

Wesentlichen der Begründung der zweiten Instanz beizutreten. Nach dem von den Vorinstanzen festgestellten Thatbestande ist unzweifelhaft, wenn auch nicht eine strafrechtlich verfolgbare Handlung des Fabrikherrn selbst, so doch ein in kaufalem Zusammenhange mit dem Unfalle stehendes Verschulden des Fabrikanten oder seiner betriebsleitenden Angestellten anzunehmen. Die heutigen hiegegen gerichteten Beweisanträge der Beklagten sind, da sie auf eine Widerlegung der beim Bundesgerichte nicht anfechtbaren tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen abzielen, gemäß Art. 30 D.-G. abzulehnen. Ebenso ist der beklagte Beweisantrag in Betreff der Folgen des Unfalles, insbesondere des Invaliditätsgrades des Klägers, abzulehnen. Denn es ist klar, daß die sachbezüglichen Feststellungen der Vorinstanzen in keiner Weise auf einem Rechtsirrtum beruhen, sondern im Gegentheil den tatsächlichen Verhältnissen durchaus entsprechen. Hievon ausgegangen aber ist als Entschädigung offenbar das gesetzliche Maximum zu sprechen und könnte es sich nur fragen, ob nicht dieses durch die zweitinstanzliche Entscheidung überschritten sei, weil auf einen höhern Betrag als den sechsfachen Jahresverdienst der Verletzten vor dem Unfalle erkannt worden ist. In dieser Richtung ist festzuhalten, daß der Verdienst des Verletzten vor dem Unfalle zu Grunde gelegt werden muß (s. Entscheidung des Bundesgerichtes in Sachen Merz gegen Schmid-Henggeler & Cie., Amtliche Sammlung XII, S. 608). Allein es ist nun mit der Vorinstanz grundsätzlich anzuerkennen, daß der „Jahresverdienst“ eines Lehrlings nicht einfach dem geringen Lohne gleichzusetzen ist, welchen derselbe in haar vom Lehrherrn empfangen mag, sondern daß darauf Rücksicht genommen werden muß, daß die hauptsächlichste, unter Umständen einzige, Gegenleistung des Lehrherrn gegen die Dienste des Lehrlings in der beruflichen Lehre, der Anleitung zum Berufe, liegt, welche er dem Lehrling angedeihen zu lassen hat. Der ökonomische Werth, welchen dieser wesentlichste Theil der Leistung des Lehrherrn für den Lehrling besitzt, muß bei Berechnung des Jahresverdienstes des letztern mitveranschlagt werden. Dabei muß dann natürlich jeweilen nach Maßgabe der konkreten Verhältnisse eine freie richterliche Abschätzung *ex aequo et bono* Platz greifen; es ist nun nicht ersichtlich, daß die Vorinstanz, indem sie angenommen hat, in con-

creto gestatte der Werth der fraglichen Gegenleistung des Lehrherrn, beim Ausmaße der Entschädigung bis auf das Maximum von 6000 Fr. zu gehen, das Gesetz unrichtig angewendet hätte; im Gegentheil ist der zweitinstanzlichen Würdigung beizutreten.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung beider Parteien wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 18. Januar 1890 sein Bewenden.

#### IV. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

22. Urtheil vom 24. Januar 1890 in Sachen

Schenk gegen Egli-Reimann & Cie.

A. Durch Urtheil vom 26. September 1889 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Das erstinstanzliche Urtheil wird bestätigt. Die ordentlichen und außerordentlichen Kosten der zweiten Instanz mit einer appellationsgerichtlichen Urtheilsgebühr von 80 Fr. sind getheilt. Das erstinstanzliche Urtheil des Civilgerichtes Baselstadt vom 20. August 1889 ging dahin: Beklagte ist zu Zahlung von 9000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 19. November 1888 an Kläger verfallt. Mit der Mehrforderung ist Kläger abgewiesen. Die ordentlichen Kosten mit Inbegriff eines Experten honorars von je 20 Fr. an die beiden Experten trägt die Beklagte. Die außerordentlichen Kosten sind wettgeschlagen.

