

Zeitschrift: Schweizer Archiv für Tierheilkunde SAT : die Fachzeitschrift für Tierärztinnen und Tierärzte = Archives Suisses de Médecine Vétérinaire
ASMV : la revue professionnelle des vétérinaires

Herausgeber: Gesellschaft Schweizer Tierärztinnen und Tierärzte

Band: 51 (1909)

Heft: 4

Artikel: Die Gewährleistung für Mängel und zugesicherte Eigenschaften beim schweizerischen Viehhandel (Viehwäherschaft)

Autor: Woker, Harald

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-589477>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 15.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>



SCHWEIZER-ARCHIV FÜR TIERHEILKUNDE.

Redaktion: E. ZSCHOKKE, E. HESS & A. BORGEAUD.

LI. BAND.

4. HEFT.

1909.

Die Gewährleistung für Mängel und zugesicherte Eigenschaften beim schweizerischen Viehhandel (Viehwährschaft)

von Dr. jur. Harald Woker, Fürsprecher in Bern.

I. Abschnitt.

Der Begriff „Viehwährschaft“.

A. Allgemeine Definition.

Die Bezeichnung „Viehwährschaft“ ist für den Nichtjuristen und für den Nichtfachmann auf dem Gebiete des Viehhandels-Verkehres unverständlich, ein Terminus technicus, dessen sich nur der mit der Rechtsnatur des Viehhandels Vertraute mit Verständnis zu bedienen vermag. Und doch besagt gerade dieses Wort in sehr klarer, einfacher Weise kurz und bündig alles, was es zu bedeuten hat.

Dies wird besonders deutlich, wenn es sich darum handelt, eine allgemeine Definition für den Begriff „Viehwährschaft“ zu geben. Eine solche Definition findet sich bereits im Titel der vorliegenden Arbeit: Viehwährschaft bedeutet, in einem Wort ausgedrückt, dasselbe, wie „Gewährleistung für Mängel und zugesicherte Eigenschaften beim Viehhandel“.

Neben dem Ausdruck „Viehwährschaft“ kommen in der Fachliteratur und -Sprache häufig auch die Bezeichnungen „Viehwährleistung“ und „Viehwährschaft“ vor, welche gegenüber langatmigen Umschreibungen ebenfalls den Vorteil der Kürze und Einfachheit für sich haben.

B. Arten und Bedeutung des Währschaftsbegriffes.

Die grundlegende Unterscheidung der Arten des Viehwährschaftsbegriffes liegt in dem Merkmal, ob die Währschaftspflicht, die Pflicht zur Gewährleistung, sich auf bestimmte gesetzliche Bestimmungen oder auf vertragliche und schriftliche besondere Vereinbarung zwischen den Parteien zurückführt. Je nach dieser Basis unterscheidet man einerseits zwischen gesetzlicher und andererseits zwischen vertraglicher, schriftlicher, konventioneller Währschaft.

Es stehen sich demnach im Viehhandelsverkehr die beiden Grundprinzipien der gesetzlichen und der schriftlich-konventionellen Währschaft gegenüber. Das Prinzip der gesetzlichen Währschaft war bis in die neueste Zeit hinein das Vorherrschende. Es wurden auf dem Wege der Gesetzgebung Bestimmungen geschaffen, nach welchen der Übergeber dem Übernehmer des Tieres unter bestimmten, durch das Gesetz normierten Voraussetzungen und während bestimmter, ebenfalls durch das Gesetz aufgestellter Fristen, für eine ziffernweise rubrizierte Anzahl von Mängeln und Krankheiten, für die sogenannten „gesetzlichen Mängel“ oder „Viehhauptmängel“, welche nach veterinär-medizinischen Begriffen zusammengestellt waren, Währschaft zu leisten hatte.

Wie bei jedem auf reiner Kasuistik aufgebauten gesetzlichen System, machten sich aber auch hier sofort grosse Lücken und schwerwiegende Unzukömmlichkeiten geltend. Die als Sachverständige von den Gerichten zugezogenen Tierärzte waren häufig nicht einig über Bedeutung, Umfang und Art der durch die gesetzlichen Währschaftsbestimmungen aufgestellten Viehhauptmängel; es entstand eine allgemeine Rechtsunsicherheit auf dem Gebiete der Währschaftsstreitigkeiten.

Solche Misstände riefen naturgemäss eine Gegenströmung hervor, und mit dieser trat das Prinzip der rein vertraglichen, schriftlichen, konventionellen Währschaft in den Vordergrund.

Das dadurch geschaffene System erscheint denn auch den Verhältnissen des modernen Viehhandelsverkehrs bei weitem besser angepasst, als das veraltete System der Viehhauptmängel nach dem Prinzip gesetzlich zwingender Währschaft. Es steht in der Hand der Parteien, das Haftungsverhältnis völlig nach ihrem freien Willen zu gestalten. Gesetzlich haftet der Übergeber dem Übernehmer nur für diejenigen Mängel, deren Fehlen, oder für diejenigen besonderen Eigenschaften, deren Vorhandensein er ausdrücklich und schriftlich beim Vertragsabschluss zugesichert hat.

Der Unterschied, welcher beim System der gesetzlichen Währschaft zwischen der Haftung für Mängel, Viehhauptmängel und der Haftung für zugesicherte, besondere Eigenschaften (z. B. Trächtigkeitsversprechen) notwendig abgegrenzt werden muss, fällt demnach bei dem modernen System, wo eine Haftbarkeit für Mängel nur besteht, wenn deren Nichtvorhandensein ausdrücklich und schriftlich im Vertrag zugesichert wird, von vornherein dahin. Denn es kann ja bei diesem System eine Haftbarkeit sowohl für Mängel, als auch für das Fehlen besonders zugesicherter Eigenschaften nur dann Platz greifen, wenn sich der Übergeber beim Vertragsabschluss gegenüber dem Übernehmer ausdrücklich und schriftlich dafür verpflichtet hat. Es gibt also sowohl für Mängel, wie für zugesicherte Eigenschaften nur eine Art der Haftung, diejenige, welche aus dem System der konventionellen Währschaft sich ergibt.

Um die Bedeutung des Währschaftsbegriffes klarzulegen, bedarf es einer Erörterung seiner rechtlichen Natur und der Richtungen, nach welchen er im Viehhandelsverkehr zur Anwendung gelangen kann. Seiner rechtlichen Natur nach ist der Viehwährschaftsbegriff die Haftung, die Garantie für Schaden, zu welcher der Übergeber des Tieres dem Übernehmer gegenüber verpflichtet ist. Der Übergeber hat dem Übernehmer den direkten, unmittelbaren Schaden zu ersetzen, der ihm daraus entsteht, dass das übernommene Tier nach

dem Vertragsabschluss Mängel aufweist, die als nichtvorhanden zugesichert wurden, oder dass es solche besondere Eigenschaften nicht hat, um derentwillen es im Wert höher eingeschätzt war.

Entgegen den Prinzipien der älteren und zum Teil noch heute geltenden Währschaftsgesetzgebung, welche dem Übernehmer einzig und allein das Recht gab, die Wandelung, die Rückgängigmachung des ganzen Geschäftes, zu verlangen, muss nach der Auffassung des modernen Währschaftsrechts der Übernehmer die Wahl haben, gemäss den allgemein obligationenrechtlichen Grundsätzen entweder Wandelung oder Preisminderung zu verlangen. Dabei darf aber natürlich der im schweiz. Obligationenrecht (OR) Art. 250 aufgestellte Satz, dass es dem richterlichen Ermessen anheimgestellt werden solle, statt der verlangten Wandelung, wenn die Umstände es rechtfertigen, bloss auf Preisminderung zu erkennen, in keiner Weise angetastet oder gar umgestossen werden. Es kann dadurch von Fall zu Fall entschieden und das den jedesmaligen Verhältnissen am besten Entsprechende zur Anwendung gebracht werden. Die Anschauung fast aller bisherigen Viehwährschaftsgesetze, wonach bei Streitigkeiten über die Haftung für Mängel beim Viehhandel vom Übernehmer einzig die Klage auf Wandelung angestrengt werden konnte, steht im schroffsten Widerspruch zu den Bedürfnissen des modernen Verkehrs und entbehrt überdies jeder vernünftigen Begründung. Der für den Übernehmer entstandene Schaden wird also dadurch ausgeglichen, dass er das Tier entweder gegen Rückerstattung des Kaufpreises dem Übergeber zurückgeben kann, oder aber dadurch, dass der Übernehmer zwar das Tier behält, der Übergeber ihm aber dessen Minderwert ersetzt oder sich vom Kaufpreis abziehen lässt.

Schaden, für welchen der Übergeber aufzukommen hat, kann beim Handel mit Vieh nach zwei Richtungen bestehen, einmal dann, wenn das Tier binnen einer bestimmten Zeit nach dem Vertragsabschluss Mängel aufweist, deren Nicht-

vorhandensein der Übergeber ausdrücklich schriftlich versichert hat, und ferner dann, wenn es sich herausstellt, dass die besonderen, den Wert des Tieres hebenden Eigenschaften, deren Vorhandensein ebenfalls ausdrücklich und schriftlich zugesichert wurde, in Wirklichkeit fehlen. In beiden Fällen besteht der Schaden, den der Übernehmer erleidet, darin, dass das Tier nicht denjenigen Wert hat, welcher ihm bemessen und welcher bezahlt wurde.

C. Die Objekte der Gewährleistung beim Viehhandel.

Eine weitere Frage von grundlegender Bedeutung ist die, was unter „Vieh“ oder „Viehhandel“ im Sinne der Währschaftsgesetzgebung zu verstehen sei.

Auch in diesem Punkte gehen die bisherigen Währschaftsbestimmungen sehr auseinander. In den ältesten Quellen ist die Rede von Mängeln und Krankheiten der „Rosse“ oder an einem „Stück Vieh“. Später finden sich dann in einzelnen kantonalrechtlichen Bestimmungen fast alle Arten von Haustieren als währschaftsberechtigt und währschaftspflichtig aufgezählt. Das „Konkordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel“ vom Jahre 1853 beschränkt dagegen die Währschaft auf Tiere des Pferdegeschlechts und auf Rindvieh, während Art. 890 OR eine Gewährleistung wegen Mängel beim Handel mit Pferden, Eseln, Mauleseln, Rindvieh, Schafen, Ziegen und Schweinen vorsieht. Es fehlen in dieser letzten Aufzählung also nur die Hunde und das Geflügel. Doch ist es eigentlich selbstverständlich und liegt in der Natur der Sache selbst, dass Hunde, Katzen, Kaninchen und Geflügel als Handelsobjekte nicht denselben Währschaftsbestimmungen unterstellt werden dürfen, wie die übrigen Arten von Haustieren, die als solche mit dem Kollektivnamen „Vieh“ ja schon vom allgemeinen Sprachgebrauch zusammengefasst werden. Der Handel mit Hunden hat seinen ganz eigenartigen Charakter. Es kommen beim Hunde doch vielmehr die individuellen und man möchte fast sagen die intellek-

tuellen Fähigkeiten in Betracht, als bei den übrigen Arten von Haustieren. Die Hunde sind entweder völlig wertlose Tiere, und dann kann von der Möglichkeit einer Gewährleistung beim Hundehandel wohl überhaupt nicht ernsthaft die Rede sein, oder aber sie haben infolge von reiner Züchtung, Dressur und edler Rasse ansehnlichen Wert, der aber eigentlich doch nur als Liebhaberwert anzusehen ist, und dann kann man füglich die für den Übergeber strengeren Regeln des Obligationenrechtes gelten lassen, ohne dass dadurch die Interessen eines Gewerbestandes oder gar einer ganzen Klasse der Bevölkerung irgendwie gefährdet würden.

Mit Katzen, Kaninchen und Geflügel verhält es sich so, wie mit den wertlosen Hunden. Sie haben einen so geringen Marktwert, dass es praktisch überhaupt undenkbar erscheint, dass beim Handel mit diesen Arten von Haustieren je irgendwelche Gewährschaftspflicht des Übergebers zur Anwendung kommen könnte. Ja, der Gedanke an eine Gewährschaft z. B. beim Geflügelhandel muss geradezu lächerlich erscheinen!

Somit können also vernünftigerweise für eine Viehwährschaftsgesetzgebung nur in Betracht fallen die Haustiere des Pferdegeschlechtes, das Rindvieh und endlich die Schafe, Ziegen und Schweine. Ob die Bestimmungen der Währschaftsgesetzgebung überhaupt auch auf die drei letztgenannten Kategorien von Haustieren auszudehnen seien, ist eine in Fachkreisen und sowohl in der landwirtschaftlichen, wie in der tierärztlichen Fachliteratur viel umstrittene Frage. Die Gründe, welche dafür und dawider angebracht worden sind, sowie auch die Motive, welche den Verfasser der vorliegenden Arbeit dazu bewegen, die Schafe, Ziegen und Schweine den Sonder-Bestimmungen einer schweizerischen Viehwährschaftsgesetzgebung ebenfalls unterstellen zu wollen, sollen im folgenden noch Gegenstand einer nähern Erörterung werden.

Zunächst aber sind die beiden grossen Kategorien der Haustiere des Pferdegeschlechts und des Rindviehs eingehender zu behandeln. Es liegt ja auf der Hand, dass es sich in

weitaus der grössten Mehrzahl von Währschaftsstreitigkeiten nur um diese beiden Kategorien handeln wird, da ihnen einzig im Gebiet des Viehhandelsverkehrs grosse Wichtigkeit beizulegen ist und auch nur beim Handel mit Pferden und Rindvieh solch bedeutende Werte in Frage stehen, für die es sich im Grunde lohnen wird, Währschaftsansprüche geltend zu machen.

Unter dem Ausdruck „Haustiere des Pferdegeschlechts“ sind alle Einhufer zu verstehen, welche bei uns als Haustiere gehalten werden, also ausser den Pferden auch die Esel, Maulesel und Maultiere.

Der Sammelbegriff „Rindvieh“ schliesst in sich die Ochsen, Kühe und Kälber. Das Konkordat von 1853, das, wie bereits bemerkt, nur diese beiden grossen Haustiergattungen als „Vieh“ im Sinne der Währschaftsgesetzgebung betrachtet, hat auch für diese noch die Einschränkung aufgestellt, dass nur für solche Tiere überhaupt Währschaft zu leisten sei, welche das Alter von 6 Monaten überschritten haben. Dies geht jedoch zu weit; es wird dadurch die Währschaftsgesetzgebung nur unnötig kompliziert. Eine neue Währschaftsgesetzgebung darf derartige Einschränkungen ohne weiteres fallen lassen, ohne dass sie dabei riskiert, die Interessen irgend eines beteiligten Standes zu verletzen.

Die grosse Streitfrage, welche in den letzten Jahrzehnten bei Anlass von Diskussionen über die Revision der Währschaftsbestimmungen wiederholt aufgestellt worden ist, besteht darin, ob die Währschaftsgesetzgebung bloss zu erstrecken sei, auf die beiden soeben behandelten Klassen von Haustieren, auf die Tiere des Pferdegeschlechts und auf das Rindvieh, oder ob sie nicht vielmehr auch auszudehnen sei auf Schafe, Ziegen und Schweine.

Als Argument für die erstere Ansicht wurde immer angebracht, der Wert der Schafe, Ziegen und Schweine sei ein so geringer, dass es sich gar nicht verlohnen würde, im Falle von Währschaftsstreitigkeiten darüber zu prozessieren, und es

eignen sich auch die Mängel, welche sich nachträglich an diesen drei Tiergattungen herausstellen könnten, in keiner Weise zu Währschaftsmängeln im Sinne des Gesetzes. Dieser letztere Einwand fällt aber, nach dem Prinzip der konventionellen Währschaft, von vornherein dahin, da dieses ja keine „gesetzlichen“ oder sogen. „Viehhauptmängel“ mehr kennt, sondern unter Gewährsmängeln im Sinne des Gesetzes nur noch solche Mängel versteht, für deren Nichtvorhandensein der Übergeber beim Vertragsabschluss ausdrücklich und schriftlich Währschaft erteilt hat.

Das andere Argument aber, wegen des zu niedrigen Wertes der Schafe, Ziegen und Schweine scheint auf den ersten Blick durchaus stichhaltig und wohl angebracht. Betrachtet man dann aber die Konsequenzen, die es haben würde, wenn der Handel mit diesen drei Arten von Haustieren den speziellen Gesetzesbestimmungen über Viehwährschaft nicht unterstellt wäre, so kommt man doch zu der Ansicht, dass Schafe, Ziegen und Schweine trotz ihres verhältnismässig niedrigen Marktwertes dennoch auch dem Währschaftsgesetz unterstellt werden müssen. Ein Währschaftsgesetz bezweckt ja gerade mit Rücksicht auf die besonders gearteten Verhältnisse, welche beim Handel mit Vieh bestehen, die Schwere der Haftbarkeit des Übergebers zu mildern, die, auf den Viehhandel angewendet, unbillige Härte der allgemeinen Haftungsbestimmungen des Obligationenrechtes abzuschwächen, indem es den Übergeber für Mängel des Tieres nur dann haften lässt, wenn er sich dafür ausdrücklich und schriftlich verpflichtet hat. Wenn nun also Schafe, Ziegen und Schweine den Bestimmungen des Währschaftsgesetzes nicht unterstellt würden, so genösse der Übergeber solcher Tiere in Streitfällen natürlich auch die Wohltat der privilegierten Rechtsstellung, welche durch die spezielle Währschaftsgesetzgebung geschaffen wird, nicht, sondern es entstünde das störende Missverhältnis, dass der Übergeber von Tieren des Pferdegeschlechts und Rindvieh bloss den leichten

Haftungsregeln des Viehwährschaftsgesetzes unterstellt wäre, während dagegen der Übergeber von Schafen, Ziegen und Schweinen, gemäss den allgemein obligationenrechtlichen Regeln, für alle Mängel zu haften hätte, die sich nach dem Vertragsabschluss zeigen sollten, und nicht nur für diejenigen, für deren Nichtvorhandensein er ausdrücklich und schriftlich Währschaft geleistet hat.

Der Handel mit Schafen, Ziegen und Schweinen muss daher aus Opportunitätsrücksichten ebenfalls unbedingt den gesetzlichen Viehgewährleistungs-Bestimmungen unterstellt werden.

Es ist endlich noch ein Blick zu werfen auf die verschiedenen Arten, nach denen sich der Handel mit Vieh vollzieht. Es kommen ja auch beim Viehhandel, wie bei allen andern Handelsgeschäften, nicht nur Kauf-, sondern auch Tauschverträge vor. Hiefür gelten die Vorschriften über den Tausch im allgemeinen, nämlich die Art. 272 und 273 OR.

Diese lauten:

„Auf den Tauschvertrag finden die Vorschriften über den Kaufvertrag in dem Sinne entsprechende Anwendung, dass jede Vertragspartei mit Bezug auf die von ihr versprochene Sache als Verkäufer und mit Bezug auf die ihr zugesagte Sache als Käufer behandelt wird.“ Und

„Wird die eingetauschte Sache entwährt oder wegen ihrer Mängel zurückgegeben, so hat die geschädigte Partei die Wahl, Schadenersatz zu begehren oder die vertauschte Sache zurückzufordern.“

Mit Rücksicht auf den Viehhandel unterstehen also Tauschgeschäfte ebenfalls den gesetzlichen Währschaftsbestimmungen, wie Kaufgeschäfte. Für beide Vertragsarten kommen dieselben Regeln zur Anwendung.

II. Abschnitt.

Die rechtliche Natur der Haftung für Mängel und zugesicherte Eigenschaften beim Viehhandel.

Um den Unterschied deutlich hervorzuheben, welcher zwischen den Haftungsgrundsätzen allgemein obligationenrechtlicher Natur und denjenigen des Viehhandelsverkehrs besteht, soll hier zunächst eine kurze Darstellung der Haftungsprinzipien gegeben werden, welche das Obligationenrecht mit Bezug auf den Kauf im allgemeinen aufstellt:

Das Bundesgesetz über das Obligationenrecht regelt in seinen Art. 243 u. ff. ganz allgemein für alle Verträge, die auf Übertragung einer beweglichen Sache gerichtet sind, die Pflicht des einen Vertragskontrahenten gegenüber dem andern zur Gewährleistung für Mängel und zugesicherte Eigenschaften des Vertragsgegenstandes.

A. Allgemeine Grundzüge der Gewährleistung für Mängel nach OR.

Das Bundesgesetz über das Obligationenrecht anerkennt beim Kaufvertrag eine Pflicht des Veräußerers zur Gewährleistung für Mängel nach verschiedenen Richtungen:

Zunächst haftet er für die Richtigkeit der von ihm mit Bezug auf den Vertragsgegenstand der Gegenpartei bestimmt gemachten Zusagen, die *dicta promissa* des römischen Rechts. Diese Haftung fällt auch dann nicht weg, wenn es augenscheinlich ist, dass die zugesagten Eigenschaften fehlen, oder dass die Mängel, deren Abwesenheit versichert wird, dennoch vorhanden sind.

