

fendeurs reconnaissent que la dite lettre n'est parvenue à L. Logoz que le 19 octobre au matin, et à supposer qu'elle ait été expédiée à Zurich sans aucun retard, elle n'aurait pu être remise à la demanderesse que le 19 octobre au soir, et probablement le 20 seulement. En revanche il est vrai que la dépêche des défendeurs du 18 octobre, si elle eût été expédiée également télégraphiquement par Logoz à la demanderesse, serait parvenue à cette dernière avant l'arrivée de la proposition d'assurance, et le sort du présent litige dépend en définitive de la solution à donner aux deux questions de savoir : a) si cette dépêche contenait un retrait de la proposition d'assurance, et b) dans le cas affirmatif, si L. Logoz était obligé de transmettre immédiatement à la demanderesse, par voie télégraphique, la dépêche des défendeurs.

13. — En ce qui concerne la première question, il n'est pas nécessaire de trancher le point de savoir si la dépêche contenait réellement une révocation, ou si elle ne devait déployer d'effet que pour le cas où Louis Logoz n'aurait pas encore expédié à la demanderesse la proposition d'assurance des défendeurs. D'après le texte de la dépêche : « N'envoyez pas notre proposition avant d'avoir reçu notre lettre, » sans qu'aucun motif quelconque soit indiqué pour expliquer cet ordre, la seconde des alternatives susmentionnées n'était en tout cas pas exclue. De même, si l'on devait admettre le contraire, Logoz n'avait en tout cas nullement l'obligation de transmettre la dépêche à la demanderesse par voie télégraphique ; il n'était tenu, ni de par la loi, ni par l'usage, notamment en matière d'assurances, à faire aux défendeurs cette avance de frais, dont il n'était pas sûr de recouvrer le montant, et cela d'autant moins que les dits défendeurs n'avaient point demandé cette transmission de la dépêche. Aussi bien n'ont-ils jamais prétendu, devant les instances cantonales, que cette obligation incombât à Logoz soit d'une manière générale, soit ensuite des circonstances spéciales de la cause. Les défendeurs ne pouvaient exiger autre chose que la transmission de la dépêche *par lettre* ; or dans ce cas la dépêche serait, ainsi qu'on l'a vu, parvenue trop tard à la demanderesse ; en

tout cas la preuve du contraire, laquelle incombait aux défendeurs, n'a pas été rapportée par eux. S'ils voulaient être certains que leur proposition n'était pas encore expédiée et que la demanderesse reçût à temps l'information de leur retrait, ils auraient dû, de leur côté, demander à Logoz, à leurs frais, — par dépêche avec réponse payée, — si la proposition avait été envoyée, auquel cas il leur aurait été possible de télégraphier directement leur retrait à la demanderesse. Si donc le dit retrait n'est pas parvenu à temps, c'est uniquement à leur propre faute que les défendeurs doivent l'attribuer.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est admis, et l'arrêt rendu entre parties par la Cour d'appel et de cassation du canton du Valais, le 18 janvier 1899, est réformé en ce sens que les fins de la demande de la Société d'assurance mutuelle suisse contre les accidents, à Zurich, lui sont allouées.

#### 56. Urteil vom 16. Juni 1899 in Sachen Mühle gegen Balsiger.

*Verkauf eines Milchgeschäftes mit Vorvertrag über Milchlieferungen. Ungültigkeit des Vorvertrages (und damit des ganzen Rechtsgeschäftes) wegen Unbestimmtheit resp. Unbegrenztheit der Leistungen, Art. 17 O.-R.*

A. Durch Urteil vom 15. Oktober 1898 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt :

1. Über das erste Klagsbegehren ist nicht zu urteilen.
2. Die sämtlichen übrigen Klagsbegehren, das vierte soweit bestritten, sind abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit

den Anträgen: Dem Kläger seien die sämtlichen Klagebegehren in einem Gesamtbetrage von 3350 Fr. zuzusprechen und die Widerklage sei abzuweisen.