B. Gegen das appellationsgerichtliche Urtheil ergriffen beide Parteien die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt der Anwalt des Klägers: Es sei unter Aufhebung der vorderrichterlichen Entscheide Beklagte konform den Anträgen und Ausführungen des Klägers zu verfallen, unter Kostenfolge, und stellt im Fernern die Beweisanträge:

1. Es sei gegenüber der vagen Behauptung respektive Vermuthung der Experten durch Anordnung einer neuen Expertise positiv festzustellen, ob im Monat Oktober 1888 alter ungarischer Waizen (Basarhely) von der Qualität des verkauften im Handel noch erhältlich war und wenn ja, zu welchem Preise?

2. Falls keiner mehr vorhanden war, sei ebenfalls durch eine neue Expertise genau festzustellen, ob nicht die russischen Qualitäten, mit welchen Kläger sich deckte respektive decken mußte, den nicht mehr vorhandenen ungarischen Sorten in ihrer Verwendung am nächsten kamen beziehungsweise als Ersatz dienen konnten, eventuell wäre auch noch

3. Darüber Beweis zu erheben, ob nicht die Müller im Berner-Viet noch bis Neujahr alten Waizen vermahlen.

Der Anwalt der Beklagten dagegen trägt auf Aufhebung der kantonalen Urtheile im Sinne der Abweisung der Klage, eventuell der Reduktion der klägerischen Forderung unter Kosten- und Entschädigungsfolge an; eventuell wäre Beweis darüber zu erheben, ob nicht im Oktober (1888) die Preise für alten und neuen Waizen sich gleichgestanden haben oder doch nur eine minimale Preisdifferenz bestanden habe und wäre die Vorinstanz zu einer Erklärung darüber zu veranlassen, ob sie die Usancen der Basler Getreidebörse darüber, welche Qualitätsdifferenz beim Handel nach Typenmuster den Käufer zur Rückweisung der Waare berechtige, auf den vorliegenden Fall für anwendbar erachte.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 4. Juli 1888 verkaufte die beklagte Firma dem Kläger Müller Schenk in Burgdorf durch an letztem Orte mündlich abgeschlossenen Vertrag nach übergebenem Muster 3000 Meterzentner Basarhelywaizen à 20 Fr. 25 Cts. per 100 Kilos ohne Sack franko Station Burgdorf oder Bern, 90 Tage Akzept, lieferbar im August künftig. In ihrem diesen Abschluß bestätigenden Briefe vom 13. Juli 1888 bemerkt die Beklagte, es sei nach übergebenem „Typenmuster“ gehandelt worden; der Kläger wendete hiegegen am 15. Juli ein, das übergebene Muster sei ihm nicht als Typenmuster, sondern als „Ausfallsmuster“ und noch mit dem Bemerkten vorgezeigt worden, die Waare werde in keinem Falle geringer, eher noch etwas schöner geliefert werden. Die Beklagte erwiderte mit Schrei-