Der Veräußerer ist ferner auch haftbar für alle Mängel, die er gekannt und arglistig verschwiegen hat. Da, wo Treu und Glauben es verlangen, hat er seinen Vertragsgegner geradezu auf vorhandene Mängel aufmerksam zu machen.

Endlich kann er auch zur Gewährleistung für solche Mängel eines Vertragsgegenstandes herbeigezogen werden, welche er selber nicht gekannt hat, also für sogen. „heim-

liche Mängel“, wenn dadurch der Wert der Sache oder die Tauglichkeit für den vorausgesetzten Gebrauch entweder vollständig aufgehoben, oder doch erheblich vermindert wird.

Der Haftung des aus dem Vertrag leistungspflichtigen Veräusserers, des Schuldners stehen die Ansprüche des Gläubigers, des Erwerbers gegenüber, und zwar sind auch diese Ansprüche je nach den Umständen verschieden gestaltet.

Zur Geltendmachung seiner Ansprüche dient dem Empfänger einer mangelhaften Sache entweder die römisch-rechtliche *actio redhibitoria* auf Rückleistung des Gelieferten von beiden Seiten, auf die sogen. „Wandelung“, oder dann die *actio quanti minoris* auf verhältnismässige Preisermässigung.

Die Klage auf Wandelung, auf die römisch-rechtliche *redhibitio*, die *actio redhibitoria*, bezweckt die Aufhebung, die Rückgängigmachung des vertragsgemäss abgeschlossenen Geschäfts, die Wiederherstellung desjenigen Zustandes, der vor Eingehung des Vertrages bestand. Wird sie vom Gericht zugesprochen, so muss der Beklagte den Preis, den er für den Vertragsgegenstand erhalten hat, mit Zins für die Zwischenzeit wieder zurückleisten. Ferner kann zugleich Ersatz eingeklagt werden für den Schaden, der unmittelbar durch die Lieferung der mangelhaften Sache entstanden ist.

Dagegen hat der Kläger den Vertragsgegenstand zurückzugeben und zwar so, wie er ihn hat. Ist die Sache teilweise untergegangen, so hat er die Reste herauszugeben. Ferner was er an Früchten aus der Sache gezogen, was er überhaupt von der Sache gewonnen hat, und sogar Ersatz schuldet er für Früchte, die er schuldhaft einzuziehen versäumt hat.

Für Zufall haftet der Leistungsempfänger dagegen gar nicht. Er kann Wandelung auch dann verlangen, wenn die Sache durch Zufall völlig untergegangen ist.

Der Klage auf Wandelung steht die Klage auf Preisherabsetzung, die römisch-rechtliche *actio quanti minoris* gegenüber. Sie kann an Stelle der Wandelungsklage ange-

bracht werden. Es wird dann der Minderwert, den der Vertragsgegenstand aufweist, vom Preise abgezogen und nur der Rest bezahlt. Die Höhe des Minderwertes wird durch Expertise festgestellt.

Im allgemeinen gilt der Grundsatz, dass der Empfänger der mangelhaften Leistung frei wählen kann, ob er die Klage auf Wandelung oder auf Preisminderung anstellen will.

Eine Ausnahme davon bildet der Fall, wo der Minderwert des Leistungsgegenstandes so gross ist, dass er, vom Kaufpreis abgezogen, nichts mehr übrig lässt; dann hat der Leistungsempfänger nur noch die Klage auf Wandelung.

Nur noch die Klage auf Preisminderung steht dem Leistungsempfänger dann zu, wenn der mangelhaft gelieferte Vertragsgegenstand aus seiner eigenen Schuld untergegangen ist, oder er ihn trotz seiner Mängel weiter veräussert oder umgestaltet hat. Der Richter kann übrigens nach seinem freien Ermessen überall, wo auf Wandelung geklagt wird, auch bloss auf Preismässigung erkennen. Ferner können die Beteiligten für den Fall, dass aus dem Vertrag Streitigkeiten entstehen sollten, das Verhältnis von vornherein bestimmt ordnen, indem sie vertraglich die Wandelung oder die Preismässigung wegbedingen. Eine solche Vereinbarung unter den Parteien verliert aber ihre Gültigkeit, sobald der Leistungsempfänger beweisen kann, dass ihm beim Vertragsabschluss in doloser Weise Mängel der Sache verschwiegen oder verheimlicht worden sind.

Diesen allgemeinen Haftungsregeln des Obligationenrechtes stehen nun gegenüber:

B. Die besonderen Bestimmungen über die Gewährleistung beim Viehhandel.

Voraussetzung für das Entstehen einer Haftung für Mängel und zugesicherte Eigenschaften beim Kauf und Tausch um Vieh ist das Zutagetreten von Mängeln und das Fehlen der zugesicherten Vorzüge nach dem Geschäftsabschluss. Diese

Haftung ist ihrer rechtlichen Natur nach verschieden, je nach ihrem Ursprung, dem rechtlichen Fundament, aus welchem sie hergeleitet wird. Dem hauptsächlichsten Unterscheidungsmerkmal nach sind die Arten der Haftung getrennt in:

I. Haftung aus unerlaubter Handlung, sei es:

- a) Betrug im strafrechtlichen Sinne oder
- b) Unerlaubte Handlung im zivilrechtlichen Sinne, beides gemäss OR Art. 50 ff., sowie Art. 244, 247 und 259,

II. Haftung aus konventioneller Währschaft.

Der wesentliche Unterschied liegt darin, ob der Übernehmer des Tieres nachweisen kann, dass er beim Abschluss des Geschäftes mit Bezug auf das Vorhandensein von Mängeln, welche eine Wertminderung zur Folge haben, oder mit Bezug auf das Fehlen ausdrücklich zugesicherter Eigenschaften vom Übergeber in arglistiger Weise getäuscht, betrogen worden ist, oder ob angenommen werden muss, der Übergeber habe beim Geschäftsabschluss nach bestem Wissen und Gewissen gehandelt und den Mangel, mit dem das Tier sich als behaftet erweist, nicht gekannt oder wirklich geglaubt, die besondere Eigenschaft, z. B. die Trächtigkeit einer Kuh, welche er ausdrücklich als vorhanden zugesichert hatte, bestehe. Die Unterscheidung beruht also auf der Frage, ob der Übergeber beim Geschäftsabschluss bona fide, in guten Treuen gehandelt habe oder nicht. In beiden Fällen kann es sich dabei selbstverständlich nur um sogen. „heimliche“ Mängel, also solche, die bei näherer Prüfung und Untersuchung des Tieres nicht sofort auffallen und erkannt werden müssen, handeln; denn eine Zusicherung des Fehlens von Mängeln, die offenkundig vorhanden sind, oder des Daseins von besonderen Eigenschaften, von welchen sofort im Moment des Vertragsabschlusses zweifellos festgestellt werden kann, dass sie nicht bestehen, darf jedenfalls nicht ernsthaft aufgefasst werden und wirkt daher auch nicht bindend für den Übergeber, der sie abgibt.

Alle solchen Fälle fallen somit für die Haftung in Währschaftssachen von vornherein ausser Betracht.

I. Die Haftung für unerlaubte Handlungen.

Wenn es sich dagegen um verborgene Mängel oder zugesicherte Eigenschaften handelt und dem Übergeber Arglist oder Fahrlässigkeit nachgewiesen werden kann, so sind dem Übernehmer zwei verschiedene Möglichkeiten geboten, seinen Anspruch gegen den Übergeber auf dem Rechtswege geltend zu machen.

Das arglistige Verhalten des Übergebers kann sich nämlich einerseits sehr wohl als Betrug im Sinne des Strafrechtes qualifizieren, andererseits lässt sich daraus in jedem Fall eine zivilrechtliche Haftung aus unerlaubter Handlung im Sinne von OR Art. 50 ff. ableiten.

Unter den Begriff solcher unerlaubter Handlungen fallen aber nach OR Art. 50 nicht nur absichtlich, arglistig, sondern auch bloss fahrlässig begangene, durch welche einer Person in widerrechtlicher Weise Schaden zugefügt wird. Die Haftung aus Fahrlässigkeit ist daher mit derjenigen aus Absicht verwandt. Die beiden Haftungsarten werden denn auch durch das Gesetz auf dieselbe Stufe gestellt und in gleicher Weise behandelt, mit der einzigen Ausnahme, dass die Haftungsgrundsätze für mit Absicht, z. B. mit arglistiger Täuschung begangene widerrechtliche Schädigungen strenger und ungünstiger für den Schädigenden lauten, als für blosses Fahrlässigkeit.

Die beiden soeben bezeichneten Richtungen, nach denen die Arten der Haftung wegen arglistigen oder fahrlässigen Verhaltens des währschaftspflichtigen Übergebers auseinandergehen, sollen im folgenden ihrer juristischen Natur und ihren rechtlichen Konsequenzen nach näher untersucht werden:

a) Arglistige Täuschung des Übernehmers durch den Übergeber beim Viehhandel, als Betrug im Sinne des Strafrechts.

„Betrug“ — sagt v. Liszt in seinem „Lehrbuch des deutschen Strafrechts“, 6. Aufl., S. 440, „ist Vermögensbeschädigung in Bereicherungsabsicht, herbeigeführt durch arglistige Täuschung, d. h. durch Erregung oder Unterhaltung eines Irrtums. Der zu Beschädigende handelt selbst, aber ohne sich der verursachenden Bedeutung seines Tuns oder Unterlassens bewusst zu sein; juristisch betrachtet ist es also nicht der Beschädigte, der sich selbst, sondern der Täuschende, der einem andern die Beschädigung zufügt.“

Da in der Schweiz noch kein einheitliches, für das ganze Rechtsgebiet der schweizerischen Eidgenossenschaft gültiges, allgemeines Strafgesetzbuch besteht, da insbesondere die Bestimmungen über Betrug und Prellerei nicht bundesgesetzlich, sondern kantonale strafrechtlich geordnet sind, so müsste eigentlich, da die vorliegende Arbeit die gesamten schweizerischen Verhältnisse auf dem Gebiete des Viehwährschaftswesens im Auge hat, die Behandlung dieses rein strafrechtlich gearteten Unterabschnittes an Hand der Strafgesetzgebung jedes einzelnen Kantons der Reihe nach vorgenommen werden. Es ist jedoch leicht einzusehen, dass ein solches Verfahren übermässig weitläufig würde und doch dabei nur einen verhältnismässig kleinen praktischen Wert für die Bearbeitung des vorliegenden eigentlichen Hauptthemas erbringen könnte. Daher soll hier davon abgesehen werden und statt dessen nur beispielsweise, unter Berücksichtigung und in Anlehnung an die einschlägigen Bestimmungen des Strafgesetzbuches für den Kanton Bern vom 30. Januar 1866, die Frage nach dem Einfluss des spezifisch Deliktischen auf die Haftung für Mängel und zugesicherte Eigenschaften erläutert werden.

Die auf den Betrug beim Viehhandel anwendbare Bestimmung des Art. 232 des eben genannten bernischen Strafgesetzbuches lautet:

„Wer einen Käufer in der widerrechtlichen Absicht, ihn zu benachteiligen, betreffend den Gehalt von Gold- oder Silber-

waren oder über die Eigenschaft eines falschen, für ächt verkauften Steines oder über die Natur irgend einer andern Ware hintergeht usw.,

wird mit Gefängnis bis zu sechzig Tagen oder mit Korrekthaus bis zu einem Jahr oder mit einer Geldbusse bis zu fünfhundert Franken bestraft.“

Ein bernisches Dekret über die Haustierpolizei vom 9. März 1882 droht in Art. 17, Ziff. 3, dieselbe Strafe demjenigen an, der „wissentlich Tiere, welche mit einer ansteckenden Krankheit behaftet sind oder der Ansteckung kürzlich ausgesetzt waren, in den Handel oder Verkehr bringt oder für solche Tiere Gesundheitsscheine ausstellt“.

Es kann hier auch auf die Strafbestimmung des Art. 36 des Bundesgesetzes über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen vom 8. Februar 1872, welche ebenso, wie die zuletzt genannte bernische Dekretsbestimmung sanitätspolizeilichen Charakter hat, herbeigezogen werden. Der genannte Artikel schreibt seinem genauen Wortlaute nach vor:

„Umgehung der Vorschriften über den Viehverkehr (Art. 4—9) zieht eine Busse von 5—100 Fr. nach sich.

Nichtbeachtung der in diesem Gesetze oder durch spezielle Anordnungen des Bundesrates und seiner Organe vorgeschriebenen Massregeln zur Verhütung oder Tilgung von Viehseuchen, sowie insbesondere Übertretungen von Art. 3 dieses Gesetzes werden mit einer Busse von 10—500 Fr. bestraft.“

Widerhandlungen gegen diese drei zitierten Gesetzesvorschriften charakterisieren sich als Offizialdelikte, d. h. sie werden nicht erst auf Antrag des Verletzten hin von der staatlichen Strafgewalt verfolgt, sondern die Staatsgewalt überweist sie von Amts wegen, ex officio, dem Strafrichter.

Die dabei sich ergebende Haftbarkeit des Täters qualifiziert sich aber als reine Haftung aus dem Strafanspruch des Staates, welche daraus entstanden ist, dass zu Recht bestehende, allgemein bindende Gesetzesvorschriften strafrechtlichen oder sanitätspolizeilichen Charakters verletzt worden sind.

In erster Linie ist durch die Widerhandlung nur der Staat betroffen worden. Da daneben aber in allen Fällen auch die Interessen einer Privatperson, des Übernehmers des in Frage stehenden Tieres geschmälert worden sind, so steht dieser, dem Verletzten, das Recht offen, sich der Klage gegen den Delinquenten adhäsionsweise anzuschliessen, strafprozessual ausgedrückt, sich als Zivilpartei zu konstituieren, und als solche eine Entschädigung für den ihr aus der deliktischen Handlungsweise des Angeschuldigten erwachsenen Schaden zu fordern. Und dieser Rechtsanspruch ist es nun, welcher als Haftung des nachweisbar arglistig handelnden Übergebers für Mängel und zugesicherte Eigenschaften einerseits geltend gemacht werden kann.

Allerdings wird ja die Haftung aus Betrug, aus arglistiger Täuschung, also aus Vermögensbeschädigung, welche sich der Übergeber des Tieres beim Viehhandel in der Absicht, sich unrechtmässigerweise zu bereichern, zu schulden kommen lässt, nur in seltenen Fällen eingeklagt werden können, weil der Nachweis der deliktischen Merkmale des betrügerischen Handelns, des objektiven und des subjektiven Tatbestandes des Betrugs häufig schwierig oder gar nicht zu erbringen sein wird.

Und doch sind kaum bei irgend einem andern Handelsgeschäft so viele Möglichkeiten, so günstige Gelegenheiten, welche in der besonderen Natur der Vertragsgegenstände liegen, zum Betrügen gegeben, wie gerade beim Viehhandel, und sie werden denn auch in praxi — getreu dem alten Sprichwort „Gelegenheit macht Diebe“ — immer und immer wieder, bald in raffinierterer, bald in harmloserer Weise ausgebeutet.

Interessante Einblicke in diese Verhältnisse, wie auch in die ganze Art der Denkweise eines Teils des Viehhändlerstandes, welcher sich beim Viehhandel aus den schuftigsten Betrügereien gegenüber seinen Abnehmern kein Gewissen macht, bietet ein zu Anfang und nachher in mehreren Auflagen bis über die Mitte des vorigen Jahrhunderts hinaus in Deutsch-

land erschienenenes Büchlein „Enthüllte Geheimnisse aller Handelsvorteile und Pferdeverschönerungskünste der Pferdehändler. Aus den Papieren des verstorbenen israelitischen Pferdehändlers Abraham Morgens in Dessau, zum Nutz' und Frommen aller Derer mitgetheilt, welche beim Ein- und Verkauf von Pferden mit Vortheil handeln und Schaden und Betrug vermeiden wollen“.

Einige treffende Zitate aus der vierten, von Landtierarzt Dr. C. F. Lentin in Weimar im Jahre 1856 herausgegebenen Auflage sollen dies belegen. Nachdem z. B. bereits eine ganze Menge sogenannter „Handelsvorteile“, Tricks, die alle darauf hinzielen, die Tiere vor dem besichtigenden Käufer besser hinstellen, als sie wirklich sind, aufgezählt und angepriesen worden sind, kommt der Ratschlag an den Pferdehändler, er solle jederzeit einen Knecht im Stalle haben, welcher jedesmal vor Eintritt eines Fremden in den Stall die Pferde mit der Peitsche gehörig aufmuntern müsse, und als Resultat dieses äusserst humanen Verfahrens gelangt der Verfasser zu der vielsagenden Schlussfolgerung:

„Die Peitsche ist daher ein Wanderstab in den Händen des Pferdehändlers, der Extrakt aller Handelsvorteile und die Elle, über die er und mit der er seine Waare misst und verkauft. Wer sie gut und geschickt zu führen versteht, hat die Vortheile gelernt, mit Gewicht, Elle und Mass nach seinem Vortheil zu messen und den Käufer, bei aller Prüfung der Waare, doch damit zu täuschen.“

Einen ähnlichen Zweck, wie das Peitschen, verfolgt das folgende, noch tierfreundlichere Mittel: „Daher muss denn jedes Pferd, bevor es den Stall des Händlers verlässt, mit einigen Pfefferkörnern, oder noch besser Pfefferpillen versehen sein, die ihm der Koppelknecht, nach Taschenspielerweise verborgen in den After bringt, womit gleichsam seine Toilette, seine Appretur vollendet wird. Dies geschieht meist beim Zusammenraffen und Abstreifen der Decke; der Kerl hat den Pfeffer gekaut, fährt sich über den Mund, drückt

den Speichel an die Finger, und im Abnehmen der Decke steckt er den bespuckten Finger in den After. Der Reiz, den dann der Pfeffer in dem entzündlichen Mastdarme verursacht, macht, dass das enggestellteste Pferd mit den Hinterschenkeln weit geht, die abgeschliffenste Croupe in eine gerade Linie verwandelt, aus dem trägsten Pferde ein feuriges, aus dem plumpestem und unbeholfensten ein leichtes und gewandtes, aus dem kapriziösesten ein folgsames, aus dem schwachen ein kräftig scheinendes und selbst aus dem dummen oder sonst kranken für Augenblicke ein gescheidtes und gesundes wird“.

Ein sehr Vertrauen erweckender Grundsatz ist auch das Folgende: „Überhaupt ist es einer der nöthigsten Handelsvorthelle bei dem Pferdehandel, dass alles das, was der Händler über die Gewährleistung und die Bürgschaft für die Gesundheit, Unarten und alle möglich eintretenden Fehler und Gebrechen des Pferdes dem Käufer bei dem Verkaufe desselben sagt, so viel als möglich einen zweideutigen Sinn habe; denn welcher Vernünftige kann eine solche Versicherung eigentlich für mehr als ein blosses *pour parler*, ein blosses Geschwätz halten, aus dem im ganzen nichts hervorgeht“.

Nachdem der Verfasser dann noch weiter die verschiedenartigsten, unlautern Praktiken im Pferdehandel, wie z. B. Zahnoperationen, die das Alter der Pferde scheinbar verändern, beschrieben hat, stellt er in guten Treuen seine Maximen zusammen, und diese charakterisieren, da sie von einem Typus von Pferdehändler stammen, die unlautere und gewissenlose Denkweise, nach der bei einem grossen Teile der Viehhändler geschäftlich vorgegangen wird. Hier nur noch wenige Proben:

„Dies ist aber alles kein Betrug! Nein, das ist bloss Selbsttäuschung des Käufers.“ Denn „Was sind diese Kunstgriffe, das Junge alt, das Alte jung zu machen, anders, als Handelsvorthelle, die unsere jetzigen Fräuleins durch ihre Toilettenkünste, um an den Mann zu kommen, ja auch üben.

Denn hier erscheint ein kaum fünfzehnjähriges Mädchen unter der Negligéhaube schon mannbar und dort die alternde Matrone unter der Schminke, mit dem falschen Busen und den erborgten Haaren im jugendlichen Alter, und bekommen sie durch diese Mittel Männer, so sagt doch keiner von diesen, dass er angeführt und betrogen worden sei; was aber jeder Pferdekäufer ausschreit, sobald der Händler an seinem Pferde diese Kunstfertigkeit der Toilette und der Lebensverälterung oder Verjüngung vorgenommen hat“. Und endlich „Der Pferdehändler muss daher, ohne die Beredsamkeit auf einer hohen Schule studiert zu haben, wie unsere Herren Advokaten, so gut wie diese aus Unrecht Recht und aus Recht Unrecht zu machen wissen, wenn er, so wie diese, fortkommen und noch obendrein belobt werden soll“.