C. Der Beklagte trägt in seiner Antwortschrift auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 29. Dezember 1893 schlossen Friedrich Mühle, Käser in Heimiswyl (Bruder des heutigen Klägers), als Käufer, und der heutige Beklagte Christian Balsiger, Pächter in Burgdorf, als Verkäufer, einen Vertrag ab, wonach letzterer dem erstern verkaufte „das von ihm bisher betriebene Milchausschant-Geschäft von täglich 200 bis 300 Liter Milch, und der bisherigen Kundenschaft gemäß dem dahierigen Verkaufsbüchlein“; an Gerätschaften waren inbegriffen 1 Milchkarren, 2 Milchbrenten und 3 Becher. Der Kaufpreis war auf 1500 Fr. festgesetzt und wurde vom Käufer sofort bar bezahlt. Der Vertrag enthielt sodann unter der Überschrift „weitere Bestimmungen“ die Vorschriften, er solle am 1. Januar 1894 beginnen; von da an sei der Verkäufer Balsiger verpflichtet, die Milch von seinen Kühen, soweit er solche nicht selbst in den Haushalt bedürfe, dem Käufer Mühle morgens und abends vom Stall weg zum Auschank an die Kunden abzugeben, wofür Mühle an Balsiger jeweilen monatlich den Verkaufspreis der Milch der Stadt Burgdorf, abzüglich 3 Cts. per Liter, zu bezahlen habe. Außerdem war bestimmt, daß der Verkäufer dem Käufer unter gewissen Voraussetzungen für des letztern Kälber einen Platz in einem Stalle anzuweisen und ihm das erforderliche Stroh zu beschaffen habe; ferner war der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer in einem Scheuerkeller den nötigen Platz für die vorübergehende Aufbewahrung der Milch zu verzeihen und ihm überdies Platz zur Versorgung der Gerätschaften zu geben. Endlich war dem Verkäufer für den Fall, daß der Käufer das Milchgeschäft sollte verkaufen wollen, ein Vorkaufsrecht eingeräumt. Am 11. Februar 1896 starb Friedrich Mühle. Er hinterließ als einzigen Erben seinen Bruder Ulrich Mühle, den heutigen Kläger, welcher die Erbschaft antrat. Das Milchausschantgeschäft des Friedrich Mühle wurde bis Ende Februar 1896 von einem Ernst Oberli, der am 2. Februar 1896 bei

Friedrich Mühle in Dienst getreten war, auf Rechnung des Klägers betrieben. Am 28. Februar 1896 wurde der Kläger durch den Regierungsstatthalter von Trachselwald bevogtet; sein Vogt suchte das Milchausschantgeschäft zu verkaufen und unterhandelte zu diesem Zweck mit verschiedenen Personen, jedoch ohne Erfolg. Am 8. März 1896 stellte der Beklagte seine Milchlieferungen an den Kläger ein; er betrieb von da an das Milchgeschäft auf eigene Rechnung.

