

L'omission, de la part du représentant de la masse Théraulaz, assignataire, d'aviser sur-le-champ l'assignant du défaut de paiement, conformément à l'art. 411 C. O. précité, a eu pour conséquence d'enlever à Brodard tout recours utile contre Favre, devenu insolvable dans l'intervalle, et dont la faillite fut prononcée peu de jours après; il est constant, en effet, que dans le courant d'Avril et de Mai, Favre avait encore en caisse une somme plus que suffisante pour payer le prix des immeubles achetés par Brodard; qu'immédiatement avant le dépôt de son bilan, le même notaire possédait encore pour plus de 9000 francs de titres. Il en résulte que cette faute grave, imputable à l'assignataire, entraîne sa responsabilité civile, et que si, en principe, les demandeurs sont, ainsi que le fait justement observer la Cour, en droit de recourir contre Brodard en paiement du prix de vente qu'ils n'ont pu toucher, ils sont tenus, en revanche, à des dommages-intérêts vis-à-vis du dit assignant, du fait de l'omission ou de la négligence signalée.

5° En ce qui touche la quotité de ces dommages-intérêts, le Tribunal fédéral n'est pas en possession des éléments nécessaires pour apporter une modification à l'appréciation, par la Cour cantonale, des faits sur lesquels se base l'évaluation à laquelle elle s'est arrêtée. En faisant entrer en ligne de compte, dans cette évaluation, la circonstance qu'un avis, même immédiat, n'aurait pas permis à Brodard de se récupérer complètement de sa perte, la dite Cour a plutôt établi un fait, que le Tribunal de céans n'est pas en mesure de soumettre à son contrôle. En tout cas, cette appréciation n'implique pas, dans l'application du droit fédéral, une erreur justifiant la réforme de l'arrêt attaqué.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté, et l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Fribourg, le 13 Juin 1892, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

139. Urtheil vom 23. Dezember 1892
in Sachen Schneider gegen Weingart & Kaufmann.

A. Durch Urtheil vom 24. Oktober 1892 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Es wird das Urtheil des Civilgerichtes bestätigt. Das Urtheil des Civilgerichtes ging dahin: Beklagter wird zur Abnahme der 600 Säcke La Plata-Weizen, zur Zahlung des Fakturabetrages von 15,750 Fr. nebst Zins à 5 % seit 14. Juni 1892, zur Tragung des Lagergeldes seit 15. April 1892, zur Rückgabe der 600 leeren Säcke und zur Vergütung einer Leihgebühr von 6 Cts. per Sack und per angefangenen Monat vom 6. Mai 1892 an bis zur Rückgabe, eventuell zur Zahlung von 1 Mark nebst Zins zu 5 % seit 6. Mai 1892 für jeden nicht zurückgegebenen leeren Sack verurtheilt.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt: Es sei in Abänderung des vorinstanzlichen Urtheiles die Klage abzuweisen. Dagegen beantragt der Anwalt des Klägers und Refursbeklagten, es sei die gegnerische Beschwerde abzuweisen und das vorinstanzliche Urtheil zu bestätigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Klägerin hatte im letzten Jahre im Lagerhause der Centralbahn in Basel 600 Säcke La Plata-Weizen liegen. Im Dezember ließ sie durch die Lagerhausverwaltung dem Beklagten von demselben sogenannte Ausfallmuster zugehen. Am 6. Februar 1892 kam sodann zwischen den Beklagten und den Agenten des klägerischen Hauses, Gremmer & Voosli, ein Kaufabschluß zu Stande. In dem Bestätigungsbriefe der Firma Gremmer & Voosli vom 8. Februar ist bemerkt: Der Kauf sei ergangen „über 600 Säcke I° La Plata, gehabte Qualität, lagernd im Lagerhause der Schweizerischen Centralbahn in Basel à 26 Fr. 25 Cts. franco Basel, gewöhnliche Konditionen, lieferbar successive nach Bericht von dieser Bestätigung ab.“ Schon am 7. Februar hatte die klägerische Firma dem Beklagten direkt Faktur über die Waare zugesandt und ihn ersucht, letztere successive beziehen zu wollen. Mit Schreiben vom 8. Februar sandte der Beklagte die Faktur