Diese Beispiele sprechen für sich und zeigen zur Evidenz, wie kläglich es mit Treu und Glauben beim Viehhandel bestellt sein kann und oftmals bestellt zu sein pflegt. Das Schlimmste aber ist, dass der unredliche Viehhändler sich ein gutes Recht zum Betrügen anmasst, dass ihm das Bewusstsein für die Rechtswidrigkeit seiner Handlungsweise abhanden kommt oder sich doch wenigstens hinter der falschen Vor Spiegelung verschanzt, der Betrug liege nicht auf seiner Seite, sondern der Übernehmer betrüge sich selbst, wenn er sich Vieh mit arglistig verdeckten Fehlern und künstlich für einen Moment hergestellten guten Eigenschaften aufschwätzen lasse. Es braucht hier nur nochmals auf den oben angeführten v. Lisztschen Satz hingewiesen zu werden, welcher klar und deutlich zeigt, wie unlogisch und unjuristisch eine derartige Anschauung ist.

Auch soll man nicht etwa glauben, dass die „Handelsvorteile“, welche Abraham Mortgens zu Anfang des vorigen Jahrhunderts zum Gebrauch für den Pferdehändler empfahl, heutzutage nicht noch mit derselben Unverfrorenheit und in gleich rationeller Weise zur Anwendung gelangten, oder dass derartige Dinge nur beim Pferdehandel vorkommen könnten.

Es würden sich sicherlich gerade bei uns in der Schweiz eine Menge von Viehhändlern und Kennern des Viehhandels finden, welche ein den „enthüllten Geheimnissen“ des Abraham Mörtgens entsprechendes Buch über den Handel mit Rindvieh schreiben könnten.

Dass aber trotz alledem bei Mängeln, welche sich nach der Übernahme des Tieres herausstellen, nur in ganz seltenen Ausnahmefällen eine Haftbarkeit des Übergebers aus Betrug wird hergeleitet werden können, liegt, wie oben bereits besprochen wurde, darin, dass der Nachweis des objektiven und subjektiven Betrugstatbestandes um so schwieriger zu erbringen sein wird, mit je einfacheren Mitteln und in je natürlicherer Weise die arglistige Täuschung vollzogen worden ist.

Gelingt es aber trotz aller Schwierigkeiten, den Betrüger zu überführen, so wird er, abgesehen von seiner Bestrafung, dem Übernehmer, welcher sich der Strafklage adhäsionsweise als Zivilpartei angeschlossen hat, gegenüber haftbar. Das Mass dieser Haftbarkeit wird nach den Regeln des Obligationenrechts, also des Zivilrechts, beurteilt. Allgemein kommen dabei in erster Linie OR Art. 50 ff. über die Haftpflicht aus unerlaubter Handlung zur Anwendung. Daneben aber hat das Gesetz in seinem siebenten Titel „Kauf und Tausch“ im zweiten Teil „Verpflichtungen des Verkäufers“ in den Art. 244, 247 und 259 den Fall der absichtlichen, arglistigen Täuschung des Käufers durch den Verkäufer ausdrücklich vorgesehen. Und überdies können hier auch noch OR Art. 24 und 28, allgemeine Bestimmungen über Betrug beim Vertragsabschluss herbeigezogen werden.

Dem Verletzten, dem betrogenen Übernehmer, welcher im Strafprozess als Zivilpartei auftritt, steht also zunächst eine Schadenersatzforderung zu, wie dies grundsätzlich in OR Art. 50 festgestellt ist: „Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird demselben zum Ersatze verpflichtet“. Gemäss

Art. 51 al. 1 wird Art und Grösse des Schadenersatzes durch richterliches Ermessen bestimmt.

Gegenüber der gewöhnlichen einjährigen Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche schreibt dann OR Art. 69 al. 2 vor: „Wird jedoch die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für welche das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt, so gilt diese auch für den Zivilanspruch“. Dabei kann auch auf OR Art. 146 al. 1 und in Verbindung damit auf OR Art. 259 hingewiesen werden, wonach im Falle absichtlicher Täuschung des Käufers, sowohl die Wandelungs- als die Preisminderungsklage erst mit Ablauf von zehn Jahren verjähren, wobei aber die Vertragsklage und nicht die Klage aus unerlaubter Handlung in Frage steht.

Neben der Schadenersatzforderung erwachsen aber dem Geschädigten aus der betrügerischen Handlungsweise seines Vertragsgegners noch weitere Rechte.

Vor allem ist er laut OR Art. 24 überhaupt nicht mehr an den Vertrag gebunden: „Ist ein Teil durch betrügerische Handlungen des andern zum Vertragsabschlusse verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war“. Sonst hebt nämlich, gemäss OR Art. 21, der nicht wesentliche Irrtum die Verbindlichkeit nicht auf. Wesentlich aber ist ein Irrtum im Sinne des Gesetzes (OR Art. 19) nur dann, wenn er sich auf das Wesen des Vertrages oder des Vertragsgegenstandes bezieht.

Aber auch dann, wenn der Betrogene den für ihn unverbindlichen Vertrag nicht anfigt, sondern ihn zu Recht bestehen lassen und genehmigen will, erlischt damit sein Anspruch auf Schadenersatz nicht ohne weiteres (OR Art. 28 al. 2).

Um den Käufer vor den ungerechtfertigten, nachteiligen Folgen des Betruges zu schützen, hat das Obligationenrecht, wie bereits erwähnt, in dem Titel, welcher vom Kauf und Tausch handelt, eigene dahin zielende Bestimmungen aufgestellt. So zunächst OR Art. 244: „Eine Vereinbarung, welche

die Gewährspflicht aufhebt oder beschränkt, ist ungültig, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat“.

Diese Vorschrift muss auch gegenüber der Beschränkung der Viehwährschaft auf das schriftliche Gewährleistungsverprechen anerkannt werden. Auch diesem gegenüber bleibt also die durch OR Art. 244 geschaffene Ausdehnung der Gewährspflicht in Fällen, wo arglistiges Verhalten des Verkäufers nachgewiesen werden kann, unter allen Umständen zu Recht bestehen; denn der Sinn der einschränkenden Ausnahmestellung des speziellen Viehwährschaftsrechts soll nicht der sein, dass die Vorzugsstellung, welche das Obligationenrecht dem betrogenen Käufer gewährt, wegfällt und die Rechtsstellung des unredlichen Verkäufers geradezu privilegiert würde.

Gelingt es also, den Betrug nachzuweisen, so dehnt sich die Haftung des Übergebers gegenüber dem Übernehmer des im Streite liegenden Tieres auch auf solche Mängel aus, für welche er nicht ausdrücklich und schriftlich Währschaft geleistet hat.

Ähnlich verhält es sich mit der Bestimmung von OR Art. 247: „Bei absichtlicher Täuschung des Käufers durch den Verkäufer findet die im vorhergehenden Artikel vorgesehene Beschränkung der Gewährleistung keine Anwendung“.

Die im vorhergehenden Art. 246 vorgesehene Beschränkung der Gewährleistung ist eine Folge der Pflicht des Käufers, die Kaufsache nach dem Empfang zu prüfen und dem Verkäufer von Mängeln, für die er zur Gewährleistung verpflichtet ist, sofort Anzeige zu machen. Das Versäumen dieser Pflicht gilt als Genehmigung, mit Ausnahme der Fälle, wo es sich um Mängel handelt, welche bei der übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar waren. Solche Mängel müssen jedoch bei einer allfälligen späteren Entdeckung sofort angezeigt werden, wenn der Vertrag nicht auch mit Hinsicht auf sie als genehmigt gelten soll.

Die Bestimmung des Art. 247 wird auch in Fällen von Viehgewährleistung keineswegs dadurch berührt oder gar beschränkt, dass, infolge der besonders gearteten Natur des Viehhandels, die Gewährleistungspflicht des Übergebers im Währschaftsrecht des Viehhandels durch eine bestimmte kurze Frist zeitlich eingeschränkt werden muss.

Es gelangt in allen Fällen einfach OR Art. 247 zur Anwendung, indem bei absichtlicher Täuschung, also bei Betrug des Käufers durch den Verkäufer auch die kurze zeitliche Einschränkung der Dauer der Gewährleistungspflicht wegfällt, also der Käufer zur Geltendmachung seines Gewährleistungsanspruchs nicht mehr an die absichtlich sehr kurz bemessene Frist, die das Währschaftsrecht im Viehhandel für diesen Zweck aufstellt, gebunden ist.

Neben Art. 69, Abs. 2, ist, wie bereits oben angeführt, auch OR Art. 259, der von der Verjährung des Gewährleistungsanspruches und den Einreden des Käufers wegen vorhandener Mängel handelt, in derselben Weise, wie die soeben besprochenen Art. 244 und 247 auf Fälle des Betruges beim Viehhandel anwendbar.

OR Art. 259 lautet: „Die Bestimmungen der Art. 257 und 258 können vom Verkäufer nicht geltend gemacht werden, wenn ihm eine absichtliche Täuschung des Käufers nachgewiesen wird“.

Nach OR Art. 257 verjähren die Klagen auf Gewährleistung wegen Mängel einer Sache mit Ablauf eines Jahres seit der Ablieferung der Kaufsache an den Käufer, und Art. 258 setzt dieselbe Verjährungsfrist für die Einreden des Käufers an, welcher die in Art. 246 vorgeschriebene Anzeige an den Verkäufer nicht während des auf die Übergabe des Kaufobjekts folgenden Jahres hat ergehen lassen.

Das Gewährleistungsrecht im Viehhandel erfordert nun, wieder in Abweichung von den Bestimmungen für den allgemeinen Handelsverkehr, kürzere Verjährungsfristen, als sie in den beiden soeben zitierten Artikeln festgesetzt sind. Natur-

lich darf aber gerade nach dieser Richtung dem Betrüger im Viehhandel kein Privileg gewährt werden, und es findet also OR Art. 259 in analoger Weise, wie auf Art. 257 und 258, auch auf die besonderen Verjährungsbestimmungen des Viehwährschaftsrechts Anwendung. Eine Verjährung des Währschaftsanspruches des Käufers findet bei Betrug erst im Anschluss an die durch das Strafrecht aufgestellte Verjährungsfrist oder gemäss OR Art. 146 al. 1 statt, wonach, wie oben bereits einmal betont wurde, im Falle von absichtlicher Täuschung des Käufers, sowohl die Wandelungs- als die Preisminderungsklage erst in zehn Jahren verjährt.

Genau dieselben Bestimmungen, wie sie im Vorstehenden für den Betrug, welcher bei Anlass eines Kaufgeschäftes begangen wird, anwendbar erklärt wurden, gelten nach Gesetzesvorschrift auch für das Tauschgeschäft.

- b) Unerlaubte Handlungen im Sinne von OR Art. 50 ff., sowie Art. 247 und 259, als rein zivilrechtlicher Haftungsgrund für Mängel und zugesicherte Eigenschaften beim Viehhandel, sei es mit Vertragsklage oder mit Deliktsklage.

Es ist im vorhergehenden Kapitel bereits mehrfach betont worden, dass die Erbringung eines vollgültigen Beweises für einen beim Viehhandel stattgehabten Betrug des Übergebers grosse Schwierigkeiten bietet. Infolgedessen wird es nur höchst selten zum Strafverfahren, in dem dann, wie oben gezeigt wurde, der Geschädigte als Zivilpartei adhäsionsweise seine Ansprüche geltend machen kann, kommen.

Leichter und einfacher wird dagegen der Nachweis zu erbringen sein, dass sich der Übergeber beim Viehhandel unerlaubte Handlungen im Sinne von OR Art. 50 ff. habe zu schulden kommen lassen.

Dieses Verfahren spielt sich dann von Anfang an nur auf dem Boden des Zivilprozesses ab, und es fehlt ihm das gehässige, eigentlich für beide Teile peinliche Moment, das einem Strafprozess immer anhaftet, und das sich bei einer

Strafuntersuchung wegen Betruges beim Viehhandel für die Parteien unangenehm fühlbar machen muss. So wird denn in manchen Fällen, trotzdem der Nachweis des Betruges aller Wahrscheinlichkeit nach erbracht werden könnte, der Geschädigte davon absehen, seinen Gegenkontrahenten aus dem Viehhandel in einen Strafprozess zu verwickeln, sondern vielmehr danach trachten, auf dem Wege des Zivilprozesses, nach Massgabe von OR Art. 50 ff. oder Art. 247 zu seinem Recht zu kommen.

Überdies gibt es ausser der arglistigen Täuschung, dem Betrug, welche einzig zugleich auch strafrechtlichen Charakter haben können, noch eine Menge von Vorkommnissen beim Viehhandel, welche sich als unerlaubte Handlungen des Übergebers charakterisieren und nur als solche, d. h. also rein im Sinne von OR Art. 50 ff. und somit auch nur auf dem Zivilprozesswege eingeklagt werden können. Das Merkmal der unerlaubten Handlung ist ja, gemäss OR Art. 50, einfach die schuldhaft, widerrechtliche Schadenzufügung. Die Schuld kann aber, wie der genannte Artikel selbst sagt, entweder in der Absicht, was sich fast immer als Arglist charakterisiert, oder in einer Fahrlässigkeit liegen.

Für den mit Absicht, bei spezieller Berücksichtigung also der Verhältnisse des Viehhandelverkehrs mittelst arglistiger Täuschung herbeigeführten widerrechtlichen Schaden, der darin besteht, dass der Übernehmer absichtlich in den Glauben versetzt wurde, das Tier habe keine Mängel, während es in Wirklichkeit solche hat, haftet nun der Übergeber nach genau denselben Grundsätzen, wie sie oben für seine Haftung aus Betrug, welche im Strafprozess vom Geschädigten adhäsionsweise eingeklagt werden kann, auseinandergesetzt worden sind.

Demgegenüber steht die Haftung für solchen widerrechtlichen Schaden, der dem Übernehmer in bezug auf Mängel und zugesicherte Eigenschaften bei der Übergabe des Tieres durch den Übergeber aus Fahrlässigkeit verursacht worden ist.

Dies kann in solchen Fällen vorkommen, wo sich der Übergeber, um sich von der Haftung zu befreien, darauf beruft, dass er in guten Treuen gehandelt und von dem Vorhandensein von Mängeln oder dem Fehlen von ohne schriftliches Gewährleistungsversprechen zugesicherten besonderen Eigenschaften (Trächtigkeit) nichts gewusst habe.

Wenn ihm nun auch diese Behauptung nicht widerlegt werden kann, so wird es trotzdem Fälle geben, wo er dennoch nicht von der Haftung, der Haftung wegen Fahrlässigkeit, befreit werden kann, nämlich dann, wenn ihm nach den Verkehrssitten zugemutet werden darf, dass er den normalen Umständen nach bestimmte Mängel, welche vorhanden waren, hätte kennen und den Übernehmer beim Vertragsabschluss darauf hätte aufmerksam machen sollen.

Bei dieser Sachlage wird er also, wie sich aus OR Art. 50 ergibt, schadenersatzpflichtig, jedoch nur nach den allgemeinen Haftungsprinzipien von OR Art. 50 ff. Von einer Verschärfung und Erweiterung der Haftung, wie sie gemäss den oben genannten Regeln bei absichtlicher Täuschung, bei Arglist zur Anwendung kommt, kann bei diesem Falle der blossen Fahrlässigkeit natürlich keine Rede sein. Der beklagte Übergeber hat also bloss, nach richterlichem Ermessen, den Schaden zu ersetzen, der dem Übernehmer aus seiner Fahrlässigkeit widerrechtlich entstanden ist.

Weitergehende Ansprüche stehen dem geschädigten Übernehmer bei blosser Fahrlässigkeit des Übergebers nicht zu, und es richtet sich denn auch das ganze Verfahren nach den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts über die rein zivilrechtliche Haftung und, wo mit Rücksicht auf die besonders geartete Natur des Viehhandelsverkehrs eigene Währschaftsbestimmungen aufgestellt sind, nach diesen.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich ein Bild der beiden Arten von Haftung beim Viehhandel, die sich nicht auf vertragliche, schriftliche Vereinbarung zwischen den Parteien zurückführen, sondern aus den allgemeinen Bestimmungen des

Obligationenrechts herzuleiten sind. Beide stehen als Haftung aus unerlaubter Handlung, qualifiziere sich diese als selbständiges Delikt oder als Verschulden im Vertragsverhältnis, der Haftung aus dem im Kaufvertrag ausgestellten Gewährleistungsversprechen gegenüber.

Sie sind jedoch nur als Abweichungen von der gewöhnlichen Haftungsregel zu betrachten, die nur ausnahmsweise herbeizuziehen sind, nämlich dann, wenn der Übernehmer des Tieres nicht genügend oder gar nicht durch konventionelle Währschaft gedeckt ist, und ihm durch das offenkundig betrügerische oder fahrlässige Verhalten seines Vertragsgegners in widerrechtlicher Weise Schaden zugefügt worden ist, für den ihm nach den Regeln einer gesunden Rechtsauffassung Ersatz geboten werden muss.

II. Die Haftung für Mängel und zugesicherte Eigenschaften beim Viehhandel auf Grund vertraglicher, schriftlicher und ausdrücklicher Verpflichtung des Übergebers.

Gegenüber der ausnahmsweise gegebenen Haftung aus betrügerischem, schuldhaftem oder fahrlässigem Verhalten des Übergebers ist es in allen denjenigen Währschaftsgesetzen und -bestimmungen, welche den Bedürfnissen des modernen Viehhandelsverkehrs entsprechen, Regel, dass beim Viehhandel der Übergeber nur für solche Mängel oder für das Fehlen solcher besonderer Eigenschaften haftbar gemacht und ins Recht gefasst werden kann, deren Nichtvorhandensein oder deren Bestehen er ausdrücklich und schriftlich beim Vertragsabschluss zugesichert hat.

Nach dieser Richtung stellt sich somit das im Viehhandelsverkehr geltende Recht in Widerspruch zu den allgemein geltenden Prinzipien, welche durch das Bundesgesetz über das Obligationenrecht für Kauf- und Tauschgeschäfte aufgestellt sind, während es sich in den grossen Zügen natürlich diesen Prinzipien unterzuordnen hat.

Die Abweichungen, welche ja oben bereits mehrfach

erwähnt wurden, sind durch die ganz besonders geartete Natur des Viehhandelsverkehrs bedingt. Die Vertragsobjekte beim Viehhandel sind eben Lebeware, Tiere, deren Wert grossen und zeitlich häufig ausserordentlich rasch sich vollziehenden Schwankungen ausgesetzt ist; wenn es nun einerseits gesetzgebungstechnisch ein Missgriff wäre, wollte man eine Haftung für Mängel und zugesicherte besondere Eigenschaften beim Handel mit dieser Kategorie von Vertragsobjekten geradezu ausschalten, so besteht doch andererseits die dringende Notwendigkeit, die Art und Strenge der Haftung den Verhältnissen gemäss zu modifizieren. Es muss eben ein möglichst allen Ansprüchen angepasster Mittelweg geschaffen werden.

Die im Obligationenrecht vorgesehene Haftung, Gewährleistung für Mängel der Kaufsache, geht bezüglich des Viehhandelsverkehrs besonders nach zwei Richtungen zu weit. Einmal quantitativ, den Inhalt der Gewährspflicht betreffend, dann aber auch mit Bezug auf die zeitliche Ausdehnung der Rüge- und Verjährungsfrist.

Es soll im folgenden an Hand der Bestimmungen des Obligationenrechts gezeigt werden, in welcher Weise Abweichungen und Modifikationen der Gewährleistungspflicht wegen Mängel, speziell mit Berücksichtigung der Verhältnisse des Viehhandelsverkehrs notwendig sind.