2. Im Januar 1897 erhob nun der Kläger gegen den Beklagten Klage mit folgenden Rechtsbegehren: „1. Beklagter sei „schuldig, anzuerkennen, daß der Kläger, mit Händen er handelt, „rechtmäßiger Eigentümer des vom Beklagten am 29. Dezember „1893 dem Friedrich Mühle sel. verkauften Milchgeschäftes und „der dazu gehörenden Beweglichkeiten geworden sei; 2. Beklagter „sei daher schuldig und zu verurteilen, dem Kläger, mit Händen „er handelt, wegen seines einseitigen Rücktrittes von dem am „29. Dezember 1893 mit Friedrich Mühle abgeschlossenen Milch- „kaufvertrage angemessene Entschädigung zu bezahlen. 3. Derselbe „sei schuldig und zu verurteilen, dem Kläger, mit Händen er „handelt, den Kaufpreis für das dem Friedrich Mühle am 29. „Dezember 1893 verkaufte Milchgeschäft mit 1500 Fr. zurück- „zuerstatten, bezw. dieses Geschäft gegen Rückerstattung dieses „Kaufpreises zurückzukaufen. Eventuell: Der Beklagte sei schuldig „und zu verurteilen, dem Kläger, mit Händen er handelt, dafür „angemessenen Schadenersatz zu bezahlen, daß er den Verkauf des „genannten Milchgeschäftes verhindert und hintertrieben hat. 4. Der „Beklagte sei schuldig und zu verurteilen, dem Kläger, mit Händen „er handelt, die zu genanntem Geschäft gehörenden und ihm vom „Beklagten widerrechtlich weggenommenen Gegenstände zurückzuer- „statten und ihm für diese widerrechtliche Wegnahme und den „widerrechtlichen Gebrauch derselben angemessenen Schadenersatz „und angemessene Entschädigung zu bezahlen, — alles unter „Kostenfolge.“ Dabei bezifferte er den Schadenersatzanspruch wegen unberechtigten Rücktrittes vom Milchlieferungsvertrag auf 1700 Fr., denjenigen wegen der Wegnahme, Benutzung und Abnutzung der Beweglichkeiten auf 150 Fr., so daß er im ganzen mit der Rückforderung des Kaufpreises von 1500 Fr. eine Ge-

samtforderung von 3350 Fr. stellte. Der Beklagte erklärte, er bestreite den klägerischen Anspruch nicht, soweit der Kläger das Eigentumsrecht an den durch den Kaufvertrag vom 29. Dezember 1893 dem Friedrich Mühle verkauften Gerätschaften beanspruche; im übrigen beantragte er dagegen Abweisung der Klage, unter Kostenfolge, und erhob überdies eine Widerklage mit den Rechtsbegehren: „1. Der Kläger Ulrich Mühle, mit Händen er handelt, „sei schuldig, dem Christian Balsiger einen restanzlichen Betrag „von 452 Fr. 19 Cts. samt Verzugszins herauszubezahlen, unter „Kostenfolge. 2. Eventuell: Der Kläger sei schuldig, dem Christian „Balsiger für dem Friedrich Mühle verabreichte Kost sowie für „die Erwärmung des Wassers zur Reinigung des Milchgeschirrs „eine angemessene, vom Gericht festzusetzende Vergütung zu be- „zahlen, unter Kostenfolge.“ Die Vorinstanz ist zu ihrem ein- gangs mitgeteilten Urteile auf Grund folgender Erwägungen ge- langt: Über das erste Rechtsbegehren sei nicht zu urteilen, weil es auf gerichtliche Anerkennung eines Rechtsstandpunktes abziele, der als Fundament der übrigen, die eigentlichen petita enthalten- den Klagebegehren dienen solle; das Gericht hält also offenbar dafür, eine Klage auf Feststellung des Bestehens eines Rechts- verhältnisses sei ausgeschlossen, wenn gleichzeitig Leistungs- klage aus diesem Rechtsverhältnisse erhoben werde. Zu den übrigen Begehren der Hauptklage bemerkt das Gericht: Der Inhalt des Vertrages vom 29. Dezember 1893 sei dahin gegangen: Der Beklagte überlasse dem Friedrich Mühle den Betrieb des bisher von ihm geführten Geschäftes, und zwar verschaffe er ihm die Möglichkeit dazu a. durch seine Verpflichtung, täglich die ihm entbehrliche Milch von seinen Kühen zu liefern; b. indem er ihm Platz zur Aufbewahrung der Milch und der Betriebsgerätschaften einräume, eventuell c. ihm Gelegenheit gebe, aus der nicht ver- kauften Milch Küber zu mästen, endlich d. durch Übertragung des Eigentums an den zum Geschäftsbetriebe nötigen Gerätschaften. Als Gegenleistung sei der „Kaufpreis“ von 1500 Fr. be- stimmt worden. Dabei sei klar, daß der Beklagte jedenfalls so lange zu den versprochenen Milchliefereien verpflichtet gewesen, als er die bisherige Pacht beibehalten habe, und nicht Gründe ein- getreten seien, die ihn liberierten. Willkürliche Verweigerung der

