden Nachdruck, zu großen Holzverbrauch, darüber, daß der Zug, der das Kamin abschliesse, nicht zugemauert sei, weshalb die Hitze durch das Kamin verloren gehe, daß der Schieber nichts nütze, die Ware keine Farbe erhalte, daß der Ofen oben nicht vollständig zugedeckt sei, daß die Glüte herausgenommen werden müßten, sobald das Holz abgebrannt sei, ansonst der Ofenboden aufbrenne und die Ware unten schwarz werde, und daß sich endlich einige Platten unten am Ofen gelockt hätten. Anfangs November ließ die Beklagte den Ofen untersuchen und gab dem fehlerhaften Kamin die Schuld am unrichtigen Funktionieren; auf erneute Reklamationen vom 4. Dezember 1893 ließ sie verschiedene Reparaturen vornehmen, die am 27. Dezember 1893 beendet waren. Der Kläger gab nun zu, daß der Ofen etwas mehr Dampf erzeuge und weniger Holz brauche. Am 2. Februar 1894 zahlte er, ohne erneut zu reklamieren, 700 Fr.; den Mehrbetrag der Rechnung hielt er wegen Gegenforderung für Schadenersatz, Unkosten, Läufe und Gänge zurück und fügte bei, er behalte sich für den Fall der Entdeckung weiterer Mängel das Rückrecht vor. Die Beklagte protestierte erfolglos gegen jene Zurückbehaltung und klagte ihre Restforderung von 348 Fr. 75 Cts. nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 1894 mit Klageschrift vom 5. Februar 1895 beim Bezirksgericht Zofingen ein. Erst am 28. Mai 1895, in seiner Klageantwortung, erhob der Kläger neuerdings Mängelrüge: Der Ofen funktioniere nicht richtig und müsse zum großen

Teil abgebrochen werden; seit mehr als drei Monaten habe sich der weitere Fehler gezeigt, daß hinten, wo die Schieber schließen sollten, der Dampf sichtbar durch die Ofenmauer hindurchbrücke und zwar so stark, daß die beim Ofen liegenden Mehlsäcke vermurbt seien und das Mehl unbrauchbar geworden sei. Er berechnete in der Klagebeantwortung den ihm daraus erwachsenen Schaden folgendermaßen:

1. 84 Tage (4. Oktober bis 27. Dezember 1893) Mehrverbrauch von Holz à 2 Fr. 50 Cts. . . . .	Fr. 210
2. Wenigerverkauf von 3 Backeten per Woche à 6 Fr., 11 Wochen . . . . .	„ 198
3. Diverse Auslagen . . . . .	„ 76
4. Für verdorbenes Mehl . . . . .	„ 46
5. Für Nichtbenutzbarkeit des bisherigen Lagerungsortes des Mehles . . . . .	„ 20
6. Vom 1. Februar 1895 bis zur Neuherstellung des Ofens 2 Fr. 50 Cts. per Tag.	

7. Für die Dauer des Umbaues des Ofens 20 Fr. per Tag. Gemäß § 17 der aargauischen Zivilprozessordnung konnten diese Gegenansprüche nicht auf dem Wege der Widerklage geltend gemacht werden; der Kläger verstellte sie daher lediglich bis zum Betrage der Forderung der Beklagten zur Kompensation und beantragte Abweisung der Klage, behielt sich aber für die Mehrforderung die selbständige Einklagung vor. Gestützt auf die vom 21. August 1896 und 25. Januar 1897 datierten Gutachten dreier Experten, dahingehend: Die Dampferzeugung sei langsam; auch entweiche etwas Dampf; dem Ofen könne das Prädikat „mit größter Leistungsfähigkeit“ nicht beigelegt werden; der Schaden, der aus den erwähnten Mängeln entstanden sei, belaufe sich wenigstens auf die eingeklagten 348 Fr. 75 Cts. — wies das Bezirksgericht Zofingen mit Urteil vom 17. März 1897 die Klage ab, und dieses Urteil wurde vom Obergericht des Kantons Aargau mit Entscheid vom 25. Juni 1897 bestätigt.