ben vom 16. Juli, es sei beim Abschlusse ausdrücklich bemerkt worden, daß das übergebene Muster nicht aus der Waare selbst gezogen worden und deshalb als „Typenmuster“ zu betrachten sei, in dem Sinne jedoch, daß die Waare nicht geringer geliefert werden dürfe, als dieses Muster. Die Lieferungsfrist wurde später erstreckt. Im September/Anfang Oktober 1888 wurden dem Kläger wiederholt theils direkt durch die Beklagte, theils durch die Lagerhausverwaltung in Romanshorn in deren Auftrag ans der für ihn bestimmten Waare gezogene Ausfallsmuster zugesandt mit der Aufforderung sich darüber zu erklären, ob er den Waizen, wenn er diesem Ausfallsmuster entspreche, annehme; andere als dem Ausfallsmuster entsprechende Waare könne die Beklagte nicht liefern. Der Kläger erklärte wiederholt, daß die Ausfallsmuster dem Kaufmuster nicht entsprechen und daß er auf Lieferung musterkonformer Waare beharre. Mit Schreiben vom 18. September 1888 erklärte er, daß er der Beklagten noch Zeit bis Donnerstag den 4. Oktober nächsthin gebe, um ihm die 3000 Doppelzentner alten Basarhelywaizen in musterkonformer Waare zu liefern; geschehe dies nicht, so belaste er die Beklagte mit den Mehrkosten, die er auslegen müsse, um sich die Waare, die er unter allen Umständen haben wolle, anderweitig zu beschaffen. Am 5. Oktober 1888 erneuerte er die Erklärung, daß sämtliche ihm zugesandte Ausfallsmuster dem Verkaufsmuster nicht entsprechen und also nicht akzeptirt werden können und daß er auf Lieferung musterkonformer Waare „franko Burgdorf wie gehandelt“ beharre. Die Beklagte ihrerseits behauptete, daß die durch die Ausfallsmuster repräsentirte Waare dem Verkaufsmuster entspreche und lieferte, angesichts der entgegengesetzten Erklärung des Klägers, überhaupt nicht. Letzterer belangte sie daher mit Klage vom 19. November 1888 auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages, indem er beantragte, die Beklagte sei zu Zahlung von 12,750 Fr., ganz eventuell von 10,975 Fr. sammt Zins zu 5% seit 4. Oktober, eventuell vom Tage der Klage an zu verfallen, unter Kostenfolge.

2. Die Vorinstanzen haben festgestellt, daß zwischen den Parteien am 4. Juli 1888 ein fester, und nicht, wie die Beklagte anfänglich behauptet hatte, ein bedingter Kauf nach Muster ist

abgeschlossen worden. Ebenso ist festgestellt, daß durch die Bezugnahme auf das beim Kaufsabschlusse übergebene Muster die Lieferung von altem (das heißt 1887 ger) Basarhelywaizen versprochen war. Der Anwalt der Beklagten hat heute, und gewiß mit Recht, selbst anerkannt, daß er diese Feststellungen in der bundesgerichtlichen Instanz nicht mehr anfechten könne. Hievon ausgegangen aber erscheint die Entschädigungsforderung des Klägers prinzipiell als begründet. Nachdem der Kläger darauf beharrte, daß er die Waare, welche durch die ihm übersandten Ausfallsmuster vertreten werde, als dem Verkaufsmuster nicht entsprechend, nicht annehme und Lieferung anderer, probemäßiger Waare verlange, hat die Beklagte überhaupt nicht geliefert und also den Vertrag nicht erfüllt. Sie ist daher gemäß Art. 110 u. f. D.-R. dem Käufer schadenersatzpflichtig, sofern nicht etwa dessen Weigerung, die durch die Ausfallsmuster repräsentirte Waare anzunehmen, eine vertragswidrige war, und also die Nichterfüllung des Vertrages dem Käufer selbst zur Last fällt. Wenn der Anwalt des Klägers behauptet hat, auf die Probemäßigkeit oder Nichtprobemäßigkeit der durch die Ausfallsmuster vertretenen Waare komme überall nichts an, da die Beklagte die Waare selbst nicht am Erfüllungsorte (Burgdorf oder Bern) geliefert oder dort Lieferung anerbieten habe, so erscheint dies nicht als richtig. Es mag richtig sein, daß der Käufer die Prüfung der ihm zugesandten Ausfallsmuster einfach hätte ablehnen und erklären können, er werde sich über die Empfangbarkeit der Waare erst dann aussprechen, wenn diese selbst am Erfüllungsorte angelangt sei. Allein auf diesen Standpunkt hat sich der Käufer, wenn er ihn auch angedeutet hat, doch thatsächlich nicht gestellt. Er hat vielmehr die Ausfallsmuster geprüft und bestimmt erklärt, daß er die durch dieselben repräsentirte Waare nicht annehmen werde. Wenn nach dieser bestimmten Erklärung des Käufers der Verkäufer nicht auch noch die, doch von vorneherein als nicht empfangbar zurückgewiesene, Waare selbst an den Erfüllungsort sandte, so kann er deshalb gewiß nicht als schadenersatzpflichtig erklärt werden, sofern die durch Uebersendung der Ausfallsmuster anerbote Waare vertragsmäßig war. Allein dies ist nun eben nicht der Fall, vielmehr steht fest, daß während vertragsmäßig, gemäß dem Verkaufsmuster, 1887 ger Basarhelywaizen