OR Art. 243 sagt: „Der Verkäufer haftet dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften, als auch dafür, dass die Sache nicht solche Mängel habe, welche ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern. Er haftet auch dann, wenn er die Mängel nicht gekannt hat.“ Dieser Artikel darf, so wie er lautet, wenn dabei die Interessen des Verkäufers beim Viehhandel nicht völlig hintan gestellt werden sollen, für die Viehwährschaftspflicht nicht in Anwendung gebracht werden. Seine Fassung müsste, um den beim Viehhandel bestehenden besondern Verhältnissen angepasst zu sein, vielmehr etwa

folgendermassen lauten: Der Verkäufer haftet dem Käufer für die zugesicherten Eigenschaften. Für Mängel des Tieres, welche seinen Wert oder seine Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern, haftet er nur dann, wenn er deren Nichtvorhandensein beim Vertragsabschluss ausdrücklich und schriftlich zugesichert hat. Der letzte Satz von OR Art. 243 fällt bei dieser Fassung völlig weg; denn es ist selbstverständlich, dass der Verkäufer dem Käufer bona fide das Nichtvorhandensein von bestehenden Mängeln, welche er kennt, nicht zusichern kann. Die Bestimmung bezieht sich somit nur auf den reellen Geschäftsverkehr, bei welchem es, wenn zwar auch nur in ganz seltenen Ausnahmefällen, vorkommen kann, dass der Verkäufer unwissentlich dem Käufer das Nichtvorhandensein von dennoch bestehenden Mängeln zusichert. Dieselben Grundsätze sind anzuwenden auf die folgenden Art. 244 und 245 des Obligationenrechts. OR Art. 244 bleibt, auch auf den Viehhandel angewendet, bestehen, wie er ist, wie dies oben bereits betont wurde, da ja Arglist des Verkäufers ein besonderer Haftungsgrund ist, der von der rein zivilrechtlichen Haftbarkeit aus ausdrücklicher und schriftlicher Zusicherung getrennt werden muss.

Für OR Art. 245 ist dasselbe zu wiederholen, was bereits mit Bezug auf den Schlusssatz von OR Art. 243 betont wurde: Der Verkäufer kann dem Käufer nicht in guten Treuen das Nichtvorhandensein von Mängeln zusichern, welche dieser zur Zeit des Kaufes bereits kannte. Es behält also bloss der zweite Satz von OR Art. 245 mit Beziehung auf die Viehgewährleistung Geltung: „Für Mängel, welche der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit kennen musste, haftet der Verkäufer nur dann, wenn er deren Nichtvorhandensein zugesichert hat“.

OR Art. 246 bis 248 behandeln die Pflichten des Käufers. Zunächst die Untersuchungs- und Rügepflicht und die Folgen ihrer Versäumnis. Natürlich kennt auch das beim Viehhandel geltende Gewährleistungsrecht eine solche Pflicht und somit

auch die Folgen ihrer Versäumnis. Und gerade hierbei verlangen die beim Viehhandel obwaltenden besonderen Verhältnisse wieder eine Besserstellung des Verkäufers gegenüber den allgemeinen obligationenrechtlichen Regeln. Es können sich ja beim Vieh als Lebeware, innert ganz kurzer Zeit Mängel, für deren Nichtvorhandensein der Verkäufer schriftlich und ausdrücklich beim Vertragsabschluss Gewähr geleistet hat, bilden. Je länger aber die Frist bemessen ist, innert welcher der Käufer die Mängelrüge anbringen kann, desto schwieriger wird die Feststellung, ob der Mangel bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses bestand, oder ob er sich erst seither gebildet hat, vorzunehmen sein. Die Frist zur Anbringung der Mängelrüge muss deshalb auf ein Mindestmass beschränkt werden. Es ist ja nach dem heutigen fortgeschrittenen Stande der Tierheilkunde für jeden fachmännisch richtig ausgebildeten Tierarzt ein Leichtes, innert kurzer Zeit das Fehlen besonderer zugesicherter Eigenschaften oder das Vorhandensein als nichtvorhanden zugesicherter Mängel zu erkennen. Wenn also der Käufer im Zweifelsfalle einen solchen Tierarzt zuzieht, und das kann von ihm als Erfordernis der „übungsgemässen Untersuchung“ im Sinne von OR Art. 246 verlangt werden, so muss es ihm möglich sein, eine begründete Mängelrüge binnen wenigen Tagen zu erheben. Nach der übereinstimmenden, allgemeinen Anschauung der landwirtschaftlichen und tierärztlichen Fachkreise ist eine neuntägige Frist, innert welcher die Mängelrüge beim Viehhandel angebracht werden kann, vollauf genügend und den beidseitigen Interessen des Verkäufers und des Käufers vollkommen angemessen.

Wie oben aber bereits bei Anlass der Besprechung von OR Art. 247 bemerkt wurde, findet diese fristliche Beschränkung der Gewährspflicht des Verkäufers dann nicht statt, wenn er dem Käufer gegenüber dolos gehandelt hat.

Mit Bezug auf die Pflichten des Käufers beim Distanzkauf macht OR Art. 248 auch für die Gewährleistung beim Handel mit Vieh Regel. Somit bleiben hier weitere Erörterungen erspart.

OR Art. 249 schreibt vor: „Liegt ein Fall der Gewährleistung wegen Mängel der Sache vor, so hat der Käufer die Wahl, mit der Wandelungsklage den Kauf rückgängig zu machen, oder mit der Minderungsklage Ersatz des Minderwertes der Sache zu fordern“. Fast alle Währschaftsbestimmungen auf schweizerischem Rechtsgebiet und auch das schon mehrfach genannte Konkordat von 1853 stellten demgegenüber die Regel auf, dass, mit Ausnahme des Schlachtviehes, dem Käufer nur die Klage auf Wandelung, also auf Rückgängigmachung des ganzen Geschäftes unter beidseitiger Rückerstattung des Erhaltenen, gegeben sei. Dieser Standpunkt lässt sich aber nach keiner Richtung an die Ausnahmestellung anlehnen, welche der Viehhandelsverkehr dem allgemein obligationenrechtlichen Geschäftsverkehr gegenüber einnehmen muss, und er entbehrt deshalb auch jeder inneren Begründung. Er bedeutet nur eine Schmälerung der prozessualen Rechte des Käufers und des Richters. Es ist durchaus nicht einzusehen, weshalb dem Käufer eines Tieres, welches die besonderen Eigenschaften nicht hat, die vertraglich als vorhanden bezeichnet wurden, oder welches Fehler aufweist, von denen der Verkäufer ausdrücklich zugesichert hat, dass sie nicht vorhanden seien, das Recht nicht zustehen soll, alternativ auf Wandelung oder auf Preisminderung zu klagen. Der Richter hat ja dann immer noch das Recht, nach seinem Ermessen, gemäss OR Art. 250, wenn es ihm den Umständen angemessener erscheint, auch wenn auf Wandelung geklagt ist, bloss auf Preisminderung zu erkennen. OR Art. 249 und 250 ebenso, wie dann auch im Anschluss daran Art. 251 müssen demnach ohne weiteres auch auf den Handel mit Vieh Anwendung finden.

OR Art. 252 handelt vom Gattungskauf und kann deshalb wohl auf die Viehgewährleistung nicht angewendet werden. Dagegen haben die folgenden Art. 253, Inhalt der Wandelungsklage, 254, Wirkung von Untergang und Weiterveräusserung der Sache, 255, Wandelung bei zusammen ver-

kauften und Gesamtsachen, und endlich 256, Wandelung von Haupt- und Nebensachen ohne weiteres beim Viehhandel rechtliche Geltung.

Endlich ist hier noch hinzuzufügen, dass gemäss Art. 272 und 273 OR alle die hier aufgeführten Bestimmungen über den Kauf entsprechende Anwendung auf Tauschgeschäfte finden.

Gegenüber diesen Haftungsarten für Mängel und zugesicherte besondere Eigenschaften beim Viehhandel, sowohl gegenüber demjenigen mit strafrechtlichem, wie besonders auch gegenüber demjenigen mit zivilrechtlichen Charakter, steht die Haftung des Übergebers beim schweizerischen Viehhandel gemäss den eidgenössischen Vorschriften über die Viehseuchenpolizei.

Diese hat mit der Viehwährschaftshaftung gar nichts zu tun und muss streng von ihr geschieden und auseinandergehalten werden.

Die hauptsächlichsten eidgenössischen Vorschriften über Viehseuchenpolizei sind:

1. Das Bundesgesetz über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen vom 8. Februar 1872.
2. Das Bundesgesetz vom 19. Juli 1873 betreffend Zusatzbestimmungen zum Bundesgesetz über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen.
3. Das Bundesgesetz vom 1. Juli 1886 betreffend eine Änderung des Bundesgesetzes vom 8. Februar 1872 über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen.
4. Die Vollziehungsverordnung vom 14. Oktober 1887 zu den Bundesgesetzen vom 8. Februar 1872, 19. Juli 1873 und 1. Juli 1886 über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen.
5. Der Bundesratsbeschluss vom 15. Dezember 1892 betreffend Aufnahme der Schweineseuche unter die als gemeingefährlich erkannten ansteckenden Tierkrankheiten (Zusatz zu Art. 24 der Vollziehungsverordnung).

6. Der Bundesratsbeschluss vom 1. Dezember 1893 betreffend sanitätspolizeiliche Behandlung von Fleisch und Fleischwaren ausländischer Herkunft (Abänderung von Art. 100 der Vollziehungsverordnung).
7. Der Bundesratsbeschluss vom 24. Juli 1896 betreffend die Bekämpfung der Tuberkulose beim Rindvieh.
8. Die Instruktion des eidgenössischen Landwirtschaftsdepartements betreffend das beim Auftreten kontagiöser und infektiöser Tierkrankheiten zu beobachtende Desinfektionsverfahren und die anzuwendenden Desinfektionsmittel, vom 1. August 1889.

Die Haftung für Schaden, welcher aus Widerhandlungen gegen diese gesetzlichen Bestimmungen entsteht, ist sanitätspolizeilicher oder überhaupt allgemein polizeilicher Natur und darf ja nicht mit der Haftung viehwährschaftlicher Natur verwechselt werden, sondern ist im Gegenteil vollständig getrennt zu behandeln.

Es ist daher auch vollständig unnötig, dass sich der Übernehmer beim Viehhandel in bezug auf Mängel und Krankheiten aus dem Gebiete der Viehseuchen auf dem Wege der konventionellen Währschaft, also dadurch, dass er sich für solche Mängel und Krankheiten beim Vertragsabschluss ausdrücklich und schriftlich Währschaft versprechen lässt, sichert. Er geniesst im Falle des Ausbruchs von Seuchen, welche ja alle in den Vorschriften über Viehseuchenpolizei zusammengestellt sind, doppelten Schutz, indem ihm der Übergeber einerseits gemäss der strafrechtlichen oder sanitätspolizeilichen Haftbarkeit schadenersatzpflichtig wird und andererseits für ihn, wie oben gezeigt wurde, gerade daraus auch ein zivilrechtlicher Anspruch erwächst.

III. Abschnitt.

Geschichte der Viehwäherschaft in der Schweiz bis zum Konkordat von 1853.

Geschichtliches Material über die Viehwäherschaft ist bereits mehrfach gesammelt und dem grossen Publikum durch das Mittel der Drucker-Presse zugänglich gemacht worden.

So ist z. B. erst kürzlich, im Jahre 1907, ein kleines Buch erschienen: „Die gesetzliche Gewährleistung beim Handel mit Vieh in der Schweiz“ von Dr. med. vet. J. Gsell, Bezirkstierarzt in Romanshorn. Diese Arbeit ist vorwiegend historischer Natur; sie umfasst im ganzen 115 Druckseiten, wovon ungefähr 90 auf die geschichtliche Entwicklung der Viehwäherschaftsgesetzgebung fallen. In einem ersten Teil „Allgemeine Geschichte“ durchgeht Dr. Gsell die Entwicklung, welche die Viehwäherschaft von den frühesten Zeiten an bei den einzelnen Kulturvölkern gehabt hat und kommt dabei zu dem Schluss, dass bevor eine wissenschaftliche Tierheilkunde festen Fuss gefasst hatte, die deutschen Rechtsnormen auf dem viehwäherschaftlichen Gebiete die Besten gewesen seien. Mit der Entwicklung der Veterinärwissenschaft seien aber die ädilitischen Bestimmungen in den Vordergrund getreten, da sie danach als gerechter und den Verhältnissen besser angepasst erschienen. Daraus lasse es sich erklären, dass die Gewährleistung beim Viehhandel in neuerer Zeit vielfach ergänzt und ersetzt wurde, durch Normen des römischen oder gemeinen Rechts.

Es folgt sodann ein zweiter Abschnitt „Frühere Vorschriften in den einzelnen Kantonen“, in welchem der Verfasser für jeden einzelnen Kanton gesondert seine geschichtliche Viehwäherschaftsentwicklung verfolgt, teils an Hand alter Urkunden, teils an Hand später erlassener Gesetze, welche den Zweck hatten, den Handel, Kauf und Verkauf, sowie auch den Tausch beim Viehhandel zu regeln. Da es eine unnötige Wiederholung einer bereits in sehr eingehender Weise

ausgeführten Arbeit wäre, wenn hier alle diese Bestimmungen, welche Dr. Gsell bei Anlass seiner Abhandlung zusammen-gesucht hat, noch einmal zusammengestellt würden, so kann hier einfach für diesen Teil der Materie auf die Arbeit des Dr. Gsell hingewiesen werden.

Bestimmungen währschaftsgesetzlichen Charakters aus den einzelnen Kantonen der Schweiz sind aber auch schon früher, wenigstens für bestimmte Zeitabschnitte gesammelt und zusammengestellt worden. Als sich in den dreissiger Jahren des vorigen Jahrhunderts in allen Teilen der Schweiz und besonders im Schosse landwirtschaftlicher und tierärztlicher Vereinigungen das Bedürfnis nach einer einheitlichen Regelung der Viehwährschaftsgesetzgebung auf eidgenössischem Boden geltend machte, stellte die Gesellschaft schweiz. Tierärzte im Jahre 1836 folgende Preisaufgabe auf: „Welches sind die gegenwärtig in den verschiedenen Kantonen der Schweiz bestehenden Gewährsmängel der Haustiere; welcher Rechtsgang findet bei den hierauf bezüglichen Streitigkeiten statt, und welches ist, bei der hierin überall gefühlten Unzulänglichkeit die Norm eines allgemein in unserm Vaterlande anwendbaren Währschaftsgesetzes, das den Viehverkehr am wenigsten erschwert und doch den Unschuldigen vor Betrug und Schädigung möglichst sichert?“

Diese Preisfrage wurde in ausserordentlich sorgfältiger und gewissenhafter Weise beantwortet von Dr. J. R. Köchlin, welcher denn auch den dafür ausgesetzten Preis erhielt. Er stellte die in den einzelnen schweizerischen Kantonen bestehenden Gewährsmängel und die zugehörigen Währschaftszeiten der Reihe nach zusammen. Sodann beschrieb er den Rechtsgang, das Prozedere, nach welchem in den einzelnen Kantonen bei Anlass von Währschaftsstreitigkeiten vorgegangen werden musste und zwar so ausführlich und klar, dass sich der Leser ohne weiteres ein deutliches Bild von den damals auf diesem Gebiet bestehenden Verhältnissen machen kann. Im dritten Teil seiner Arbeit gelangt Dr. Köchlin dann

zu Vorschlägen für ein allgemein im ganzen Gebiete der schweizerischen Eidgenossenschaft geltendes Währschaftsgesetz, das allerdings zu unserer heutigen Auffassung in manchen Teilen in schroffem Widerspruch steht, welches aber seinen Grundzügen nach die Basis für das später zur Geltung gelangte „Konkordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel“ geschaffen hat.

Einen zweiten, ebenfalls mit einem Preise belohnten Versuch zur Beantwortung der von der Gesellschaft schweizerischer Tierärzte aufgestellten Preisfrage lieferte J. J. Naef, gerichtlicher Tierarzt in Aarburg. Auch in dieser Arbeit findet sich eine Zusammenstellung der zur Zeit in den einzelnen Schweizerkantonen durch die Gesetzgebung aufgestellten Gewährsmängel und der zugehörigen Fristen und zwar sind diese in übersichtlicher Weise in Tabellen zusammengestellt. Daran anschliessend folgt dann eine Sammlung der Währschaftsgesetze, wie sie ihrem vollen Wortlaute nach in den einzelnen Kantonen bestanden. Auch diese Arbeit schliesst, wie dies ja durch das Thema verlangt wird, mit festformulierten Vorschlägen für den Erlass eines schweizerischen Währschaftsgesetzes, welche ebenso wie die des Dr. Köchlin von der später zusammentretenden Redaktionskommission für das Konkordat von 1853 zu Rate gezogen wurden.

Da diese beiden Arbeiten aus einer Zeit stammen, wo auf dem Gebiete der Veterinärwissenschaft vielfach noch ganz andere Anschauungen bestanden als heute, kann ihr Inhalt natürlich für die Beantwortung des vorliegenden Themas in materieller Beziehung nicht mehr in Betracht gezogen werden. Sie haben dagegen bleibenden historischen Wert. Aus demselben Grunde aber, wie von der Reproduktion der einschlägigen Teile der Gsell'schen Arbeit Umgang genommen werden konnte, nämlich weil sie ebenfalls bereits gedruckt sind, braucht auch mit Bezug auf sie hier nur auf den Ort hingewiesen zu werden, wo sie nachgeschlagen werden können, nämlich auf das „Archiv für Tierheilkunde“ (Arch. f. Tierheilk),

herausgegeben von der Gesellschaft schweizerischer Tierärzte, neue Folge, zweiter Band (Zürich 1840).

Dies sind aber nicht die einzigen Quellen, aus welchen man zu schöpfen braucht, wenn man sich ein Bild der geschichtlichen Entwicklung des Viehwährschaftswesens in der Schweiz machen will. Es findet sich vielmehr auch in E. Hubers „System und Geschichte des schweiz. Privatrechts“ im vierten Bande auf Seite 853 ff. bei Behandlung des Abschnittes „Kauf“ ein Hinweis auf die Entwicklung besonderer Bestimmungen über die Pflicht zur Gewährleistung zur Nachwährschaft im Viehhandel. Danach hat sich diese Entwicklung auf schweizerischem Rechtsgebiet in folgender Weise vollzogen: Im alten Recht zeigt sich die Tendenz, wie bei der Haftung im Vertragsverhältnis überhaupt, so auch beim Kauf den Käufer strenger zu behandeln als im späteren Recht. Dies entsprang der Auffassung, dass, was einmal gekauft sei, ohne weiteres und ohne Reklamationen behalten werden müsse. Wer etwas mit heimlichen Mängeln kauft, trägt eben den Schaden dafür, wie der Verkäufer den Schaden hätte tragen müssen, wenn es ihm nicht gelungen wäre, die Sache zu verkaufen. Die einzige Möglichkeit für den Käufer, die Gültigkeit des Geschäftes anzufechten, war nach den alt-alemanischen Rechtsanschauungen dann gegeben, wenn der Verkäufer die Fehler der Kaufsache gekannt und arglistig verschwiegen hatte. In diesem Falle war dem Käufer eine kurze Zeit gegeben, um Beschwerde zu erheben.

Mit dem Aufschwung des Verkehrslebens geriet nun aber diese alte Rechtsanschauung schon im späteren Mittelalter mit den allgemeinen Bedürfnissen in Konflikt. Es wurden allmählig die römisch-rechtlichen Regeln herbeigezogen und eine rechtliche Begründung der Pflicht des Verkäufers zur Haftung für Eviktion und für Mängel der Sache in der Weise geschaffen, dass die Garantie des Verkäufers in den Urkunden jeweilen besonders stipuliert und zugesichert wurde. In der Folge ging dies in die Statutarrechte über, welche bald

die Pflicht des Verkäufers zur Nachwährschaft als allgemeinen Grundsatz anerkannten.