Lieferung könnte ihn zu Schadenersatz, aber nicht zur Rückgabe der empfangenen 1500 Fr. verpflichten. Die Hauptfrage sei nun, ob die dem Friedrich Mühle aus dem Vertrage erwachsenen Rechte auf den heutigen Kläger übergegangen seien. Das wäre dann der Fall, wenn sie zu den übertragbaren gehörten, da sie andernfalls gemäß Satz. 499 bern. C.-G.-B. durch Erbfolge nicht haben über- gehen können. Maßgebend für die Frage der Übertragbarkeit sei Art. 183 D.-R. Nun müsse hier nach der besondern Natur des Rechtsverhältnisses, da es sich um einen Kreditkauf handle, bei welchem es ganz wesentlich auf die Person des Käufers ankomme, die Übertragbarkeit verneint werden. Das vierte Rechtsbegehren der Hauptklage sodann sei unbegründet, weil ein Beweis der Weg- nahme der dem Friedrich Mühle verkauften Gegenstände durch den Beklagten fehle. Dagegen erscheine die Widerklage im Betrage von 1022 Fr. 40 Cts. für Milchliefereien und 248 Fr. 40 Cts. Kostgeld als begründet; da der Beklagte hieran 1067 Fr. 61 Cts. erhalten habe, bleiben noch 203 Fr. 19 Cts. zu vergüten.

3. Die Kompetenz des Bundesgerichtes, die von Untes wegen zu prüfen ist, ist bezüglich der Hauptklage gegeben, da der Streit- wert 2000 Fr. übersteigt und wenigstens insofern eidgenössisches Recht zur Anwendung kommt, als es sich um die in erster Linie aufzuwerfende Frage der Gültigkeit des Vertrages vom 29. De- zember 1893 handelt. Bezüglich der Widerklage dagegen ist das Bundesgericht nicht kompetent; denn deren Betrag erreicht die für die Zuständigkeit des Bundesgerichts erforderliche Summe nicht, und die in Haupt- und Widerklage geltend gemachten Ansprüche schließen sich nicht etwa gegenseitig aus, in welchem Falle das Bundesgericht nach Art. 60 Abs. 4 D.-G. allerdings zuständig wäre. Auf die Widerklage kann daher nicht eingetreten werden.

4. In erster Linie ist die rechtliche Natur und Tragweite des Vertrages vom 29. Dezember 1893, wegen dessen Nichterfüllung durch den Beklagten der Kläger Schadenersatz verlangt, zu unter- suchen. Nun enthält jener Vertrag juristisch genommen zwei Ele- mente: Erstens einen Kaufvertrag, wonach der Beklagte dem Friedrich Mühle sein Milchgeschäft abtrat. Wenn dabei zwischen den Parteien von einem „Verkauf der Kundschaft“ gesprochen wurde, so ist dies dahin aufzufassen, daß der Verkäufer verpflichtet