2. Mit Klageschrift vom 7. Januar 1898 erhob nun der Kläger gegen die Beklagten vor Zivilgericht Baselstadt die Rechtsbegehren: „Die Beklagte ist zu verurteilen:

„1. zur unentgeltlichen Beforgung derjenigen Verbesserungen

„an dem von ihr für den Kläger laut Devis vom 21. August 1893 erstellten Backofen, welche zu einer vertragsgemäßen und brauchbaren Erstellung dieses Werkes notwendig sind;

„2. zur Bezahlung einer Entschädigung von 2043 Fr. 75 Cts. an den Kläger;

„3. zur Vergütung des Schadens, welcher dem Kläger von der Anhebung der gegenwärtigen Klage an bis zur vertragsgemäßen Instandstellung des Backofens noch erwachsen wird, wobei der Schaden auf 1 Fr. 50 Cts. per Tag zu berechnen ist.“

Er brachte vor, der mangelhafte Zustand bestehe fort; die Mängel seien während der zweijährigen Garantiezeit zu Tage getreten und hätten ihn fortwährend geschädigt. Zu der Schadenersatzforderung von 2043 Fr. 75 Cts. gelangte er auf Grundlage der Berechnung der Experten in folgender Weise:

1. Vom 4. Oktober 1893 bis 6. Januar 1898 1555 Tage à 1 Fr. 75 Cts. . . . .	Fr. 2332 50
2. Schaden der Betriebseinstellung zum Zwecke des Umbaues, 6 Tage à 10 Fr. . . . .	„ 60 —
	Fr. 2392 50
abzüglich kompensierte . . . . .	„ 348 75
	Fr. 2043 75

Die Beklagte trug auf Abweisung der Klage, eventuell auf Reduktion der Klageforderung an. Sie führte aus: res judicata liege nur soweit vor, als über Parteianträge entschieden worden sei, als somit dem Kläger 348 Fr. 75 Cts. zugesprochen worden seien; hievon entfallen 126 Fr. auf Mehrverbrauch an Holz und Wenigerverkauf von Brot, nämlich 84 Tage (4. Oktober bis 27. Dezember 1893) à 1 Fr. 50 und 222 Fr. 75 Cts. auf die Schadenersatzforderung für Umbau des Ofens und für Störung im Gewerbebetrieb; daher könnten, wenn die Annahmen der Experten und die Feststellungen und rechtlichen Ausführungen der aargauischen Gerichte für den Basler Richter bindend wären, von den unter dem letzten Titel von den Experten gutgeheißenen 410 Fr. nur 187 Fr. (410 Fr. — 222 Fr. 75 Cts.) zugesprochen werden. Allein soweit nicht res judicata vorliege, haben die Basler Gerichte zu entscheiden; insbesondere seien sie nicht

durch das mangelhafte und verspätete Expertengutachten gebunden, das nicht beweiskräftig sei und keine Mängel innerhalb der Garantiezeit konstatiert habe. Im übrigen erhob die Beklagte die Einreden der Verspätung der (zweiten) Mängelrüge und diejenige der Verjährung, da die Klage mit Ablauf der zweijährigen Garantiezeit (4. Oktober eventuell 27. Dezember 1895) verjährt sei und eine Unterbrechung der Verjährung in bloßem Vorbehalt der Einklagung nicht liege. Überdies habe der Kläger den Minderwertsanspruch gewählt und könne daher nicht noch unentgeltliche Verbesserungen allfälliger Mängel verlangen.

Das Civilgericht Baselstadt — dessen Erwägungen vom Appellationsgericht zu den seinigen gemacht wurden, — geht davon aus: Rechtskraft sei nur soweit vorhanden, als Parteianträge vorgelegen haben und über sie entschieden worden sei, also nur für die Frage, ob das Rechtsbegehren gutzuheißen oder insoferne Kompensation abzuweisen sei; hiebei sei in der That nur die Zeit bis Ende 1893 in Betracht gezogen worden. Die Expertise sei selbständig zu prüfen; sie sei nun für die Zeit von 1893 nicht beweiskräftig, so daß die Klage, soweit sie einen Anspruch bis Ende 1893 erhebe, aus diesem Grunde abzuweisen sei. Für die Folgezeit aber sei die Mängelrüge verspätet und die Klage deshalb abzuweisen, gestützt auf Art. 361 O.-R.