Weil aber die alten, strengen Rechtsregeln im Viehhandel dem Käufer gegenüber sich als praktisch erwiesen, weil besonders der Nachweis Schwierigkeiten bereitete, dass allfällige Mängel des Tieres bereits vor der Übergabe bestanden hätten, so wurde für den Handel mit Tieren das alte Recht belassen. Seit Ende des Mittelalters wurden demnach, trotz der allgemeinen Verbreitung der römisch-rechtlichen Regeln über Gewährleistung, im schweizerischen Rechtsgebiet über diese besondere Art des Kaufes in der Gesetzgebung eigene Regeln aufgestellt, welche eine Nachwährschaft im Viehhandel zwar nicht völlig ablehnten, wohl aber den allgemeinen, weitgehenden Bestimmungen über die Pflicht zur Gewährleistung für das spezielle Gebiet des Viehhandels besondere Beschränkungen auferlegten. Professor Huber weist an Hand der Quellen nach, dass keine Frage des Obligationenrechts in den Statutarrechten so allgemein und so ausführlich geordnet war, wie diese Nachwährschaft für Viehmängel, besonders in den welschen Rechten und führt diese Fruchtbarkeit der Gesetzgebung zurück auf die grosse Energie, mit welcher Viehzucht und Viehhandel, die in dieser Zeit für unsere Gegenden bereits eine hervorragende Bedeutung beanspruchten, der Anwendung der gemeinrechtlichen Regeln widerstrebt haben. Über die besondern Beschränkungen, denen die Pflicht zur Gewährleistung beim schweizerischen Viehhandel unterstellt wurde, lässt sich Huber a. a. O. wörtlich weiter vernehmen: „Danach wurde gemeiniglich davon ausgegangen, dass der Käufer in der Regel auch bei sofortiger gehöriger Prüfung nicht in der Lage sei, die im Tier liegenden, bereits vorhandenen heimlichen Mängel zu entdecken, weshalb er eine kürzere Frist bekommen soll, innerhalb welcher er immer noch nach Empfang des Tieres, wegen auftretender Mängel desselben, Beschwerde erheben könne. Diese Frist wurde von den Quellen verschieden bemessen und

schwankte für die einzelnen Fälle von einer Woche bis zu einem Jahr. Zeigte sich während dieser Zeit der Mangel, so konnte der Käufer das Tier zurückgeben, ohne dass er nachzuweisen brauchte, dass dieser Mangel schon zur Zeit des Kaufes vorhanden gewesen sei. Es wurde also vermutet, dass der Fehler früher bereits bestanden habe. Dabei waren dann aber auch nicht alle Mängel mit einer solchen Folge begleitet, sondern nur sogenannte Hauptmängel, welche einerseits die Eigenschaft besitzen, das Tier nahezu wertlos zu machen und andererseits auch nicht plötzlich einzutreten pflegen, und diese Mängel wurden alsdann wiederum von den Gesetzen in ziemlicher Übereinstimmung aufgeführt. Endlich wurde es dem Käufer, der die Wandelung verlangen wollte, in der Regel zur Pflicht gemacht, für die gehörige Konstatierung des Mangels besorgt zu sein und die Rückbietung durch eine Amtsperson vornehmen zu lassen.“

Diese Darstellung wird Satz für Satz durch Fussnoten belegt, in welchen eine Übersicht der einschlägigen stadtland- und statutarrechtlichen Bestimmungen zusammengestellt ist. Auffallend ist dabei, dass bei der Aufstellung dieser gesetzlichen Bestimmungen dieselben Prinzipien vorherrschten, die noch zu Mitte des neunzehnten Jahrhunderts, z. B. bei Erlass des Konkordates über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel von 1853 massgebend waren, und es erinnern beispielsweise die Bezeichnungen der Viehhauptmängel, wie „hauptmüdig“, „buchstössig“, „spättig“, „stätig“, „dempfig“, „krempfig“, „krettig“, „reppig“, „männig“, „faul“, „ganz faul“, „finnig“, „hirnmütig“, lebhaft an die Art und Weise des Hauptmängelparagraphen des genannten Konkordates!

Im fernerem zeigt Huber die Verschiedenheiten und Unklarheiten, welche bei der Abgrenzung des Währschaftsrechts in den einzelnen Quellen bestanden. Einmal mit Bezug auf die Frage, welche Gattungen von Haustieren den besonderen Bestimmungen zu unterstellen seien: „Allgemein wurde ge-

sagt: Für den Handel mit Rindvieh und Pferden; aber der Handel mit Kleinvieh, Ziegen, Schafen, Schweinen wurde doch häufig nicht unberücksichtigt gelassen, und einzelne Rechte dehnten die besondere Regelung auch geradezu auf dieses Verkehrsgebiet aus, unter Festsetzung besonderer Fristen und Nennung eigener Mängel.“

Und zweitens mit Bezug auf die fernere Frage, ob auch vom Verkäufer gehaftet werden musste für solche Mängel, welche in den Gesetzen nicht ausdrücklich genannt waren. Es kam dabei auf den grundsätzlichen Ausgangspunkt an, von dem der Gesetzgeber ausgegangen war. Die eine Auffassung, die sich übrigens in einigen Rechten, wie in den Edits civils von Genf, dem Landbuch von Klosters, in den Statuten des oberen grauen Bundes bis auf die Gegenwart erhalten hat, wollte durch besondere gesetzliche Regelung der Währschaftsbestimmungen die Stellung des Verkäufers gegenüber dem alten strengen mittelalterlichen Recht verbessern, indem sie ihn nur haften liess für die im Gesetz ausdrücklich genannten Mängel, die sog. „Hauptmängel“.

Die andere Auffassung, welche nach Huber bis heute die herrschende, obschon nicht unbestrittene, geblieben ist, geht davon aus, dass bei Erlass besonderer gesetzlicher Gewährschaftsbestimmungen alte Anschauungen und Gebräuche des Viehverkehrs gegenüber dem gemeinen und modernen allgemeinen Kaufrecht aufrecht erhalten werden sollten, während daneben alle die im Gesetz nicht besonders geregelten Fälle nach gewöhnlichem Kaufrecht zu beurteilen seien. Demnach hat also das gemeine Recht auch beim Viehhandel überall Geltung, wo nicht mit Bezug auf die genannten Hauptmängel besondere Fristen aufgestellt sind, welche für den Käufer einerseits schlimmere, andererseits aber günstigere Verhältnisse schaffen, als dies nach dem gemeinen Kaufrecht der Fall wäre.

Weitere interessante Einblicke, allerdings zum Teil nur mit Bezug auf das bernische Recht, in die geschichtliche

Entwicklung des Währschaftsrechts beim Viehhandel, gewährt eine Abhandlung über „Gewährsfrist beim Pferdehandel“, welche der frühere Redaktor der „Zeitschrift des bernischen Juristenvereins“ (ZBJV), Professor König, bei Anlass der Kritik eines Urteils des bernischen Appellations- und Kassationshofes in Sachen Wylersche Familienkasse c/a Daniel Reusser vom 22. November 1873 in ZBJV 12, 266 ff., veröffentlicht hat:

Bei der Lehre von der Gewähr gehen die Grundsätze des römischen und des deutschen Rechtes auseinander. Nach dem römischen Zivilrecht haftete der Verkäufer nur für das Vorhandensein solcher Eigenschaften, die er ausdrücklich oder stillschweigend zugesichert hatte und für absichtlich verheimlichte Mängel. Hatte also weder doloses Verschweigen, noch ausdrückliches Versprechen stattgefunden, so konnte keine Haftung eintreten.

Entgegen diesen Bestimmungen schuf das prätorische Edikt eine Haftbarkeit für alle nicht offenbaren und erheblichen Mängel, wenn diese nicht ausdrücklich angezeigt worden waren. Dieses Edikt, welches ursprünglich nur mit Bezug auf den Sklaven- und Viehhandel erlassen worden war, wurde in der Folge von der Jurisprudenz auf alle körperlichen Sachen ausgedehnt.

Für solche nachträglich entdeckte, aber bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandene erhebliche Mängel liessen die Ädilen dem Käufer die Wahl, mit der *actio quanti minoris* auf verhältnismässige Herabminderung des Kaufpreises, oder mit der *actio redhibitoria* auf Zurückversetzung in den früheren Zustand zu klagen, dagegen anerkannten sie keine Klage wegen Verletzung anderweitiger Interessen.

Die Minderungsklage musste binnen Jahresfrist, die Wandelungsklage binnen 6 Monaten angehoben werden, und wo nach den Bestimmungen des Zivilrechts das Interesse einklagbar war, galten die ordentlichen Verjährungsfristen.

Von ganz entgegengesetzten Prinzipien ist dagegen das

deutsche Recht geleitet, wo als Grundregel für den Käufer der Satz galt: „die Augen auf oder den Beutel!“ und stets auf möglichst schroffe Unanfechtbarkeit geschlossener Verträge gehalten wurde. Eine Ausnahme fand nur da statt, wo der Käufer die Fehlerhaftigkeit der Sache gekannt hatte und diese sich als erheblich herausstellte. Unter dieser Voraussetzung konnte die fehlerhafte Sache, namentlich fehlerhaftes Vieh, binnen einer ganz kurzen Frist — gewöhnlich drei Tage — zurückgegeben werden. Aber auch in solchen Fällen konnte sich der Verkäufer der Pflicht zur Gewährleistung, also zur Rücknahme, dadurch entziehen, dass er nebst einem Eideshelfer schwor, er habe bei Abschluss des Geschäftes den Fehler nicht gekannt.

Dieser deutschrechtliche Grundsatz findet sich auch in unserer früheren Gesetzgebung. Es gab keine Währschaftspflicht ipso jure, sondern sie musste sich auf bestimmte Zusicherungen beziehen, wie z. B. auf Trächtigkeit der Kuh im Landrecht von Saanen. Ausnahmsweise zeigte sich jedoch auch eine gesetzliche Währschaftspflicht mit Bezug auf den Handel mit Vieh und mit Pferden, wie z. B. in den bernischen Gerichtssatzungen von 1539 und von 1614. Danach muss, wer dem andern „unsauber oder fininig, dessgleichen fauls oder auch sturmes Vieh“ verkauft oder vertauscht, dieses zurücknehmen, wenn es ihm binnen 8 Wochen durch den Weibel wieder angeboten wird, ohne Unterschied, ob er den Fehler gekannt hatte oder nicht. Im handschriftlichen Kommentar wird hiezu folgendes bemerkt: „Die Ursach ist diesere, weilen dergleichen innerliche Mängel, als worvon das Gesetz allein redet, auch von den erfahrnesten nicht alsobald können gemerkt werden, und aber wohl zu gedenken, dass wenn anfangs selbige dem Käufer bekannt gewesen wären, Er das prästhafte Vieh ganz nicht, oder wenigstens nicht umb solchen Preiss gekaufft hätte, welcher Irrthumb dann den ganzen Kauf stürtzet, weilen er den consensum und Einwilligung als die Substanz des Kaufcontracts ausssschliesst,

dahero solcher durch errorem eingegangene Kauf rescindiert werden kann.

Wenn denn einer wüssentlich ein presthaft Guth verkauft, so befinde sich aussert dem jetzt genamsetzten dissensui auch ein strafbarer Betrug, der sowohl ein solcher Kauf als ander contracten annulliert insoweith, dass ein solcher vorsätzlicher Betrieger auch alle andere Schaden, so darauss erwachsen als ex. gr., wenn ein mit der Prest angestecktes Vieh wüssentlich verkauft und dadurch anders angesteckt wurde, umb allen Schaden antworten müsste: *Damnum debet resarcire is, qui damni causam dedit.*“

Unter „Vieh“ verstand man sowohl Rindvieh, wie namentlich auch Schweine und Schafe. Die zeitgenössische Gerichtspraxis wendete diese Bestimmungen per analogiam auch auf ganz andere Gegenstände an, wie der obengenannte Kommentar an Hand eines Urteils vom 30. November 1682 zeigt: „Urteil auss der Teutschen Appellations Cammer zwischen Elisabeth Zehnder und Samuel Triboleth, über die Frag, ob ein Kauf eines Hauses ungültig seyn solle, wenn wider des Käufferen besser Versehen Gspängster darinnen verspührt würden.

Judicatum est quod sic, wenn der Verkäuffer schon nicht expressis verbis Währschaft versprochen et allegatum est exemplum eines finrigen Schweines.“

Dieselben Bestimmungen galten auch für den Pferdehandel. Wer ein Ross verkauft oder vertauscht, „so haubtmürdig, buchstössig oder spätig wäre“, muss es zurücknehmen, wenn es ihm binnen 6 Wochen durch den Weibel zurückgeboten wird.

Doch steht beim Vieh- und Pferdehandel dem Verkäuffer immer der Nachweis offen, dass dem Tier beim Vertragsabschluss nichts gefehlt habe, der Gewährsmangel also erst später eingetreten sei.

Das Gesetz kennt nur die Wandelungsklage. Minderungsklage und Klagen auf Interesse sind ihm fremd.

Diese selben Bestimmungen gingen dann in der Folge auch über in die bernische Gerichtssatzung von 1761. Auch hier findet sich nur die Wandelungsklage. Der zweite Teil, zweites Hauptstück des bernischen Zivilgesetzbuches vom 18. März 1830 enthielt in Satzung 701 die Vorschrift, dass die Gewährspflicht des Veräusserers im allgemeinen nicht von einem besonderen Versprechen abhängig sei. Sie werde vielmehr vermutet, wenn von den Parteien nichts Abweichendes verabredet worden ist.

Die gesetzliche Währschaftspflicht des Veräusserers gegenüber dem Erwerber bezieht sich auf folgende Punkte:

1. Dass er die Sache nach der Natur des Geschäftes oder nach der ausdrücklichen Bestimmung des Vertrages behalten und benutzen dürfe.

2. Dass die Sache diejenigen Eigenschaften habe, welche bei Sachen dieser Art stillschweigend vorausgesetzt werden, oder die er ihr in dem Vertrage ausdrücklich beigelegt hat.

3. Dass die Sache mit keinen verborgenen Mängeln behaftet sei, welche sie zu dem ordentlichen Gebrauch untüchtig machen.

4. Dass dritte Personen nicht dingliche Rechte gegen ihn geltend machen können, die zu der Zeit der Übergabe der Sache bereits auf derselben haftet, und die in dem Vertrage nicht angezeigt worden.

Kann der Mangel nicht gehoben werden, so hat der Erwerber eine Klage auf Aufhebung des Geschäftes oder auf Ersatz des Schadens, in welchen Begriff entgangener Gewinn nicht einbezogen wird. Er hat somit die Wandelungsklage und Schadenersatzklage, nicht nur die Preisminderungsklage.

Lässt sich dagegen der Mangel heben, so bleibt dem Erwerber nur die Klage auf Hebung der Mängel oder Preisminderung und eventuell auf Schadenersatz.

Diese allgemein obligationenrechtlichen Regeln des bernischen Zivilgesetzbuches über die Gewährleistung, kamen jedoch für den Handel mit Rindvieh, Pferden und Schweinen,

die zum Schlachten verkauft wurden, nicht zur Anwendung, weil die Währschaftspflicht für diese Gattung durch die Satzungen 714 bis 719 des Zivilgesetzbuches eine besondere Regelung erfahren hatten.

Diese Satzungen wurden dann durch das Konkordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel von 1853 und das Dekret vom 22. Dezember 1853 aufgehoben und durch Bestimmungen ersetzt, welche im Viehhandelsverkehr die ältere deutsche Rechtsansicht zur Anwendung brachten.

An Hand dieser historischen Forschungen, welche Professor Huber und Professor König über den Entwicklungsgang des Viehwährschaftswesens gemacht haben, sowie auch an Hand der bereits eingangs erwähnten Arbeiten von Dr. Gsell, Dr. Köchlin und Tierarzt Naef lässt sich, wie gesagt, ein klares Bild der Geschichte der Viehwährschaft bis ins neunzehnte Jahrhundert hinein schaffen. Den ersten markanten Wendepunkt nach der jahrhundertelangen Periode allgemeinen Wirrwarrs bildete dann das Inkrafttreten des schon mehrfach erwähnten Konkordats von 1853. Das Bedürfnis nach einem schweizerischen Währschaftsgesetz hatte sich längst schon allgemein fühlbar gemacht, und die Preisfrage, welche im Jahre 1836 von der Gesellschaft schweizerischer Tierärzte aufgestellt wurde, entsprang dem tiefgefühlten Wunsche der gesamten landwirtschaftlichen Bevölkerung nach einheitlicher und bestimmter Regelung der Viehwährschaftsgesetzgebung.

Im Jahre 1840 regte dann der Sanitätsrat des Kantons Aargau den Erlass eines gemein-eidgenössischen Gewährschaftsgesetzes an. Die Kantone wurden zu einer Konferenz nach Aarau eingeladen. Die politischen Wirren verhinderten jedoch eine systematische Arbeit auf diesem Gebiete, so dass sie erst im Herbst 1846 und im Frühjahr 1847 auf Anregung der thurgauischen und zürcherischen Kantonsregierungen wieder aufgenommen wurden. Doch scheiterten auch diese Verhandlungen wieder ob den inzwischen eingetretenen wichtigen politischen Ereignissen.

Dagegen wählte die Gesellschaft schweizerischer Tierärzte am 30. August 1847 auf Antrag des Professors an der bernischen Tierarzneischule, Anker, eine Kommission, bestehend aus dem Verfasser der oben erwähnten zweiten Bearbeitung der Preisfrage, welche die Gesellschaft schweizerischer Tierärzte im Jahre 1836 aufgestellt hatte, Naef, der inzwischen eidgenössischer Oberpferdearzt geworden war, Anker, Professor in Bern, und Hirzel, Lehrer an der Tierarzneischule in Zürich. Diese Kommission hatte die Aufgabe: „Unter Benutzung der bereits vorhandenen Preisschriften über diesen Gegenstand eine Norm zu einem allgemein schweizerischen Währschaftsgesetz zu entwerfen, um solches der Gesellschaft in ihrer nächsten Versammlung vorlegen und darauf den sämtlichen Kantonsregierungen mitteilen zu können, um auf solche Weise wenigstens in der Hauptsache nach und nach eine Übereinstimmung in den Kantonalgesetzgebungen in bezug auf diesen Gegenstand anzubahnen“. Im Jahre 1848 erhielt diese Kommission von der Gesellschaft schweizerischer Tierärzte nochmals Auftrag, den Entwurf zu einem schweizerischen Währschaftsgesetz auszuarbeiten. Sie trat denn auch endlich im Jahre 1850 zusammen und stellte bei dieser Gelegenheit einen Teil des Entwurfs fertig.

Am 21. August 1850 beschloss die Gesellschaft schweizerischer Tierärzte, die Kommission noch um zwei neue Mitglieder zu vermehren, und drängte auf Vollendung des Entwurfs, damit derselbe der Bundesversammlung vorgelegt und auf dem Wege der Bundesgesetzgebung zur Geltung gelangen könne oder dann doch wenigstens als Konkordat einiger Kantone eingeführt werde.

Inzwischen hatte auch die aargauische Regierung die im Jahre 1840 begonnenen Verhandlungen wieder aufgenommen. Sie lud die Kantone zu einer Konferenz ein, an welcher man betreffend Anbahnung eines gemeinsamen Währschaftsgesetzes für Hauptmängel schlüssig werden sollte.

Am 16. November 1850 kam die Kommission der Ge-

sellschaft schweizerischer Tierärzte in Aarburg zusammen. An der Versammlung beteiligten sich sämtliche fünf Mitglieder der Kommission, nämlich Naef, eidgenössischer Oberpferdearzt in Aarburg, Anker, Professor in Bern, Hirzel, Lehrer an der Tierarzneischule in Zürich, Räber, Medizinalrat von Ermensee, Kanton Luzern, und Zangger, eidgenössischer Stabspferdearzt in Zürich. Die Kommission beendete ihre Arbeiten am 17. November 1850 und legte sie am folgenden Tage, am 18. November, der in Bern zusammentretenden Konferenz kantonaler Abgeordneter vor unter dem Titel: „Gesetz über die Gewährleistungen bei dem Verkehr mit Haustieren“. Die Konferenz war von 11 Kantonen mit Abgeordneten beschickt worden, nämlich von Zürich, Bern, Luzern, Freiburg, Solothurn, Basel-Stadt und -Land, Schaffhausen, Appenzell A.-Rh., Aargau, Thurgau und Neuenburg. St. Gallen hatte einen Vertreter abgeordnet, der aber an keiner Sitzung teilnahm. Die Konferenz beriet auf Grund des Entwurfs, welcher ihr von der Kommission der Gesellschaft schweizerischer Tierärzte vorgelegt worden war, änderte einiges daran und schloss dann unter Ratifikationsvorbehalt der gesetzgebenden Behörden ein Konkordat, welches seinem Entwurfe nach fast wörtlich später als „Konkordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel“ am 1. August 1853 in Kraft trat.

IV. Abschnitt.

Das Konkordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel

vom 1. August 1853.

OR Art. 890 bestimmt wörtlich: „Beim Handel mit Vieh (Pferden, Eseln, Mauleseln, Rindvieh, Schafen, Ziegen und Schweinen) gelten hinsichtlich der Gewährleistung wegen Mängel die Vorschriften der kantonalen Gesetzgebungen, beziehungsweise des Konkordates über die Viehhauptmängel bis

zu dem Zeitpunkte, wo hierüber ein eidgenössisches Gesetz erlassen sein wird.“

Diese Vorschrift verweist also lediglich auf andere, gegenwärtig noch zu Recht bestehende Bestimmungen. Es muss somit zunächst untersucht werden, wie es mit diesen, zpeziell mit dem erwähnten Konkordate steht.

Wie sich aus dem vorigen Abschnitte dieser Arbeit und ganz besonders aus der dort mehrfach zitierten Arbeit „Die gesetzliche Gewährleistung beim Handel mit Vieh in der Schweiz“ von Dr. med. vet. J. Gsell, Bezirkstierarzt in Romanshorn, ergibt, bestand über die Pflicht zur Gewährleistung für Mängel beim Viehhandel in der Gesetzgebung der einzelnen Gegenden der Schweiz ein geradezu babylonischer Wirrwarr. Teils in den Satzungen alter Landbücher, bis in die Separatlegislatur kleiner Land- und Talschaften hinein, teils in neueren, fester geordneten besonderen kantonalen Gesetzen fanden sich Bestimmungen über die Viehwährschaft.