sein sollte, kein Konkurrenzgeschäft zu führen. Zweitens verpflichtete sich der Beklagte dem Käufer gegenüber zu Milchlieferungen. Diese Verpflichtung stellt sich nicht, wie die Vorinstanz annimmt, als bloßes Anner des Kaufvertrages dar, sondern sie enthält einen eigenen Vertrag, und zwar einen Vorvertrag, der auf Abschluß von Milchkaufverträgen gerichtet ist. Wirtschaftlich allerdings und nach dem Willen der Parteien bilden die beiden Verträge eine Einheit und sie können daher juristisch nicht in dem Sinne getrennt werden, daß bei Ungültigkeit des einen Vertrages der andere als gültig in Kraft bleiben könnte. Diese Gültigkeit des Vertrages nun ist von Amtes wegen zu prüfen. Denn bei dem Vorvertrage handelt es sich um die Frage, ob die durch denselben stipulierten Verpflichtungen der Parteien bestimmte sind oder aber wegen Unbestimmtheit des Vertragsinhaltes von einem gültigen Vertrage nicht gesprochen werden kann. Nun ist letzteres in der That zu bejahen und zwar deshalb, weil die Verpflichtung des Beklagten, Milch zu liefern — der jedenfalls auch die entsprechende Verpflichtung des Mühle, die Milch abzunehmen, gegenübersteht — zeitlich unbeschränkt ist. Eine zeitliche Beschränkung aber ist einer derartigen Verpflichtung notwendig, da andernfalls die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Kontrahenten in einem solchen Maße gehemmt ist, daß das Geschäft als ein im Sinne des Art. 17 O.-R. ungültiges bezeichnet werden muß. Allerdings brauchte eine derartige Beschränkung nicht ausdrücklich im Vorvertrage festgesetzt zu werden, wenn sie klar und deutlich aus sonstigen in den Akten liegenden Umständen hervorgehen würde, z. B. aus der Korrespondenz der Kontrahenten, oder aus dem gesamten Vertragsinhalt, oder aus den persönlichen Verhältnissen der Parteien. Nichts von alledem ist hier der Fall. Auch die Vorinstanz sagt nur, der Beklagte sei so lange zur Milchlieferung verpflichtet gewesen, als er die bisherige Pacht beibehalten habe und nicht Umstände eintreten würden, die ihn liberierten. Sie scheint danach von einer dem Vorvertrage stillschweigend beigefügten Klausel « rebus sic stantibus » auszugehen. Diese Auslegung des Parteiwillens — an welche das Bundesgericht nach seiner neueren Praxis nicht gebunden ist, da die Frage, welches Rechtsgeschäft die Parteien gewollt, nicht That- sondern

Rechtsfrage ist (vgl. zuletzt Entsch. d. Bundesgerichts vom 27. Januar 1899 in Sachen Gesellschaft schweizer. Metzgermeister gegen Gebr. Leuenberger, Amtl. Samml. XXV, 2. Teil, S. 18, Erw. 2) — geht indessen in keiner Weise aus dem Vertragsinhalte oder aus den begleitenden Umständen oder aus sonstigen in den Akten liegenden Momenten hervor, und muß daher als rein willkürlich bezeichnet werden. Da der Vorvertrag sonach auf unbestimmte und unbestimmbare Zeit eingegangen ist, muß er nach dem Gesagten als ungültig erklärt werden. Damit fällt aber auch der Vertrag als Ganzes dahin, da, wie oben ausgeführt, die beiden Vertragsbestandteile wirtschaftlich eine Einheit bilden sollten.

5. Die Folge dieser Ungültigerklärung des Vertrages ist im Grundsatz, daß jeder Teil die vom andern empfangenen Leistungen zurückzuerstatten bzw., soweit dies nicht mehr möglich ist, die noch vorhandene Bereicherung herauszugeben hat. Vorerst nun ist klar, daß die Milchlieferungen, soweit sie vollzogen sind, nicht mehr rückgängig gemacht werden können, und daher auch der Kaufpreis für dieselbe (über den übrigens das Bundesgericht nach dem in Erw. 4 im Eingang Gesagten nicht zu urteilen hat) dem Beklagten verbleiben muß. Von dem empfangenen Kaufpreis von 1500 Fr. aber darf wohl angenommen werden, daß der Gewinn des Beklagten sich auf 500 Fr. belaufe, so daß dieser Betrag dem Kläger zuzusprechen ist. Allerdings hat der Kläger niemals einen Anspruch aus diesem Grunde erhoben; allein er hat einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises, wenn auch aus einem andern Gesichtspunkte, erhoben, und wenn nun dieser Anspruch teilweise, wenn auch aus einem andern Grunde, als begründet erscheint, so steht nichts entgegen, ihn gutzubeißen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

1. Auf die Widerklage wird wegen Inkompetenz des Gerichts nicht eingetreten.

2. Die Berufung wird in dem Sinne für begründet erklärt, daß der Beklagte zur Bezahlung von 500 Fr. an den Kläger verpflichtet wird.