3. Ob die Einrede der Verjährung als begründet erscheint, kann dahingestellt bleiben, da mit der Vorinstanz zu sagen ist, daß die Klage, teils wegen fehlenden Beweises von Mängeln, teils wegen Verspätung der Mängelrüge, abgewiesen werden muß. Hierüber folgendes: Der Kläger scheint in seiner Berufungsschrift davon auszugehen, das rechtskräftige Urteil des aargauischen Obergerichts vom 25. Juni 1897 sei für die Basler Gerichte in dem Sinne verbindlich, daß diese an die sämtlichen thatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Ausführungen jenes Urteils gebunden seien; da hienach die Begründetheit der Schadenserfordderung im Grundsatz ausgesprochen und auch die der Entschädigung zu Grunde zu legende Berechnungsweise festgestellt sei, könne es sich für die Basler Gerichte nur noch um die Berechnung, die Liquidation des eingeklagten Schadens nach dieser festgestellten Berechnungsweise handeln; der Kläger nimmt somit an, über den Grund, ja auch in gewisser Richtung (nämlich be-

treffend die Berechnungsart) über das Maß des Anspruches, sei auch für die Basler Gerichte vom aargauischen Richter rechtskräftig entschieden. Wenn nun aber die Basler Gerichte diese Auffassung abgelehnt haben, so liegt hierin jedenfalls keine Verletzung eidgenössischen Rechtes. Vielmehr wird das Bundesgericht auch bei seiner eigenen Prüfung der Frage zu dem gleichen Ergebnisse wie die Vorinstanzen gelangen. Rechtskraft wirkt das Urteil des aargauischen Obergerichts nur insoweit, als es über die damals streitigen Rechtsbegehren entschieden hat; in Rechtskraft erwuchs demnach einmal der die Klage abweisende Anspruch des aargauischen Obergerichts, sodann aber auch sein Entscheid über die zur Kompensation verstellten 348 Fr. 75 Cts. Von einer weiteren Ausdehnung der Rechtskraft aber kann keine Rede sein; insbesondere sind nach der heute unbestritten herrschenden Theorie bloße thatsächliche Feststellungen, die der Richter vorzunehmen hatte, um über die streitigen Parteianträge zu entscheiden, der Rechtskraft nicht fähig (vgl. statt weiterer Autoren nur Regelsberger, Pand. I, S. 703, § 197 Anm. 2). Und im schweizerischen Bundesstaate speziell kann nie anerkannt werden, daß die Gerichte des einen Kantons an die Urteile der gleichstehenden Gerichte eines andern Kantons in der Weise gebunden wären, daß sie die thatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Ausführungen, die als Mittelglieder für die Entscheidung gedient haben, als für sich verbindlich hinnehmen müßten; vielmehr bleibt ihnen, falls ein Prozeß vor ihnen geführt wird, die volle Freiheit in der Beurteilung dieser Momente gewahrt. Wenn nun die Basler Gerichte von diesen Grundsätzen ausgehend erklärt haben, die Expertise sei für die Zeit von 1893 nicht beweiskräftig, da sie zeitlich zu weit abliege, um einen sichern Schluß auf Minderleistungen und Mehrverbrauch zuzulassen, und demnach die Klage für die Zeit bis Ende 1893 mangels Beweises abweisen, so liegt darin eine Würdigung des Beweisergebnisses, die weder aktenwidrig noch rechtsirrtümlich ist, und ist daher das Bundesgericht nach Art. 81 Org.-Ges. an diesen Auspruch gebunden. Für die Folge stellt das Urteil des Civilgerichts Baselstadt zunächst thatsächlich fest, daß der Kläger, nachdem im Dezember 1893 eine Reparatur vorgenommen war, zum ersten Male wieder Ende Mai (in der Klagebeantwortung vor Bezirksgericht Zofingen) reklamiert hat;