Das Resultat langer Vorverhandlungen war, wie zu Ende des vorigen Abschnittes gezeigt wurde, dann endlich der Erlass des „Konkordats über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel“, in Kraft seit dem 1. August 1853.

Im Zeitpunkt seines Inkrafttretens gehörten dem Konkordat die sechs Kantone Aargau, Bern, Freiburg, Neuenburg, Zug und Zürich an. Später schlossen sich noch an: Solothurn, Basel-Land, Waadt, Basel-Stadt, Thurgau, St. Gallen, Schwyz, Appenzell I.-Rh. Appenzell A.-Rh. und Wallis, so dass bei der eidgenössischen Viehzählung vom 21. April 1866 15 eidgenössische Stände dem Konkordate angehörten. Wallis kam erst im Herbst 1866 hinzu.

Aus der grossen Zahl von Kantonen, welche dem Konkordat angehört haben, ergibt sich ein Rückschluss auf die wichtige Rolle, die es jahrzehntelang im schweizerischen Viehwährschaftswesen gespielt hat. Deshalb und weil es in der vorliegenden Arbeit seinen Vorteilen und Nachteilen nach einer

eingehenden Kritik unterzogen werden soll, ist es unerlässlich, es seinem genauen Wortlaute nach hier wiederzugeben:

„Konkordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel“ vom 1. August 1853.

Die Kantone Aargau, Bern, Freiburg, Neuenburg, Zug und Zürich sind übereingekommen, über Bestimmung und Gewähr der Hauptmängel bei Tieren aus dem Pferdegeschlecht und beim Rindvieh folgende gesetzliche Vorschriften festzustellen.

§ 1. Beim Handel mit Tieren aus dem Pferdegeschlecht und mit Rindvieh, wenn das Tier über 6 Monate alt ist, hat der Übergeber (Verkäufer oder Vertauscher) dem Übernehmer (Käufer oder Eintauscher) während der gesetzten Zeit dafür Währschaft zu leisten, dass dieselben mit keinem von den im § 2 aufgezählten Gewährsmängeln behaftet sind.

§ 2. Gesetzliche Gewährsmängel sind:

a) Bei Tieren des Pferdegeschlechts:

1. Abzehrung als Folge von Entartung der Organe der Brust- und Hinterleibshöhle (Verhärtung, Verschwärung, Vereiterung, Krebs, Tuberkelbildung). Währschaftszeit 20 Tage.
2. Alle Arten von Dampf (Engbrüstigkeit). Währschaftszeit 20 Tage.
3. Verdächtige Druse, Rotz und Hautwurm. Währschaftszeit 20 Tage.
4. Still- oder Dummkoller. Währschaftszeit 20 Tage.

b) Beim Rindvieh:

1. Abzehrung als Folge von Entartung der Organe der Brust- und Hinterleibshöhle (Verhärtung, Verschwärung, Vereiterung, Krebs, Tuberkelbildung mit Inbegriff der Perlsucht oder sogen. Finnen). Währschaftszeit 20 Tage.
2. Ansteckende Lungenseuche. Währschaftszeit 30 Tage.

Die Währschaftszeit beginnt mit dem Tage der Übergabe des Kaufsgegenstandes.

§ 3. Das Vorhandensein eines Gewährsmangels innerhalb der Währschaftszeit hat zur Folge, dass der Übergeber gehalten ist, das Tier zurückzunehmen und den empfangenen Kauf- oder Anschlagspreis dem Übernehmer zu ersetzen.

§ 4. Wurde beim Kauf oder Tausch der Wert nicht bestimmt, so muss das zurückgebotene Tier durch zwei Sachverständige gewertet werden, welche der Gerichtspräsident vom Wohnorte des Übernehmers ernennt.

§ 5. Für Tiere, welche vor Ablauf der Währschaftszeit in andere als die konkordierenden Kantone oder in das Ausland geführt werden, dauert die Währschaftspflicht nur so lange, bis dieselben die Grenzen des Konkordatsgebietes überschritten haben.

§ 6. Abweichungen von den gesetzlichen Bestimmungen über Gewährsmängel und Gewährzeit können durch Vertrag bedungen werden.

§ 7. Nimmt der Übernehmer eines Tieres einen Gewährsmangel an demselben wahr, so hat er dem Übergeber durch einen Gemeindsbeamten davon Anzeige zu machen und ihm das Tier zurückzubieten.

Der Übergeber hat sich binnen 2 Tagen zu erklären, ob er das Tier zurücknehmen wolle.

§ 8. Erfolgt diese Erklärung nicht, oder kann der Übernehmer wegen nahe bevorstehenden Auslaufes der Gewährzeit oder aus einem andern Grunde den Übergeber nicht befragen, so soll der Übernehmer durch den Gerichtspräsidenten seines Aufenthaltsortes zwei patentierte Tierärzte bezeichnen lassen, welche das Tier zu untersuchen haben.

Derjenige, welcher das Tier zuvor ärztlich behandelte, darf nicht mit der Untersuchung beauftragt werden.

§ 9. Die berufenen Tierärzte haben die Untersuchung sogleich, jedenfalls innert 24 Stunden nach Empfang der Aufforderung vorzunehmen. Sind sie in ihren Ansichten einig, so

ist der Befund und das Gutachten gemeinschaftlich, bei geteilter Ansicht aber von jedem besonders abzufassen. In letzterem Falle wird der Gerichtspräsident unverzüglich eine nochmalige Untersuchung durch einen dritten Tierarzt anordnen und dann die sämtlichen Berichte der Medizinalbehörde des Kantons zur Abgabe eines Obergutachtens übermitteln.

§ 10. Erklären die untersuchenden Tierärzte, dass zur Abgabe eines bestimmten Befindens die Tötung des Tieres notwendig sei, so kann diese auf Bewerben des Übernehmers vom Gerichtspräsidenten bewilligt werden. Jedoch ist der Übergeber vorher davon in Kenntnis zu setzen, wenn solches möglich und keine Gefahr im Verzuge ist.

§ 11. Sollte ein im lebenden Zustande untersuchtes Tier während der Gewährungszeit umstehen oder aus polizeilichen Rücksichten getötet werden, so ist dasselbe nochmals zu untersuchen, ein Sektionsbefund mit Gutachten abzufassen und nötigenfalls das frühere Befinden zu berichtigen.

§ 12. Die erste Untersuchung eines Tieres muss innerhalb der Währungszeit vorgenommen werden, ansonst dieselbe keine rechtliche Wirksamkeit hat.

§ 13. Der Gerichtspräsident wird nach Empfang des Gutachtens der Tierärzte oder des Obergutachtens der Medizinalbehörde sofort dem Unternehmer das Original, dem Übergeber eine Abschrift davon zustellen und den letztern auffordern lassen, sich zu erklären, ob er das Vorhandensein eines Gewährsmangels bei dem untersuchten Tiere anerkenne. Gibt der Übergeber keine bejahende Erklärung, so kann er von dem Unternehmer rechtlich belangt werden.

§ 14. Das übereinstimmende Gutachten der untersuchenden Tierärzte oder das Obergutachten der Medizinalbehörde ist für das richterliche Urteil massgebend.

§ 15. Die Kosten der Rückbietung, der tierärztlichen Untersuchung, sowie die nach der Rückbietung erlaufenden Kosten der ärztlichen Behandlung und Fütterung des Tieres

sind von demjenigen Teil zu tragen, welchem das untersuchte Tier anheimfällt.

§ 16. Nach angehobenem Rechtsstreite soll der Richter auf Begehren der einen oder andern Partei die öffentliche Versteigerung des Tieres anordnen.

Der Erlös wird vom Richter in Verwahrung genommen.

§ 17. Wird Rindvieh zum Schlachten veräußert und dann mit einer solchen Krankheit behaftet erfunden, dass der Verkauf des Fleisches ganz oder teilweise untersagt wird, so hat der Übergeber für den erweislichen Minderwert Vergütung zu leisten.

§ 18. Dieses Konkordat tritt mit dem 1. August 1853 in Kraft. Durch dasselbe werden alle frühern, damit im Widerspruch stehenden Gesetze, Verordnungen und Übungen aufgehoben “

Wenn nun auch diese Bestimmungen des Konkordates für Streitigkeiten wegen Mängeln beim Viehhandel in den Konkordatskantonen festes Recht schufen, so waren sie trotzdem keineswegs mustergültig. Das geht mit Deutlichkeit schon aus der Tatsache hervor, dass seit Anfang der achtziger Jahre des letzten Jahrhunderts eine allgemeine Flucht der Kantone aus dem Konkordat stattfand. Diese Bewegung begann mit dem Rücktritte Berns am 13. Mai 1881. Im Jahre 1882 folgten Solothurn, Waadt, Wallis und Neuenburg, und so ging es die zwei nächsten Jahrzehnte hindurch weiter, so dass heute nur noch drei Kantone, Zürich, Baselland und Thurgau tatsächlich dem Konkordat angehören.

Die Fehler, an welchen das Konkordat von 1853 krankt, führen sich grösstenteils auf veraltete Anschauungen der veterinär-medizinischen Wissenschaft zurück und sind von prinzipiellster, grundlegendster Bedeutung, indem sie auf die Rechtsprechung in Streitigkeiten über Viehwährschaftssachen einen unheilvollen Einfluss ausübten.

Schon im Jahre 1870 wurde im Auftrage des Departements des Innern des schweizerischen Bundesrates von den

beiden Sachverständigen Dr. W. Munzinger, Professor der Rechte an der Universität Bern, und Dr. H. Pütz, Direktor der Tierarzneischule in Bern ein Gutachten ausgearbeitet, welches verschiedene schwerwiegende Mängel und Fehler des Konkordats festlegte und demselben überhaupt hart zusetzte, ja, zum Schlusse kam, dass seine Revision dringend notwendig und überhaupt eine Regelung der ganzen Materie auf dem Wege der Bundesgesetzgebung äusserst wünschenswert sei.

Lücken von elementarer Wirkung, welche auch dem Laien in die Augen springen müssen, enthält schon gleich der § 1 des Konkordates, die Beschränkung der Währschaftspflicht auf den Handel mit Tieren aus dem Pferdegeschlecht und mit Rindvieh einerseits und auf die untere Altersgrenze von 6 Monaten anderseits. Ausgeschlossen von der Pflicht zur Währschaft ist also nach dem Konkordat von 1853 aller Handel mit andern Haustieren, als Tieren aus dem Pferdegeschlecht und Rindvieh, also namentlich mit Schafen, Ziegen, Schweinen, Hunden und Geflügel und für Gewährsmängel an Tieren des Pferdegeschlechts und Rindvieh haftet der Übergeber erst dann, wenn sie das Alter von 6 Monaten erreicht haben.

Die Tragweite solcher Beschränkungen lässt sich bei einiger Aufmerksamkeit leicht erkennen. Ein stichhaltiger Grund dafür liegt jedoch kaum vor. Allerdings lässt sich der Handel mit Hunden, Katzen, Kaninchen und Geflügel, wie oben im 1. Abschnitt sub lit. C bereits näher erörtert wurde, als zu besonders geartet und weniger im Interessenkreise des allgemeinen und speziell unseres schweizerischen landwirtschaftlichen Viehhandels liegend, von der allgemeinen Währschaftspflicht ausnehmen. Gegen die Aufnahme der Schafe, Ziegen und Schweine unter die besondern Bestimmungen wurde öfters das Argument in Feld geführt, dass das Verhältnis des Wertes dieser Tiere zu den Kosten, welche ein Währschaftsprozess mit sich bringt, ein geradezu unmögliches sei. Es war von diesem Einwande schon im ersten Abschnitte

der vorliegenden Arbeit die Rede, und er ist dort bereits widerlegt worden.

Die schwächste Seite des Konkordates, ein Fehler, der es für unsere heutigen Verhältnisse eben geradezu unhaltbar gemacht hat, ist die Aufzählung einer bestimmten Anzahl von Arten „gesetzlicher Gewährsmängel“ in § 2. Das Prinzip, gesetzliche Gewährsmängel zu schaffen, also durch den Wortlaut des Gesetzes eine bestimmte Krankheit als Gewährsmangel zu bezeichnen, ist vom Standpunkte der heutigen Gesetzgebungstechnik aus durchaus verwerflich und unpraktisch. Die Krankheiten und Mängel, welche einem Tier anhaften können, sind, wie sich aus der Erfahrung der Tierheilkunde und übrigens schon aus der blossen vernünftigen Überlegung ergibt, so mannigfaltig und verschieden, so individuell geartet und abgestuft, ja häufig so wenig genau zu fixieren, dass es geradezu als ein Unding, als gesetzliches Monstrum bezeichnet werden muss, wenn sich in einem einzelnen Gesetzesparagraphen unter Ziffer 1, 2, 3 und 4 alle diejenigen Mängel sammelt finden sollen, welche ein Pferd als beim Kauf nicht wahrhaft erscheinen lassen sollen. Dazu kommt aber noch, dass eine derartige Aufzählung von Mängeln und Krankheiten auch vom modernen wissenschaftlich tierärztlichen Standpunkt aus als völlig unhaltbar bezeichnet werden muss und bezeichnet wird.

Welch eine unheimliche Fülle von Fallstricken und Fussangeln liegt für den sachverständigen Gerichtstierarzt allein in dem ersten kurzen Satz: „1. Abzehrung als Folge von Entartung der Organe der Brust- und Hinterleibshöhle usw.“!

Zunächst einmal: Was versteht man unter Abzehrung? Auf diese Frage kann man von den Tierärzten unzählige, verschiedene, ganz grundverschiedene Antworten erhalten. Gewiss, es mag Tiere geben, die sich in solch elendem Zustande befinden, dass der Ausdruck „abgezehrt“ ohne weiteres auf sie angewendet werden kann. Das sind aber seltene Ausnahmen. Dagegen gibt es zwischen dem Zustand gesunder

Körperfülle und dem Abgezehrtsein eine unzählige Menge von Abstufungen, und wo befindet sich nun da die Grenze, von der an der Sachverständige mit gutem Gewissen und in besten Treuen das Befinden abgeben darf, das beanstandete Tier weise den im Konkordat genannten Mangel der „Abzehrung“ auf? Und muss es im Rechtsgefühl des Volkes nicht geradezu als schreiendes Unrecht empfunden werden, wenn ein Verkäufer durch Gerichtsurteil dazu verhalten wird, Währschaft zu geben, während in einem andern Fall, wo es sich vielleicht um ein bedeutend stärker abgemagertes Tier handelt, das Begehren des Käufers um Währschaft abgewiesen wird, nur aus dem Grunde, weil in den beiden Fällen nicht die gleichen Sachverständigen amtierten und sie über den Begriff „Abzehrung“ verschiedener Ansicht waren?

Damit aber noch nicht genug! „Abzehrung als Folge von Entartung der Organe der Brust- und Hinterleibshöhle usw.“ Also ist „Abzehrung“ nur dann ein Gewährsmangel, wenn sie sich „als Folge“ von Entartung der Organe der Brust- und Hinterleibshöhle darstellt und sonst nicht. Am lebenden Tiere aber in allen Fällen mit unbedingter Sicherheit eine Entartung der Organe der Brust- und Hinterleibshöhle festzustellen, ist ein Ding der Unmöglichkeit.

Und nun entsteht noch eine weitere Schwierigkeit: Was ist unter „Entartung der Organe der Brust- und Hinterleibshöhle“ zu verstehen?

Das Wort Entartung bezeichnet ganz allgemein einen Zustand, der vom normalen Befinden eines Gegenstandes in unregelmässiger und zwar wohl ausschliesslich krankhaft unregelmässiger Weise abweicht oder der sich als krankhafte Veränderung darstellt. Ein solches Abweichen, solche krankhafte Veränderungen können aber gerade bei den inneren Organen eines Tieres so vielgestaltig, so schwierig genau bestimmbar sein, dass es als schwerer Missgriff des Gesetzgebers bezeichnet werden muss, wenn er den Sachverständigen zwingt, sein Gutachten von einem solch unbestimmten vagen Begriff

abhängig zu machen. Bezeichnend für die durch den Wortlaut des § 2 geschaffene Unsicherheit ist auch die Tatsache, dass bereits im Jahre 1855 von der Gesellschaft schweizerischer Tierärzte die Preisaufgabe aufgestellt wurde: „Wissenschaftliche Beschreibung derjenigen Krankheitszustände, welche nach dem schweizerischen Konkordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel unter „Abzehrung als Folge usw.“ verstanden sind, mit einer Anleitung für die Tierärzte zur Beurteilung einschlagender Fälle.“

Im „Archiv für Tierheilkunde“ **22** (1856) S. 38 ff. ist ein sprechendes Beispiel publiziert, welches zeigt, wie wenig die sachverständigen Tierärzte mit dem Gewährsmangel „Abzehrung“ anzufangen wussten. Es handelt sich um ein Pferd, nach dessen Sektion sogar noch eine Meinungsverschiedenheit betreffend das Vorliegen des Gewährsmangels „Abzehrung als Folge usw.“ zwischen den zugezogenen sachverständigen Tierärzten bestand. Endlich wurde durch ein Obergutachten eine Definition geschaffen, welche sagt: „Die Abzehrung besteht in einer beständig fortschreitenden Abmagerung des Körpers infolge anhaltender Funktionsstörung eines oder mehrerer entarteter Organe der Brust- oder Hinterleibshöhle.“

Eine treffende Illustration und einen schlagenden Beweis für die Fehlerhaftigkeit der ganzen Bestimmung des § 2 des Konkordates bilden die tierärztlichen Gutachten betreffend Abzehrung, welche auf S. 150 ff. des „Archiv für Tierheilkunde“ Jahrgang 1865 abgedruckt sind. Da für Tiere des Pferdegeschlechts, wie für Rindvieh der Gewährsmangel „Abzehrung als Folge usw.“ in gleicher Weise aufgestellt ist, so können diese Gutachten, trotzdem sie sich auf eine Kuh beziehen, schon hier angeführt werden.

Es handelt sich dabei um eine Kuh, welche von Gemeinderat J. J. W., Viehhändler von H. am 4. September 1857 an Sch. in A. verkauft worden war und von diesem, gestützt auf das amtliche tierärztliche Gutachten des Bezirkstierarztes B. und des Tierarztes A. Sch. in Sch. wegen des Währschafts-

mangels „Abzehrung“ beanstandet wurde. Die Kuh wurde daraufhin von 2 andern Tierärzten J. J. W. in H., Bezirkstierarztadjunkt und J. M. in W. am 3. Oktober 1857 nochmals untersucht, und diese beiden Sachverständigen gelangten zum Schluss, dass die von denselben (den Tierärzten B. und Sch.) in fraglichem Falle gemachte Expertise eine höchst oberflächliche sei, und dass die von ihnen angeführten Erscheinungen durchaus nicht zu dem Schlusse berechtigen, dass die im Streite liegende Kuh an der Währschaftskrankheit „Abzehrung“ leide.

Dieses Gutachten veranlasste das Bezirksgericht Zürich, den Experten Dr. Z. mit der nochmaligen Untersuchung der Kuh zu beauftragen und dessen darauf folgendes Gutachten ist seiner Form nach so präzise und mustergültig abgefasst, dass es nur zur deutlicheren Erläuterung und Abklärung der ganzen vorliegenden Erörterung dienen kann, wenn es nachstehend seinem Wortlaute nach publiziert wird:

Tierärztliches Gutachten.

„Der Tit. Präsident des Bezirksgerichts Zürich machte mir mittelst Zuschrift d. d. 26. November d. J. die Mitteilung, Herr Proktr. Dr. B. verlange namens Herrn Gemeinderat J. J. W. von H. Aufnahme eines Gutachtens darüber, ob diejenige Kuh, welche von ihm am 4. September l. J. an Herrn J. Sch. in A. verkauft und von den bestellten Experten als mit einem Gewährsmangel behaftet erklärt worden sei, an einem solchen leide, und erliess an mich die Einladung, unter Zuziehung beider Parteien fragliche Kuh zu untersuchen und meinen Befund darüber einzusenden: „Ob und an welchem Währschaftsmangel dieselbe leide.“

Nach vorausgegangener Verständigung mit beiden Parteien nahm ich am 4. Dezember die Untersuchung im Stalle des Herrn Sch. in A. vor.

Befund.

Als das streitige Objekt wurde mir eine graue, ungefähr 6 Jahre alte, etwas weniger als mittelgrosse, auf dem linken

Horn mit N. W. bezeichnete, magere Kuh vorgewiesen, die in einem gut konstruierten, warmen Stalle neben 2 andern Kühen und einem Rinde von ebenfalls ziemlich magerer Körperbeschaffenheit stand.

Von beiden Parteien wurde auf Befragen ausdrücklich dieses als das streitige Tier anerkannt.