zurück mit dem Bemerken, daß er „diesen Weizen successive beziehbar nach seiner Wahl gekauft habe. Im Laufe dieses Monats werde von einem Bezuge kaum mehr die Rede sein und werde er, sobald er Bedarf darin habe, nicht ermangeln, die Herren Gremmer & Voosli von der jeweiligen Abfuhr in Kenntniß zu setzen und über das Bezogene Faktura verlangen.“ Dagegen schrieb der Beklagte am 10. Februar an Gremmer & Voosli, er annullire den Kauf, weil er bei dessen Abschluß nicht gewußt habe, daß die Waare von der Firma Weingart & Kaufmann herrühre, mit welcher er, in Folge früherer schlimmer Erfahrungen, nichts mehr zu thun haben wolle. Nachdem Gremmer & Voosli ihn der Unrichtigkeit seiner Behauptung, er habe die Herkunft der Waare nicht gekannt, überführt hatten, schrieb der Beklagte am 15. Februar an Gremmer & Voosli, der Bezug der Waare habe ganz nach seinem Belieben und zwar successive stattzufinden; er behalte sich die Prüfung der Musterkonformität vor und die Lagerspesen fallen zu Lasten des Verkäufers. Gremmer & Voosli erwiderten am 17. Februar 1892, daß unter dem successiven Bezug nicht ein Vierteljahr, sondern eine Frist von vielleicht 4 Wochen zu verstehen sei, während welcher die Lagerspesen zu Lasten des Verkäufers fallen. Die Qualität des Weizens könne nicht mehr in Frage kommen, da derselbe in Basel disponibel sei und der Beklagte vom Lagerhause seiner Zeit Muster bekommen habe. Der Beklagte hielt dem gegenüber daran fest, daß er sich in Bezug auf die Abfuhrung des Weizens keinerlei Vorschriften machen lasse, denselben vielmehr ganz nach seinem Bedarf beziehen werde und sich die Prüfung der Musterkonformität der Waare vorbehalte. Er beharrte auf diesem Standpunkte auch nachdem die Agenten Gremmer & Voosli ihn durch Schreiben vom 19. Februar 1892 erneut darauf aufmerksam gemacht hatten, daß er amtliche Ausfallsmuster der Waare erhalten habe und es ihm freigestanden habe und noch freistehe, die Waare im Lagerhaus persönlich zu besichtigen. Nach weiteren Korrespondenzen, in welchen die Parteien beidseitig ihren Standpunkt festhielten, erließ am 20. März 1892 die Klägerin an den Beklagten die bestimmte Aufforderung, mit dem Bezuge unverweilt zu beginnen und drohte für den Fall weiterer Säumniß mit gerichtlichen Schritten. In einem folgenden Schreiben vom 23.

März erfuchten die Kläger den Beklagten dringend, die 6 Waggon Weizen noch im Laufe des Monats März abzunehmen oder doch zu erklären, daß er die Uebernahme bis 15. April bewerkstelligen werde. Am 29. März schrieb der Beklagte an Gremmer & Voosli, man könne ihm nun ein Muster der von ihm gekauften 600 Säcke La Plata-Weizen zugehen lassen, worauf Gremmer & Voosli, unter Wahrung ihres Standpunktes hinsichtlich der Musterfrage, der baslerischen Lagerhausverwaltung einen entsprechenden Auftrag erteilten. Am 2. April meldete der Beklagte der Firma Gremmer & Voosli, daß der Weizen nicht musterkonform sei und er denselben nicht annehmen werde. Am 13. April übersandten hierauf die Advokaten Temme und Kern, im Auftrage der Klägerin, dem Beklagten Faktura über die gekauften 600 Säcke La Plata-Weizen und forderten ihn auf, die Waare bis zum 15. April zu beziehen, da ihm bis dahin spätestens von der Klägerin Frist angesetzt worden sei. Der Beklagte erwiderte, er verlange Expertise, um zu konstatiren, ob die Partie durchwegs egal und konform sei. Hierauf erhoben Weingart & Kaufmann Klage auf Bezahlung des Fakturapreises der Waare mit 15,750 Fr. nebst Verzugszins zu 5 % vom 14. Juni 1892, Tragung des Lagergeldes vom 15. April 1892 an, Rückgabe der leeren Säcke und Vergütung einer Leihgebühr von 6 Cts. per Sack und per Monat vom 6. Mai 1892 an bis zur Rückgabe, eventuell Ersatz des Werthes der Säcke mit 600 Mark nebst Zins zu 5 % vom 6. Mai 1892 an. Beide kantonale Instanzen haben die Klage gutgeheißen.