es knüpft hieran die rechtlichen Ausführungen mit der Ausübung der Rügepflicht im Dezember 1893 sei der Kläger nicht für alle Folgezeit gesichert gewesen, er hätte die Mängelrüge vielmehr sofort nach der Entdeckung allfällig neuer Mängel erheben sollen, und daran ändere auch die vertragliche Garantieleistung nichts. Diese Ausführungen sind als durchaus zutreffend zu bezeichnen. In der That befindet sich der Kläger im Rechtsirrtum, wenn er, wie es den Anschein hat, der Ansicht ist, die vertraglich festgesetzte Garantiefrist bewirke an sich schon ohne weiteres eine Erstreckung der gesetzlichen Rügefrist des Art. 357 D.-R. in dem Sinne, daß die Mängelrüge rechtzeitig erhoben sei, wenn schon sie nicht „sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange thunlich ist,“ jedoch noch innert der Garantiefrist erhoben werde. Für diese Auffassung bietet das Gesetz keinen Anhaltspunkt, und sie widerspräche auch dem Zwecke der Mängelrüge. Denn der Zweck der kurzen Rügefrist besteht darin, den Thatbestand unverzüglich festzustellen und so den Lieferanten (Verkäufer resp. Unternehmer) gegen schikanöse Zumutungen eines Kontrahenten zu schützen, und das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis in der möglichst kürzesten Zeit zu ordnen und klarzustellen; das Erfordernis der sofortigen Mängelanzeige hat daher auch dann seinen guten Grund, wenn der Verkäufer resp. Unternehmer für einen längeren Zeitraum Garantie geleistet hat, da auch in diesem Falle durch das Unterlassen sofortiger Mängelrüge Unsicherheiten im Beweise und damit im ganzen Rechtsverhältnisse unvermeidlich wären (vgl. in diesem Sinne für Art. 349 und 347 Deutsches Handelsgesetzbuch: Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. IX, S. 12 ff.). Allerdings kann durch die Parteien auch die gesetzliche Rügefrist vertraglich erstreckt werden; allein diese Willensmeinung der Parteien muß klar und unzweideutig aus ihren Erklärungen hervorgehen und liegt, wie gezeigt, in der Übernahme einer Garantie an sich nicht.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

72. Arrêt du 24 septembre 1898, dans la cause  
Panzera & C<sup>ie</sup> contre Dumont.

Art. 50 ss. CO.: concurrence illicite. — Enseigne d'hôtel; droit individuel. — Confusion; montant du dommage?

Sur le côté occidental de la rue du Mont-Blanc, à Genève, à proximité de la gare de Cornavin, les parties exploitent des hôtels. Celui des demandeurs Panzera & C<sup>ie</sup> est situé plus au sud, du côté du Rhône; il a sa façade nord sur la place Cornavin et sa façade est sur la rue du Mont-Blanc. L'hôtel du défendeur Dumont a ses façades du côté de l'est et du sud; cette dernière se trouve sur le boulevard James Fazy. Entre la face nord de l'hôtel des demandeurs et la face sud de l'hôtel du défendeur Dumont se trouve une place entièrement libre, de façon que la façade septentrionale de l'hôtel des demandeurs est placée vis-à-vis de la façade sud de l'hôtel Dumont. L'hôtel exploité par les sieurs Panzera & C<sup>ie</sup> appartient à dame veuve Pasche laquelle est intervenue, devant les instances cantonales, au présent procès; cet hôtel porte le nom d'« Hôtel Suisse » et de « Schweizerhof »; cette dernière désignation figure une fois, et la première quatre fois sur les façades du bâtiment. Au rez-de-chaussée se trouve un restaurant et un café; celui-ci porte, au-dessus de sa devanture, l'enseigne « Café des chemins de fer. »

L'hôtel du défendeur porte, de son côté, diverses enseignes et inscriptions sur ses façades; un peu au-dessus du milieu de la face sud, et sur la face est, entre le 3<sup>m</sup>e et le 4<sup>m</sup>e étage, sont apposées des enseignes portant « Hôtel Dumont. — Restaurant suisse. » Sur d'autres enseignes, placées plus bas, on lit: « Hôtel restaurant » et « Restaurant suisse » et deux fois « Café restaurant suisse »; l'une de ces dernières enseignes, ainsi que celle de « Restaurant suisse » portent en outre l'indication « Chambres depuis 1 fr. 50. »