Die genauere Untersuchung ergab Folgendes:

1. Die Kuh sieht sehr mager aus. Die Haare sind lang, rauh und glanzlos. Die Haut liegt hart auf und lässt sich schwer in Falten legen, jedoch gelingt solches auch noch auf allen falschen (hintern) Rippen. Die Hautfalte entsteht unter Erzeugung eines knarrenden Geräusches und verliert sich nur langsam.

2. Die Schleimhäute sind ziemlich blass, ohne dass irgend eine Körperöffnung vermehrte Ausscheidung von Flüssigkeit wahrnehmen liesse.

3. Das Atmen findet in ruhigem Zustande zehn Mal während 34 Pulsen statt. Es geschieht mit einiger Anstrengung unter starkem rasselnd-gurrendem Geräusch im Kehlkopf. Letzterer ist stark vergrössert ($1\frac{1}{2}$ Mal so gross, wie eine mittlere Mannsfaust), hart und schmerzlos. Der durch Druck erzeugte Husten ist kräftig, kreischend und trocken. Die Form der Rippenwände ist regelmässig. Der Perkussionston erscheint beidseitig voll, mit Ausnahme einer Stelle unter der Mitte der rechten Wand, wo er ein wenig dumpfer zu sein scheint. Das Lungengeräusch ist überall gleichmässig, leicht. Es lässt sich sehr schwer qualitativ unterscheiden, weil das starke Geräusch im Kehlkopf alles übertönt. Ich war nicht imstande, an irgend einer Stelle eine Abnormität mit Sicherheit zu erkennen. Die Empfindlichkeit ist an den Brustwandungen nirgends verändert.

4. Die Blutzirkulation zeigt nichts Abnormes; der Herzschlag ist deutlich fühl- und hörbar, der Puls klein.

5. Der Appetit des Tieres ist gut. Es frisst das ihm vorgelegte Heu mit grosser Begierde. Dabei wird aber das

gurrende Geräusch im Kehlkopf gesteigert und das Atmen angestrengter. Das Wiederkauen findet normal statt, nur wird beim Schlingen und beim Aufsteigen des Mageninhaltes ins Maul das Atmen angestrengter und das Geräusch im Kehlkopfe so vermehrt, dass das Wiederkauen hie und da unterbrochen wird. Der Umfang des Bauches, das Magen- und Darmgeräusch, die Kotentleerung und die Beschaffenheit des Mistes sind normal.

6. Das Euter ist sehr klein; es kann aus allen vier Zitzen eine kleine Menge süsser Milch ausgezogen werden, die nach Farbe, Konsistenz und Geschmack ganz normal erscheint. Das Tier scheint untrüchtig zu sein.

7. Im Freien benimmt sich die Kuh munter; sie läuft lebhaft, ohne erhebliche Vermehrung der Atmungsbeschwerde.

Erachten.

Daraus, dass die Kuh sehr mager ist, lange, rauhe und glanzlose Haare zeigt, sowie eine hartaufliegende, wenig elastische Haut (Z. 1.); dass die Schleimhäute ziemlich blass sind (Z. 2) und trotzdem die Absonderung des Euters nicht durch hohe Trächtigkeit gehemmt ist, nur sehr wenig Milch sezerniert wird (Z. 6), schliesse ich auf eine gestörte Ernährung des Tieres, wie solche bei der Abzehrung vorkommt. Als Ursache dieses Gegenstandes muss wesentlich die Atmungsbeschwerde (Z. 3, 5) betrachtet werden, es ist aber möglich, dass nebstdem eine schlechte Fütterung noch dazu mitgewirkt hat (vide Einleitung des Befundes). Jene Atmungsbeschwerden haben ihren wesentlichsten Grund unstreitig in einer Entartung des Kehlkopfes (Z. 3). Sie stört ausser der regelmässigen Erfrischung des Blutes durch die atmosphärische Luft, beim Atmen auch die Futteraufnahme und das Wiederkauen (Z. 5) und damit die Ernährung. Es ist möglich, sogar wahrscheinlich, dass gleichzeitig die rechte Lunge an einer Stelle etwas entartet ist, oder dass zwischen ihr und der Brustwand Neubildungen, wie tuberkelähnliche Ablagerungen oder Adhärenzen

vorhanden sind, dafür spricht wenigstens der etwas mattere Perkussionston; aber derart sind diese Abnormitäten jedenfalls nicht, dass durch sie Funktionsstörungen erzeugt würden, die den krankhaften Zustand der Ernährung des Tieres bedingen könnten. (Vergleiche Z. 3 das Ergebnis der Perkussion und das Lungengeräusch.)

Die Krankheit des Tieres besteht folglich in einer Ernährungsstörung (Abmagerung) aus Entartung des Kehlkopfes. Einen solchen Zustand bezeichnet man als Abzehrung.

Nach unserem Währschaftsgesetze gilt neben der ansteckenden Lungenseuche beim Rindvieh als Währschaftsmangel „Abzehrung als Folge von Entartung der Organe der Brust- und Hinterleibshöhle“. (Konkordat vom 23. April 1853.)

Der Kehlkopf ist kein Brust- oder Hinterleibseingeweide, folglich die hier vorhandene Abzehrung kein Währschaftsmangel.

Die Unterscheidung zwischen einer Abzehrung, die als Währschaftsmangel gilt, und einer solchen die es nicht ist, liegt durchaus im Sinne des Gesetzes, das nicht Abzehrung im Allgemeinen, sondern ausdrücklich nur diejenige, aus Entartung der Brust- und Hinterleibsorgane hervorgegangen, anführt. Sie liegt auch im Wesen der Verhältnisse, indem die vom Gesetze angeführten Ursachen der Abzehrung schon länger im Tiere liegen und schwer erkennbar sind, andere Abzehrung aber leicht und schnell erzeugt werden könnte, z. B. durch Blutentleerungen, Mangel an Nahrung etc. und Entartung äusserer Teile, so z. B. auch des Kehlkopfes, vom Käufer bei einer aufmerksamen Untersuchung des Tieres, erkannt werden müssen.

Ich schliesse mit der Antwort auf die an mich gestellte Frage:

„Die streitige Kuh leidet nicht an einem Währschaftsmangel.“

Wer die drei Gutachten in ihrer Zusammenstellung und besonders das letzte, von Dr. Z. abgefasste genau verfolgt, bekommt einen deutlichen Einblick in die Tücken, welche

der zweite Konkordatsparagraph in sich birgt. Jedem einzelnen Tierarzt, der das streitige Tier untersucht, ist die Möglichkeit gegeben, zu einem andern Resultat zu kommen, und dieses andere Resultat gibt, je nachdem der Tierarzt freigebig oder weniger freigebig mit dem Begriff „Abzehrung“ umgehen will, dem Währschaftsstreit einen andern Ausgang. Und noch einen typischen Punkt krasser Deutelei und Unbestimmtheit beleuchtet das Gutachten des Dr. Z. „Abzehrung“ gilt als Hauptmangel, aber nur dann, wenn sie „als Folge von Entartung der Organe der Brust- und Hinterleibshöhle“ anzusehen ist. Ist also ein Tier auch noch so jämmerlich abgezehrt, so kann keine Währschaft dafür verlangt werden, wenn nicht seine Brust- und Hinterleibsorgane durch den Tierarzt als entartet begutachtet werden, und dieser Umstand als Ursache der Abzehrung angenommen wird.

Weitere typische Beispiele, wie leichtsinnig und skrupellos der Gewährsmangel „Abzehrung“ in der Praxis von manchen Experten immer und immer wieder als vorhanden angenommen worden ist, liessen sich hier noch in Menge aufzählen. Der Kürze halber sei aber nur noch hingewiesen auf ein solches Beispiel, welches Strebel im „Archiv für Tierheilkunde und Tierzucht“, 3. Jahrgang (1881) auf Seite 120 ff. anführt.

Zur nähern Erläuterung des Begriffes „Entartung“ hat der Gesetzgeber, der offenbar selbst das Gefühl hatte, dass es der Bestimmung des § 2 des Konkordates an der nötigen Klarheit fehle, eine Art Wegweiser hinzugefügt, in dem er am Schluss von Ziff. 1 sub lit. a in Klammer Beispiele von krankhaften Erscheinungen an den Brust- und Hinterleibsorganen anführt. Damit ist aber dem Grundübel der ganzen Bestimmung der übermässigen Kasuistik keineswegs abgeholfen, sondern es wird im Gegenteil gerade dadurch noch bedenklich vermehrt, denn nun lässt sich dieser erste Teil des Paragraphen wörtlich genau so auffassen, als ob Abzehrung als Folge von Entartung der Organe der Brust- und Hinterleibshöhle nur dann einen Gewährsmangel bilde, wenn die Entartung sich

als Verhärtung, Verschwärung, Vereiterung, Krebs, Tuberkelbildung charakterisiert, und sonst nicht. Eine solche Einengung und Spezialisierung des Begriffs „Entartung“ hat aber der Gesetzgeber nicht gewollt und zweifellos nicht beabsichtigt.

Die Währschaftszeit von 20 Tagen, welche für den Gewährsmangel „Abzehrung“ festgesetzt ist, hat denselben Fehler, wie alle übrigen Gewährschaftszeiten des Konkordates, sie ist bedeutend zu lang. In diesem Sinne äussert sich auch Strebel, der vielseitige, tüchtige Freiburger Tierarzt und Spezialist auf dem Gebiete der Währschaftsgesetzgebung und Währschaftsstreitigkeiten im Arch. f. Tierheilk. u. Tierz., 3. Jahrgang (1881), Seite 10 und 11.

Je länger die Währschaftsfrist nach dem Gesetze dauert, um so mehr Währschaftshandel können entstehen. Das ist der eine, praktisch sehr schwerwiegende Mangel der zu langen Währschaftszeiten, es gibt aber noch ein zweites, wohl ebenso gewichtiges Argument dagegen. Je länger die Währschaftsfrist dauert, um so schwieriger wird es am Ende derselben zu bestimmen sein, ob die Krankheit oder der Mangel bereits zur Zeit der Eigentumsübertragung am Kaufobjekt bestanden habe, oder ob sie sich erst nachher, also während der Währschaftsfrist gebildet haben.

Alle diese kritischen Bemerkungen, welche zu Ziff. 1 von lit. a des zweiten Konkordatsparagraphen haben gemacht werden müssen, gelten auch ausnahmslos für die folgenden Ziffern.

„Alle Arten von Dampf (Engbrüstigkeit)“ sind gesetzlicher Gewährsmangel. Gewiss ist ja ein dämpfiges Pferd, ein Pferd, das an Atmungsbeschwerden leidet, nicht gleichwertig einem solchen, das keine derartigen Gebrechen hat, aber wozu daraus einen eigenen Gewährsmangel konstruieren?

Gerade dieser Gewährsmangel bietet ja so leicht die Hand zu unlauteren Machinationen des Käufers, weil er sehr einfach, leicht und verhältnismässig rasch künstlich erzeugt werden kann. Es kommt vor und ist vorgekommen, dass

der Käufer eines gesunden, normalen und keineswegs dämpfigen Pferdes nach dem Kaufe fand, er habe doch zu viel dafür bezahlt. Wie hilft er sich? Er fabriziert dem Pferd einen Gewährsmangel, Dämpfigkeit, an den Hals, klagt und bekommt, wenn ihm der Schwindel gelingt, den vollen Kaufpreis zurück, das Pferd aber ist zeitlebens entwertet. Das ruchlose Verfahren, um einen solchen Gewährsmangel hervorzurufen, ist sehr einfach und vollzieht sich etwa folgendermassen: das Pferd wird vor einen schweren Wagen gespannt und ihm ein Futtersack voll Asche an den Kopf gehängt, so dass es bei jedem Atemzug ein gutes Quantum Asche einatmen muss. Dann wird es so in raschem Tempo einigemal hintereinander eine steile Strasse hinaufgejagt, und der perfekte Gewährsmangel ist da.

Dass dies vollständig den gelegentlichen Vorkommnissen entspricht, in keiner Weise übertrieben ist und sich gar nicht so selten ereignet, zeigen drei Fälle dieser Art, welche Strebel, Arch. f. Tierheilk. u. Tierz., 3. Jahrgang (1881) auf Seite 119 und 120 anführt.

Die 20-tägige Währschaftsfrist bietet dem unreellen Händler, der solche Gaunerei und Schlechtigkeit begeht, natürlich dann nur noch die geeignete Gelegenheit, um die Spuren des Mittels, dessen er sich zu seiner Schandtat bedient hat, zu verwischen.

Ein in den bernischen Grossratsverhandlungen vom 22. November 1880 vorgebrachter Fall ist eine typische Illustration des Unfuges, der mit dieser Art von Gewährsmängeln in der Praxis getrieben wurde (vgl. auch Strebel, Arch. f. Tierheilk. u. Tierz., 3. Jahrgang [1881], Seite 122).

Für die unter Ziffer 3 und 4 angeführten Währschaftsmängel, Druse, Rotz und Hautwurm und Still- oder Dummkoller dient ebenfalls das zu Ziffer 1 und 2 Gesagte. Auch betreffs der 20-tägigen Währschaftsfristen muss wiederholt werden, dass sie eben einfach zu lang sind. Frankreich hat z. B. in seinem Währschaftsgesetz nur eine neuntägige Ge-

währsfrist, und es sind dort niemals Klagen laut geworden, dass sie zu kurz sei (Strebel, Arch. f. Tierheilk. u. Tierz., 3. Jahrgang [1881], Seite 75).

Speziell zum Gewährsmangel Rotz ist zu konstatieren, dass diese Krankheit heutzutage nur noch in ganz seltenen Fällen auftritt, dass sie zu den gemein-gefährlichen, ansteckenden Krankheiten gehört, somit den Vorschriften über Viehseuchenpolizei untersteht und somit gar nicht als gesetzlicher Währschaftsmangel aufgeführt zu werden braucht.

Genau dieselben Aussetzungen, wie sie oben für die unter lit. *a* für die Tiere des Pferdegeschlechts aufgezählten Gewährsmängel gemacht worden sind, gelten auch für die beiden unter lit. *b* für das Rindvieh statuierten gesetzlichen Währschaftsmängel, die bereits zur Genüge besprochene und zerzaute „Abzebrung als Folge usw.“ und auch für die ansteckende Lungenseuche in Ziffer 2. Diese ist übrigens, wie bereits ihr Name verrät, ebenfalls zu den gemein-gefährlichen kontagiösen und infektiösen Krankheiten zu zählen und gehört somit, gerade so wie Rotz, in das Viehseuchenpolizeigesetz und nicht in ein Währschaftsgesetz.

Die einzig praktische und aner kennenswerte Bestimmung des § 2 steht im letzten Alinea:

„Die Währschaftszeit beginnt mit dem Tage der Übergabe des Kaufsgegenstandes“.

Es scheint das allerdings von vorneherein selbstverständlich, als das Einfachste und Naheliegendste, muss aber besonders hervorgehoben werden, weil unbegreiflicherweise in neuerer Zeit andere gesetzliche Viehwährschaftsbestimmungen, in Abänderung des oben zitierten Satzes, den Beginn der Währschaftszeit auf einen andern Zeitpunkt, z. B. auf den der Übergabe des Kaufsgegenstandes folgenden Tag angesetzt haben, wodurch dann nur die Währschaftsfristen unnötig verlängert werden, und die Unbestimmtheit, ob der Gewährsmangel bereits zur Zeit der Übergabe des Kaufsgegenstandes

bestanden habe oder nicht, nur noch grösser und folgenreicher wird.

Zu § 3 des Konkordates ist nichts Besonderes zu bemerken. Er bestimmt ganz einfach, dass das ganze Geschäft bei Vorliegen eines Gewährsmangels rückgängig zu machen ist. Nur fehlen dabei Bestimmungen, wie es mit anderen Werten, als bloss mit dem empfangenen Kaufs- oder Anschlagswert zu halten ist, die bei dem Geschäft veranschlagt oder verausgabt worden sind, z. B. mit den Trinkgeldern, den Auslagen für Geschirre, Garnituren usw.

In der Praxis hat man sich dann unter der Herrschaft des Konkordates mit der allgemeinen Übung über die fehlende Bestimmung hinweggeholfen, dass der Verkäufer oder Übergeber das Tier zurücknahm und den Kaufpreis dafür und für die Ornamente usw. zurückvergütete. Ebenso trug er auch allfällig aufgelaufene Speditionskosten; das Trinkgeld dagegen, das der Übernehmer bei der Übernahme bezahlt hatte, brauchte ihm vom Übergeber nicht zurückvergütet zu werden. Hatte ein sogenannter „Weinkauf“ stattgefunden, wobei der Übernehmer die Kosten des zur Besiegelung des Vertragsabschlusses gemeinsam mit dem Übergeber zusammen konsumierten Weines allein bezahlt hatte, so bestand auch hier keine Pflicht zur Rückvergütung.

Es muss hier auch noch darauf hingewiesen werden, dass das Konkordat beim Vorhandensein eines Gewährsmangels innerhalb der Währschaftszeit, dem Wortlaut seines dritten Paragraphen gemäss, nur einen Weg kennt, um dem Käufer oder überhaupt dem Übernehmer des Tieres zu seinem Recht zu verhelfen, nämlich nur die *actio redhibitoria*, die Wandelungsklage. Die andere Möglichkeit, welche bereits das römische Recht auch kannte, die *actio quanti minoris*, Minderungsklage, die Klage auf angemessene Herabsetzung des Kaufpreises, wobei aber dann der Käufer oder Übernehmer das minderwertige Stück Vieh behalten kann, ist in § 3 des Konkordates nicht vorgesehen.

Es ist auch dies als empfindliche Lücke des Konkordats zu bezeichnen, denn die Bestimmung des § 17, wo davon die Rede ist, dass bei Rindvieh, das zum Schlachten veräußert wird und dessen Fleisch sich dann infolge einer Krankheit als entwertet erweist, gilt eben nur für Schlachtvieh, und dieses sollte überhaupt gesetzlich getrennt behandelt und niemals mit dem Vieh des andern, grossen, landwirtschaftlichen Viehhandels auf dieselbe Stufe gestellt werden. Eine Hauptaufgabe der künftigen schweizerischen Viehwährschaftsgesetzgebung muss und wird es sein, eine vollkommen reinliche Scheidung zwischen den beiden Kategorien, dem Handelsvieh, das zu rein landwirtschaftlichen und überhaupt allgemein wirtschaftlichen Zwecken verwendet wird und dem Schlachtvieh vorzunehmen.

Das Ausserachtlassen solch einer strengen Trennung in den gesetzlichen Bestimmungen bildet eine unversieglige Quelle zu Konflikten zwischen den Interessen der Landwirte und denjenigen der Metzger, weil die Schäden an den beiden Kategorien von Vieh ganz verschieden gewertet werden müssen. Dies ist aber in den Konkordatsbestimmungen nicht vorgesehen. Da wird einfach scheinbar nach dem Gewicht gemessen. Trifft es sich nun, dass infolge des Gewährsmangels, wertvolle Teile eines zum Schlachten verkauften Tieres nicht auf der Bank verkauft werden dürfen, nicht bankfrei sind, dann lässt sich mit der Messung nach Gewicht eine einigermaßen den gerechten Verhältnissen entsprechende Reduktion des Kaufpreises vornehmen. In den meisten Fällen aber ist es nicht so. Fast immer handelt es sich um minderwertige Stücke und Teile, z. B. um die Lunge, die auch, wenn sie bankfrei sind, bekanntlich einen sehr geringen Schlacht- und Marktwert haben. Wird dann dafür dem Gewicht, das die wertlosen Stücke aufweisen, entsprechend, dem Verkäufer ein Abzug am Kaufpreis gemacht, so erleidet er ungerechtfertigterweise einen Schaden, dem ein ungerechtfertigter Vorteil zugunsten des Käufers, des Metzgers gegenübersteht.

§ 4 des Konkordates regelt das Verfahren, welches anzuwenden ist, wenn bei der Übergabe des Tieres sein Wert nicht bestimmt wurde, und das Tier nachher, wegen eines Währschaftsmangels, dem Übergeber vom Übernehmer zurückgeboten wird. Die vorgeschriebene Schätzung durch zwei Sachverständige, welche vom Gerichtspräsidenten des Gerichtsstandes des Übernehmers, also des Währschaftsklägers, ernannt werden, entspricht den allgemeinen, prozessrechtlichen Regeln und bietet zu keinen weiteren Erörterungen Anlass.