zu liefern war, die Ausfallsmuster zwar Waizen annähernd gleicher Qualität, allein des Jahrganges 1888, enthielten. Diese nicht vertragsmäßige Waare durfte der Käufer zurückweisen und an deren Stelle gemäß Art. 252 D.-R. die Lieferung anderer wahrhafter (probemäßiger) Waare verlangen. Die Beklagte hat allerdings behauptet, daß zwischen der durch die Ausfallsmuster und der durch das Verkaufsmuster dargestellten Waare zur Erfüllungszeit wenn überhaupt irgendwelcher, so doch nur ein so geringer Werthunterschied bestanden habe, daß deshalb der Käufer nach den Usanzen der Basler Getreidebörse für den Handel auf Typenmuster nicht zur Rückweisung der Waare, sondern nur zur Preiskürzung berechtigt gewesen sei. Allein dem gegenüber ist zunächst zu bemerken, daß die Beklagte vom Kläger nicht Abnahme der Waare gegen Preiskürzung verlangt, sondern vielmehr den Vertrag einfach ihrerseits nicht erfüllt hat; sodann aber ist überhaupt nicht anzunehmen, daß hier nach den Usanzen der Basler Getreidebörse gehandelt worden sei, letztere als stillschweigend vereinbarte *lex contractus* erscheinen. Der Kauf wurde nicht an der Basler Börse oder zwischen Mitgliedern dieser Börsenvereinigung, ja überhaupt nicht in Basel, sondern, nach der unbestrittenen Behauptung der Klage, in Burgdorf abgeschlossen und war auch dort oder in Bern zu erfüllen, und es hat irgendwelche ausdrückliche Bezugnahme auf die Basler Börseusanzen beim Vertragsschlusse nicht stattgefunden. Wenn angesichts dieser Verhältnisse die Beklagte behaupten wollte, daß dennoch stillschweigend gemäß den Basler Usanzen gehandelt worden sei, so lag es ihr ob, bestimmte Thatfachen namhaft zu machen, aus welchen auf eine derartige Willensmeinung der Parteien geschlossen werden konnte. Solche Thatfachen liegen aber nicht vor und sind nicht behauptet. Gegen die Unterwerfung des Käufers unter die Basler Börseusanzen spricht vielmehr die zwischen den Parteien gewechselte Korrespondenz, insbesondere die wiederholte scharfe Hervorhebung, daß jedenfalls nicht geringere Waare als durch das Kaufsmuster angegeben, geliefert werden dürfe. Durfte danach der Käufer die durch die Ausfallsmuster vertretene Waare zurückweisen und Lieferung probemäßiger Waare verlangen, so ist der Verkäufer, da er diesem Begehren nicht nachkam, gemäß Art. 110 u. ff. D.-R. schadenersatzpflichtig.