2. Der Beklagte hat eingewendet, es sei im Februar ein definitiver Kaufvertrag zwischen den Parteien nicht zu Stande gekommen, sondern bloß ein Vorvertrag abgeschlossen worden, der dem Beklagten noch offen gelassen habe, die Lieferungszeit frei zu bestimmen und die Annahme der jeweiligen Lieferungen von einer Prüfung ihrer Musterkonformität abhängig zu machen. Jedenfalls sei nach Muster gehandelt worden und zwar sei maßgebend nicht das dem Beklagten im Dezember vorgelegte Ausfallsmuster, sondern ein Muster, welches der Agent Gremmer dem Beklagten im Januar 1892 übergeben habe. Diesem Muster entspreche die Waare nicht; der einvernommene Sachverständige spreche sich zwar dahin aus, die Waare, besser gepulvt, sei prima La Plata-Weizen,

gesund und stelle eine einheitliche Qualität dar; er konstatiere aber gleichzeitig, daß die Waare von dem durch den Beklagten eingelieferten Muster darin abweiche, daß sie unjauberer sei, mehr Gerste und hin und wieder auch ein Brandkorn enthalte, dieser Unterschied könne zu 50—75 Cts. per 100 Kilogramm taxirt werden. Zu Vornahme einer Prüfung der Waare vor ihrer Ablieferung sei der Beklagte nicht verpflichtet und nicht in der Lage gewesen. Uebrigens könne, wie vor der ersten Instanz nachträglich geltend gemacht wurde, von einer Verspätung der Mängelrüge auch deshalb keine Rede sein, weil, wie der Beklagte nachträglich in Erfahrung gebracht habe, die gleiche Partie Weizen früher von der Klägerin dem Müller Schaller in Luzern verkauft gewesen sei, aber, auf Grund einer gerichtlichen Expertise, wegen Mangelhaftigkeit, habe zurückgenommen werden müssen. Die Klägerin habe also bewußt mangelhafte Waare als tadellos verkauft und sich dadurch eines civilrechtlichen Betruges schuldig gemacht.

3. Nach den thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen erscheinen diese Einwendungen als unbegründet. Die Parteien gehen darin einig, daß der Bezug des Weizens, einmal begonnen, in Partien von je (wenigstens) 100 Säcken per Woche erfolgen sollte. Dagegen sind sie darüber nicht einig, wann der Bezug begonnen werden sollte. Nun stellt aber die Vorinstanz, wesentlich unter Berufung auf den Brief des Beklagten vom 8. Februar 1892, fest, daß die Willensmeinung der Parteien hinsichtlich der Lieferzeit dahin gegangen sei, der Beginn des Bezuges solle etwa mit Anfang des Monats März eintreten oder jedenfalls sich nicht weit darüber hinaus verzögern. Diese Feststellung ist durchaus nicht rechtsirrhümlich, sondern erscheint gegentheils als zutreffend. Wenn der Beklagte in seinem Briefe vom 8. Februar, in welchem er betont, daß er den Weizen successive beziehbar nach seiner Wahl gekauft habe, beifügt, im Laufe dieses Monats (Februar) werde von einem Bezuge kaum mehr die Rede sein können, so darf daraus allerdings gefolgert werden, daß die Willensmeinung auch des Beklagten dahin ging, der Beginn der Lieferzeit dürfe jedenfalls nicht weit über den Beginn des folgenden Monats (März) hinausgeschoben werden. Hievon ausgegangen aber ist klar, daß nicht ein bloßer Vorvertrag zu einem Kauf, sondern ein definitiver

Kauf vorliegt. Ebenso ergibt sich danach von selbst, daß die Frist binnen welcher der Beklagte die Waare zu beziehen hatte, mit Mitte April zu Ende ging und daher von diesem Zeitpunkte an den Beklagten die Folgen des Verzuges treffen, sofern er nicht etwa zu Rückweisung der Waare wegen Mängeln berechtigt war.