Der fünfte Konkordatsparagraph hat mancherorts Anstoss erregt, und hat bewirkt, dass die Kantone Thurgau und Appenzell A.-Rh. zwar wohl im allgemeinen dem Konkordat beitraten, aber mit der Klausel, dass § 5 keine Geltung für das betreffende Kantonsgebiet haben solle. Er handelt von den Tieren, welche vor Ablauf der Währschaftszeit ins Ausland und in solche Schweizerkantone geführt werden, welche dem Konkordat nicht angehören, und bestimmt, dass die Währschaftspflicht an den Grenzen des Konkordatsgebietes erlösche. Es mag diese Vorschrift in der Hinsicht allerdings sehr praktisch sein, als die Möglichkeit zum Entstehen von interkantonalen und internationalen Währschaftshändeln dadurch radikal abgeschnitten wird. Ob sie aber für solche Kantone, welche viel Viehhandel nach dem Ausland treiben, wie z. B. der Kanton Bern, sehr ratsam war, scheint zweifelhaft, indem sie doch Anlass zu Ungerechtigkeiten gegenüber ausländischen Käufern geben konnte, und damit Treu und Glauben im Viehhandel mit den Konkordatskantonen in ein nicht gerade günstiges Licht setzte.

Durch § 6 wird den Parteien völlige Vertragsfreiheit in bezug auf Gewährsmängel und Gewährsfristen zugesichert. Es steht den Kontrahenten somit frei, die vertraglichen Bedingungen ihrem Willen anzupassen. Sobald es nicht in arglistiger Absicht geschieht, können die im Konkordat genannten Gewährsmängel gültig wegbedungen oder noch an-

derweitige hinzugefügt werden; die Gewährsfristen können nach Belieben ausgedehnt oder eingeschränkt werden, kurz, die Parteien sind in keiner Weise an die Konkordatsbestimmungen über Gewährsmängel und Gewährszeiten gebunden.

Dieses Prinzip gänzlicher Vertragsfreiheit ist mit Rücksicht auf die Lückenhaftigkeit und Mangelhaftigkeit des Konkordates voll und ganz anzuerkennen.

Anderseits muss jedoch betont werden, dass besonders weniger gewiegte Vertragskontrahenten und Viehkenner, die es mit geriebenen Routiniers zu tun haben, wenn sie von § 6 des Konkordates Gebrauch machen, sich dadurch der Gefahr aussetzen, arg übers Ohr gehauen zu werden, ohne dass ihnen irgendein Rechtsschutz zuteil werden kann. Denn mit der Einrede, dass Arglist im Spiele sei, wird in den wenigsten Fällen aufzukommen sein, weil derjenige, welcher die Einrede der Arglist erheben will, sie zugleich auch beweisen muss, damit der Richter sie prozessual berücksichtigen kann. Ein solcher Beweis wird aber leider gerade in den schwersten Fällen von Übervorteilung einer Partei durch die andere, am schwierigsten zu erbringen sein.

Es ist deshalb immer etwas unvorsichtig und jedenfalls nicht ratsam, wenn eine Partei sich von der andern dazu verleiten lässt, in Abänderung und Abweichung von den gesetzlichen Bestimmungen, vertraglich auf die Vorteile, welche das Gesetz ihr bietet, zu verzichten, und überhaupt von der gesetzlichen Basis abzugehen.

Die nächstfolgenden Konkordatsparagraphen ordnen das prozessuale Verfahren, nach welchem im Falle von Rückbietung des angeblich nicht wahrhaften Viehes vorzugehen ist.

Auch hier sind einige Bemerkungen einzuschalten.

Sowie der Übernehmer des Tieres einen Gewährsmangel daran entdeckt, hat er dies dem Übergeber anzuzeigen und ihm gleichzeitig das Tier zurückzubieten. Diese Handlung geschieht aber nicht einfach privat und persönlich, sondern im Interesse der prozessualen Feststellungsmöglichkeit und

Sicherheit durch einen „Gemeindsbeamten“, wie der Wortlaut des Konkordates ihn kurzweg bezeichnet. Dieser „Gemeindsbeamte“ ist je nach der kantonalen Prozessordnung diejenige, mit öffentlichem Glauben versehene Gerichtsperson, welcher in den gerichtsorganisatorischen Verordnungen oder Gemeindegesetzen und -Reglementen die Aufgabe zugeteilt ist, die amtliche Zustellung solcher Notifikationen von Privaten aneinander, unter Bescheinigung des Verrichtungsaktes auf dem Dokument selbst, vorzunehmen. Es ist dies meist der Gerichtsweibel und die Zustellung bedarf, bevor sie erfolgen kann, erst noch der Kenntnisnahme und Bewilligung durch den zustehenden Gerichtspräsidenten, d. h. den Gerichtspräsidenten des Wohnorts des Übergebers des zurückgebotenen Tieres, an den die Zustellung erfolgen soll.

Dieser hat dann binnen zwei Tagen zu erklären, ob er dem Übernehmer freiwillig Währschaft geben, also das bestandene zurückgebotene Tier unter Rückerstattung des Kaufpreises zurücknehmen wolle oder nicht.

Diese letztere Bestimmung ist ein ausserordentlich glücklicher Wurf des Konkordatsredaktors gewesen; denn sie gibt den streitenden Parteien Gelegenheit, ohne wesentliche Unkosten und grossen Schaden zu einer gütlichen Erledigung des ganzen Handels zu gelangen. Sie ist denn auch in Fällen, wo es sich um offenkundige, unzweifelhafte Gewährsmängel handelte, öfters zur Anwendung gekommen, und hat damit zur Vermeidung vieler langwieriger und teurer Prozesse Hand geboten.

Es ist aber nicht durchaus notwendig, dass dieser Bestimmung in allen Fällen vom zurückbietenden Übernehmer nachgelebt werde, nämlich dann nicht, wenn es ihm aus irgendeinem Grunde, z. B. wegen nahe bevorstehenden Ablaufes der Gewährungsfrist, nicht mehr möglich ist, die Notifikation, worin er dem Übergeber das Tier zurückbietet, zu erlassen. Es wird dann derselbe Weg eingeschlagen, wie wenn der Übergeber die Erklärung, das Tier freiwillig zurück-

nehmen zu wollen, innert der zweitägigen Frist nicht abgibt: Der Übernehmer lässt durch den Gerichtspräsidenten seines Aufenthaltsortes zwei patentierte Tierärzte bezeichnen, welche eine Untersuchung des beanstandeten Tieres vorzunehmen haben.

Hier kann es nun zunächst fraglich werden, was unter dem Begriff „Aufenthaltort“ zu verstehen ist. Ob das „Domizil“, das nach dem „Bundesgesetz betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter“ vom 25. Juni 1891 (Zivl Verh G), als derjenige Ort definiert wird, wo sich jemand mit der Absicht, dauernd zu verbleiben, aufhält, oder einfach der „Aufenthaltort“ im reinsten und engsten Sinne des Wortes, als derjenige Ort, wo sich der Übernehmer des Tieres zur Zeit der Übernahme, vielleicht nur gerade zwecks der Übernahme des Tieres befindet. Diese Frage drängt sich demjenigen, welcher die einzelnen Bestimmungen des Konkordates aufmerksam verfolgt, um so eher auf, weil kurz vorher, bei dem bereits oben besprochenen Schätzungsverfahren, wie es in § 4 geregelt ist, vom „Wohnort“ des Übernehmers die Rede ist. Es ist dies wieder eine unter Umständen folgenschwere, ungenaue Ausdrucksweise des Konkordates, welche zu schwierigen Kontroversen Anlass geben kann. Praktischer und besonders für umherziehende Viehhändler angenehmer, wäre es wohl schon, wenn der Ausdruck „Aufenthaltort“ im engern, genauern Sinne, und nicht in demjenigen des „Domizil“ des bereits oben zitierten Zivl Verh G interpretiert würde. Doch ginge dies entschieden zu weit, indem dadurch in manchen Fällen geradezu ein Ausnahmegerichtsstand geschaffen werden müsste. Die ganze heikle Streitfrage hätte aber vom Gesetzgeber einfach dadurch umgangen und zugleich gelöst werden können, dass er statt auf den Übernehmer auf das beanstandete Stück Vieh Rücksicht genommen hätte, indem er vorschrieb, dass der Gerichtspräsident desjenigen Ortes die beiden Sachverständigen zu bestimmen habe, wo das zurückgebotene Stück Vieh im Zeitpunkt der Zurückbietung seinen Standort hat.

Für den Gerichtspräsidenten dient die Weisung, dass ein Tierarzt, der das zurückgebotene Tier zuvor ärztlich behandelt hat, nicht mit der Untersuchung beauftragt werden darf. Dies aus naheliegenden Gründen, da ja bei einem solchen Tierarzt in den meisten Fällen wohl eine gewisse Voreingenommenheit nach irgendeiner Richtung angenommen werden müsste, und somit auch prozessrechtlich sein Gutachten bedeutend an Glaubwürdigkeit einbüßen würde.

Es ist hier der Ort, wo darauf hingewiesen werden soll, wie sich das Recht des Gerichtspräsidenten, einfach von sich aus die beiden sachverständigen Tierärzte zu bestimmen, in der Praxis überall im Währschaftsgebiet des Konkordats unangenehm fühlbar gemacht hat. In denjenigen Gerichtsbezirken, wo wenig Tierärzte da waren, war es ja selbstverständlich, dass immer wieder dieselben zur Begutachtung der streitigen Fälle als Sachverständige ernannt werden mussten. Wo aber ein Gerichtspräsident grosse und gute Auswahl unter den Tierärzten seines Bezirkes gehabt hätte, da machte es sich trotzdem nicht anders; denn unwillkürlich griff da der Präsident immer und immer wieder ausschliesslich nur auf die ihm bereits von frühern Verhandlungen her persönlich bekannten Tierärzte, und so entwickelte sich allmählich eine Art von Berufsexpertentum, das keineswegs dazu angetan war, im Rechtsbewusstsein des Publikums Autorität zu erwecken, sondern das im Gegenteil durch die oberflächliche, ungenaue, ja öfters sogar ganz parteiische Art seiner Untersuchungen und Begutachtungen das Ansehen der Expertisen schmälerte und bedenklich herabminderte.

Der Gesetzgeber würde bedeutend klüger und vorsichtiger gehandelt haben, wenn er, dem allgemein prozessrechtlichen Grundsatz gemäss, beiden Parteien das Recht erteilt hätte, je einen sachverständigen Tierarzt vorzuschlagen.

Dadurch wäre dann wohl auch gerade einem andern Missbrauch vorgebeugt worden, der sich, wie die Praxis, die

Anwendung des Konkordates gezeigt hat, aus einer Bestimmung des § 9 ergeben hat.

Gegen die das Verfahren ausserordentlich beschleunigende Vorschrift, dass die zur Expertise berufenen Tierärzte die Untersuchung sogleich und keinesfalls später, als binnen 24 Stunden nach Empfang der richterlichen Aufforderung, vorzunehmen haben, ist durchaus nichts einzuwenden. Dagegen hat das Folgende in der praktischen Anwendung einen Schlendrian und ein Verfahren gezeitigt, welches von schädlichstem Einfluss auf den gerechten Gang der Rechtsprechung in Gewährungssachen sein musste. Es besteht nämlich die Weisung für die beiden untersuchenden Tierärzte, dass sie, falls sie in ihren Ansichten übereinstimmen, einfach Befund und Gutachten gemeinschaftlich, als ein und dasselbe, nur natürlich von beiden unterzeichnete Schriftstück, abfassen können. Sie bewirken dadurch, dass ihr Gutachten ohne noch einer oberinstanzlichen Sachverständigenkontrolle ausgesetzt zu sein, unmittelbar und ohne weiteres für den richterlichen Spruch bindend und ausschlaggebend wird. Da dies für sie das einfachste und angenehmste war, was es geben konnte, darf man sich nicht darüber wundern, dass in der Praxis überall im Währungssgebiet des Konkordates mit verschwindend wenigen Ausnahmen, beide Tierärzte stets derselben Ansicht und Meinung waren, auch wenn der Fall dann und wann einmal so lag, dass diese ebenmässige Übereinstimmung erst durch beidseitiges Diskutieren und Konvenieren hergestellt werden musste, so dass dann eben die bessere Überzeugung vom wahren Zustand des beanstandeten und zurückgebotenen Tieres der praktischen Überlegung weichen musste, dass man durch ein kleines Opfer von Gewissenhaftigkeit eine bedeutend angenehmere, raschere und sicherere Erledigung der ganzen Sache erkaufen könne.

Zu welch abscheulichen Ungerechtigkeiten aber ein derartiges Verfahren notwendigerweise führen musste, ist ohne weiteres klar.

Die gutgemeinte und wirklich aner kennenswerte Schlussbestimmung des § 9, wonach im Falle von geteilter Ansicht der beiden Tierärzte jeder derselben sein Gutachten gesondert abzufassen hat, der Gerichtspräsident daraufhin sofort einem dritten Tierarzt die Untersuchung des in Frage stehenden Tieres aufträgt und dann alle drei Befinden der kantonalen Medizinalbehörde zur Abgabe eines Obergutachtens zustellt, wird auf diese Weise einfach umgangen und wirkungslos gemacht, indem es, wie oben bereits dargetan, bei den beiden ersten zur Untersuchung herbeigezogenen Tierärzten geradezu Usus wurde, unter allen Umständen gleicher Meinung zu sein.

Auch hier wäre es für den Gesetzgeber ein Leichtes gewesen, einem derartigen Unfug von vornherein die Spitze abubrechen durch die einfache Zusatzbestimmung, dass jedes tierärztliche Gutachten der beiden Sachverständigen, ob gleicher oder geteilter Ansicht, der kantonalen Medizinalbehörde zur Einsichtnahme vorzulegen sei. Dies würde, ohne den ganzen Apparat übermässig zu komplizieren, sicherlich bewirkt haben, dass sich mancher Tierarzt wohl gehütet hätte, seinen Namen unter einen Befund zu setzen, von dem er sich sehr gut bewusst war, dass er den wirklichen Verhältnissen nicht genau entspreche.

Die beiden folgenden Paragraphen 10 und 11 bieten zu keinen besonderen Erörterungen Anlass.

§ 10 gibt dem Übernehmer das Recht, wenn die untersuchenden Tierärzte es zur Feststellung eines bestimmten Befindens für notwendig erachten, dass das Tier zuvor geschlachtet werden müsse, vom Gerichtspräsidenten eine dahinzielende Verfügung zu verlangen. Wenn es jedoch die Verhältnisse gestatten, so hat er den Übergeber vorher davon in Kenntnis zu setzen, damit diesem Gelegenheit geboten ist, entweder unter Anerkennung seiner Währschaftsverpflichtung die Tötung zu verhindern und das zurückgebotene Tier an

sich zu ziehen, aber doch dann der tierärztlichen Sektion beiwohnen zu können.

§ 11 ist einfach eine Wegleitung für die Tierärzte für den Fall, dass ein bereits untersuchtes Tier während der Gewährungszeit zugrunde geht, oder zufolge sanitäts- und seuchenpolizeilicher Massnahmen getötet werden muss. Die Tierärzte haben dann ein solches Tier nochmals zu untersuchen, einen genauen Sektionsbefund mit Gutachten aufzunehmen und solche Angaben des ersten Befundes, die sich der neuen Untersuchung gemäss als unrichtig erweisen, zu berichtigen.

Der Sinn dieser Bestimmungen ist völlig klar und in jeder Beziehung sachgemäss.

Dagegen gibt der folgende § 12 Grund zu Aussetzungen. Es wird darin verlangt, dass „die erste Untersuchung“ des zurückgebotenen Tieres notwendigerweise, um rechtliche Geltung zu erlangen, innerhalb, also vor dem Ablauf der Währschaftszeit zu erfolgen habe. Daraus entsteht nun eine grosse Schwierigkeit und Ungenauigkeit in der Begriffsbestimmung, die für die tierärztliche Untersuchung zu gelten habe. Aus der Bezeichnung „erste Untersuchung“ lässt sich folgern, und es ist das zu Nutz und Frommen gewissenloser, profitaschender Experten leider vielerorts im Herrschaftsgebiet des Konkordats gefolgert worden, dass eine solche „erste Untersuchung“ nur pro forma, so obenhin innerhalb der Währschaftszeit stattfinde, deren selbstverständlich mangelhaftes, oberflächliches und in jeder Beziehung ungenaues Resultat dann aber erst nach Ablauf der Währschaftsfrist berichtigt und ergänzt werden könne durch eine vom Ausdruck „erste Untersuchung“ eo ipso kreiierte „zweite Untersuchung“. Welche Auswüchse diese, dem Gesetzestext nach vollkommen korrekte und zulässige Interpretation des § 12 gezeitigt hat, lehrt am besten die Praxis, wo es öfters vorkam und vorkommen konnte, dass die Kosten und Auslagen für Bemühungen, Sporteln, Reisespesen usw. der als Sachverständige ernannten beiden Tierärzte nahezu den Wert des

im Währschaftsstreite liegenden Tieres erreichten. Stiegen dann auch noch die Gerichts- und Anwaltskosten auf dieselbe Höhe, so hatte der den Prozess verlierende Teil den dreifachen Schaden zu tragen.

Das Prinzip, die tierärztliche Untersuchung noch innert der so wie so schon viel zu langen Währschaftszeiten vornehmen zu lassen, ist ja, vorausgesetzt, dass sie im einzelnen Falle während der Frist technisch überhaupt möglich ist, d. h. zu einem sicheren und genauen Resultat und Gutachten führen kann, im Grunde aller Anerkennung wert, indem die Möglichkeit, die Währschaftszeiten der tierärztlichen Untersuchung wegen nach Belieben über das gesetzliche Mass auszudehnen, dadurch von vornherein abgeschnitten würde. Um das zu erreichen, hätte sich das Gesetz aber unbedingt präziser ausdrücken sollen, indem es eben einfach strikte vorgeschrieben hätte, dass „die Untersuchung“ und nicht „die erste Untersuchung“ vor Ablauf der Währschaftszeit vorzunehmen sei. Eine Ausnahme von dieser bindenden Vorschrift wäre dann gesetzlich nur für diejenigen Fälle zu gestatten gewesen, wo es absolut unmöglich geschienen hätte, gestützt auf die während der Währschaftsfrist vorgenommene Untersuchung, einen genauen Befund und ein entsprechendes Gutachten abzugeben.

Die Professoren Munzinger und Pütz haben in ihrem bereits oben erwähnten Gutachten über das Konkordat von 1853 auch noch hervorgehoben, die Vorschrift des § 12 stimme nicht mit denjenigen der §§ 3 und 8 überein, indem nach § 3 für den Währschaftsanspruch nur verlangt werde, dass der Gewährsmangel innerhalb der Frist vorhanden sei, während § 12 im Gegensatz dazu auch noch die erste Untersuchung des zurückgebotenen Tieres in den Rahmen der Gewährsfrist hineinschiebe.

Demgegenüber muss aber gesagt werden, dass ein solcher Gegensatz, wie der von Munzinger und Pütz behauptete, in Wirklichkeit zwischen den §§ 3 und 12 nicht besteht, dass

die beiden Paragraphen im Gegenteil einander bloss bestätigen und ergänzen.

§ 3 stellt ja lediglich den Grundsatz auf, dass das Vorhandensein eines Gewährmangels innerhalb der Währschaftszeit für den Übergeber des zurückgebotenen Tieres die Verpflichtung, Währschaft zu geben, entstehen lasse. Damit ist aber durchaus nicht gesagt, dass die tierärztliche Untersuchung des Tieres nicht auch innerhalb der Währschaftszeit stattzufinden habe. Im Gegenteil, es muss eine solche Untersuchung gerade nach dem Wortlaut des § 3 innerhalb der Währschaftszeit vorausgesetzt werden, denn es kann juristisch in keinem Falle vom „Vorhandensein eines Gewährmangels“ die Rede sein, bevor dies auf Grund eines gerichtlichen Expertengutachtens festgestellt worden ist. § 12 steht demnach also in keiner Weise im Widerspruch mit § 3. (Schluss folgt.)

Neue Literatur.

Das Tuscheverfahren von Prof. Dr. R. Burri an der eidgen. bakteriologischen Anstalt in Bern, nennt sich eine bei Fischer in Jena (Preis 3 M.) erschienene, drei Bogen starke Arbeit, welche ein Verfahren beschreibt, nach welchem schwierige Aufgaben der Bakteriologie gelöst werden können.

Ebenso originell als genial verwendet der Autor bei der Isolierung von Keimen oder zur Sichtbarmachung der Bakterienform, eine Tuschlösung, in welcher die Pilze unter dem Mikroskop in heller Gestalt merkwürdig scharf in Erscheinung treten. Auf drei Tafeln bietet er hübsche photographische Aufnahmen.

Es bildet dieses neue Verfahren neben der Färbung und neben der Dunkelfeldbeleuchtung eine weitere Methode zum Nachweis kleinster Organismen, deren Tragweite vorerst noch nicht übersehen werden kann. Alle Bakteriologen werden sich für diese hervorragende Arbeit interessieren und sie sich nicht entgehen lassen.

E. Z.