3. Was das Quantitativ des Schadenerfages anbelangt (wofür Art. 116 D.-R. maßgebend ist), so haben die Vorinstanzen bei dessen Festsetzung die Differenz zwischen dem Vertragspreise und dem Preise der Waare zur Lieferungszeit (Oktober 1888) zu Grunde gelegt und diese Differenz an der Hand des eingeholten Sachverständigengutachtens auf 3 Fr. per 100 Kilos gewerthet. Diese Entscheidung ist keine rechtsirrhümliche, sondern es ist derselben durchaus beizutreten. Nach dem Ausgeführten ist klar, daß der Schadensfestsetzung nicht, wie die Beklagte meint, höchstens die Werthdifferenz zwischen der Vertragswaare und der von ihr durch Uebersendung der Ausfallmuster angebotenen Waare zu Grunde gelegt werden kann (da ja eben der Käufer zu Annahme letzterer Waare nicht verpflichtet war), sondern daß die Differenz zwischen dem Vertragspreise und demjenigen Preise, um welchen Ersatzwaare beschafft werden konnte, maßgebend ist. Diese Differenz ist aber von den Vorinstanzen richtig festgesetzt worden. Wenn der Kläger behauptet hat, daß im Oktober 1888 die vertragliche Quantität vertragsmäßiger Waare, das heißt 1887 ger Basarhelywaizens überhaupt nicht mehr käuflich gewesen sei, daß er sich daher in russischem und bessarabischem Waizen habe decken müssen und somit die Preise dieser Deckungskäufe zu Grunde zu legen seien, so ist dies nicht richtig. Denn nach den Feststellungen der Vorinstanzen ist eben nicht erwiesen, daß im Oktober 1888 kein 1887 ger Basarhelywaizen mehr erhältlich war und die heutigen hierauf bezüglichen Beweisangebote des Klägers sind unzulässig, da sie in der zweiten kantonalen Instanz nicht gestellt wurden. Daß im Uebrigen bei Feststellung der Preisdifferenz ein Rechtsirrhum unterlaufen sei, ist in keiner Weise ersichtlich.

4. Wenn sich sodann der Kläger noch speziell darüber beschwert hat, daß ihm Verzugszins erst von Einreichung der Klage an und nicht schon vom 4. Oktober 1888 (dem letzten Tage der Lieferfrist) an seien zugesprochen worden, so erscheint auch diese Beschwerde als unbegründet. Denn wenn ja auch allerdings die Beklagte die Waare bis spätestens 4. Oktober 1888 hätte liefern sollen, also mit der Waarenlieferung am 4. Oktober 1888 in Verzug gerieth, so ist sie dagegen mit der Zahlung des Schadenerfages in Geld, da eine frühere Aufforderung zu Bezahlung

desselben nicht ersichtlich ist, erst mit der Klageeinreichung in Verzug gerathen und schuldet also erst von da an Verzugszinsen. (Art. 119 D.-R.)

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung beider Parteien wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 26. September 1889 sein Bewenden.

23. Urtheil vom 24. Januar 1890 in Sachen  
Stächelin gegen Buser.

A. Durch Urtheil vom 7. November 1889 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Der Beklagte ist verfallt, dem Kläger den Rest des geschuldeten Kaufpreises nach Abzug von 4500 Fr. also noch 15,500 Fr. zu bezahlen. Im Uebrigen wird das erstinstanzliche Urtheil bestätigt. Kläger Appellat trägt die ordentlichen Kosten beider Instanzen mit Inbegriff einer appellationsgerichtlichen Urtheilsgebühr von 100 Fr. und einem Honorar von je 40 Fr. für die beiden zweitinstanzlichen Experten.

Das erstinstanzliche Urtheil des Civilgerichtes Basel vom 14. Juni 1889 ging dahin: Beklagter Jakob Buser ist verfallt, dem Kläger zu bezahlen:

a. 658 Fr. 60 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 17. November 1888 (Tag der Klageeinreichung);

b. Den Rest des Kaufpreises laut Kaufvertrag vom 24. März 1888 mit 20,000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 1. Oktober 1888.

Mit den weitern Begehren ist Kläger, mit der Widerklage Beklagte abgewiesen. Die Klage gegen Fritz Fäsch fällt als gegenstandslos dahin.

Die ordentlichen Kosten des Prozesses fallen zu  $\frac{1}{4}$  dem Kläger, zu  $\frac{3}{4}$  dem Beklagten zur Last, mit Ausnahme der durch die Klage