4. In letzterer Richtung nun gehen beide Vorinstanzen davon aus, ein Kauf nach Muster, wie der Beklagte ihn behauptete, liege nicht vor; die Beschaffenheit der Waare sei dem Beklagten aus dem ihm im Dezember 1891 von der Lagerhausverwaltung zugesandten Ausfallsmuster bekannt gewesen, er habe die Waare auf dieses Ausfallsmuster hin, auf welches sich der Ausdruck „gehobte Qualität“ beziehe, vorbehaltlos gekauft, wie auch sein Schreiben vom 8. Februar ergebe; in diesem Schreiben nehme der Beklagte die vorbehaltlose Fakturirung der Waare selbst stillschweigend an, indem er erkläre, „diesen Weizen gekauft zu haben“ und mache einen Vorbehalt lediglich bezüglich der Lieferzeit. Selbst wenn nach Muster gehandelt worden wäre, stände dem Beklagten das Recht nicht mehr zu, die Waare noch so spät zu bemängeln, da er es versäumt hätte, die Musterkonformität rechtzeitig festzustellen. Die Waare habe jederzeit zu seiner Verfügung im Lagerhause gelegen und es könne daher nicht zugegeben werden, daß der Beklagte zu deren Prüfung nicht verpflichtet gewesen sei, bevor sie ihm vor die Mühle gebracht wurde. Ueberdem sei die Differenz zwischen dem vom Beklagten produzierten Muster und der Waare eine so geringe, daß sie wirklich, wie die Klägerin behauptete, ihre Ursache in der durch wiederholten Gebrauch erfolgten Reinigung des Musters von Staub u. haben könne. Wenn die Vorinstanzen auf Grund dieser Ausführungen zu der Entscheidung gelangen, der Beklagte sei zu Zurückweisung der Waare wegen Mängeln nicht berechtigt, so kann in dieser Entscheidung ein Rechtsirrhum nicht erblickt werden. Es handelt sich um einen Platzkauf über eine individuell bestimmte Waarenmenge, welche, wie thatsächlich festgestellt ist, nach Besichtigung eines durch die Lagerhausverwaltung aus der Waare selbst gezogenen sogenannten Ausfallsmusters, abgeschlossen wurde. Aus diesem Muster war die Beschaffenheit der Waare, wie nach den Ausführungen der Vorinstanzen angenommen werden muß, speziell auch hinsichtlich der Beimischung

von Gerste u. s. w., bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit erstlich und gemäß Art. 245 O.-R. kann daher der Käufer nachträglich eine Reklamation nicht mehr erheben. Von einer absichtlichen Täuschung des Käufers durch den Verkäufer kann, nach dem Thatbestande der Vorinstanzen, offenbar nicht die Rede sein. Die hiefür angeführte Thatsache, daß der verkaufte Weizen früher von einem Käufer in Luzern als nicht mustergemäß zurückgewiesen und nach Erhebung einer gerichtlichen Expertise von der Klägerin zurückgenommen worden sei, beweist, auch wenn sie im Prozesse sollte berücksichtigt werden dürfen, nichts für eine absichtliche Täuschung. Eine solche ist vielmehr dadurch, daß der Kauf festgestelltemaßen auf Grund eines amtlich durch die Lagerhausverwaltung gezogenen Ausfallsmusters abgeschlossen wurde, durchaus ausgeschlossen.

5. Es ist demnach in Uebereinstimmung mit den Vorinstanzen die Klage auf Bezahlung des Kaufpreises gutzuheißen. Rücksichtlich des Beginns des Kaufes der Verzugszinsen, der Tragung des Lagergeldes, der Rückgabe der leeren Säcke und der Leihgebühr für die Säcke ist ebenfalls der Entscheidung der Vorinstanzen beizutreten, wofür einfach auf deren Begründung verwiesen werden darf.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung des Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt sein Bewenden.

**V. Haftpflicht
für den Fabrik- und Gewerbebetrieb.
Responsabilité
pour l'exploitation des fabriques, etc.**

140. Urtheil vom 21. Oktober 1892 in Sachen
Widmer gegen Wirth.

A. Durch Urtheil vom 23. Mai 1892 hat das Obergericht des Kantons Aargau erkannt:

Der Beklagte ist schuldig, an den Kläger zu bezahlen:

- a. Eine Aversalsumme von 2000 Fr.;
- b. Alle mit der Verletzung in Verbindung stehenden Arzt-, Apotheker- und Verpflegungskosten im richterlich festgesetzten Betrage von 625 Fr. 90 Cts.
- c. Die Prozeßkosten erster und zweiter Instanz im richterlich festgesetzten Betrage von 239 Fr.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht, indem er die Anträge anmeldete, in erster Linie: Es sei die Klage gemäß Art. 2 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1881 (wegen Verbrechen oder Vergehen dritter Personen) gänzlich abzuweisen; in zweiter Linie (eventuell): es sei die Entschädigungssumme in Hinblick auf Art. 5 litt. a leg. cit., ein Ermäßigungsmoment, das das kantonale Gericht nicht herangezogen hat und das neben litt. b in Betracht fällt, noch weiter zu reduzieren.

C. Bei der heutigen Verhandlung hält der Anwalt des Beklagten und Rekurrenten die schriftlich angemeldeten Anträge aufrecht, mit der Vervollständigung, daß eventuell, sofern das Bundesgericht dies noch für nöthig finden sollte, auf Aktenvervollständigung durch Erhebung einer Expertise angetragen werde. Der Vertreter des Klägers trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung des angefochtenen Urtheils an.