

été retenue contre le mur par un crochet, ou tige, de dimensions suffisantes.

5. — Dans ces circonstances, et aucun cas fortuit n'étant d'ailleurs allégué, il convient de réformer le jugement cantonal dans le sens du rejet complet des conclusions de la demande.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

I. — Le recours par voie de jonction formé par Albin Dubois est écarté.

II. — Le recours principal introduit par E. Lebet-Cevey est admis, et le jugement rendu entre parties par le Tribunal cantonal de Neuchâtel est réformé en ce sens que les conclusions de la demande sont entièrement repoussées, et que les conclusions libératoires prises par le dit défendeur lui sont adjugées.

III. — Il est donné acte au demandeur Dubois que le défendeur Lebet-Cevey reconnaît lui devoir une somme de 35 fr. 10 pour salaire, et que le dit défendeur maintient son offre de payer au demandeur, à titre bienveillant, une somme de 500 fr.

## V. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

7. Urteil vom 29. Januar 1904

in Sachen **Bachofen-Burckhardt**, Kl. u. I. Ber.-Kl., gegen  
**Fritli**, Befl. u. II. Ber.-Kl.

*Kauf; Verpflichtung des Verkäufers, die Kaufsache (ein Pferd) beim Eintritt einer gewissen Bedingung wieder zurückzunehmen und die Kaufsumme zurückzuerstatten (Kauf mit Resolutivbedingung, oder unbedingter Kauf mit bedingtem pactum displicentiae). Klage auf Rückerstattung der Kaufsumme nach Rückgabe der Sache. Einrede des Betrugs und des Irrtums. Art. 18, 24 OR. — Wer trägt die Gefahr der in der Zeit während dem Kaufabschlusse und der Rückgabe durch Zufall eingetretenen Verschlechterung der Kaufsache? Art. 204 Abs. 1 und 2, 174, 171 OR.*

A. Durch Urteil vom 16. November 1903 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt:

Es wird das erstinstanzliche Urteil bestätigt.

Das erstinstanzliche Urteil hatte gelautet:

Der Beklagte ist zur Zahlung von 1750 Fr. nebst 5 % Zins seit 25. Juli 1903 verurteilt.

B. Gegen das Urteil des Appellationsgerichts haben beide Parteien rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt.

Der Kläger beantragt:

Das kantonale Urteil sei aufzuheben und Beklagter zur Zahlung von 3250 Fr. nebst Zins à 5 % seit 25. Juli 1903 zu verurteilen.

Der Beklagte stellt dagegen die Anträge:

1. Es sei das Urteil des Appellationsgerichtes aufzuheben und Kläger mit den sämtlichen Rechtsbegehren seiner Klage gänzlich abzuweisen.

2. Eventuell: Es sei die klägerische Forderung auf den Betrag von 1000 Fr. (eventuell 1200 Fr.) zu reduzieren.

Beide Parteien tragen überdies wechselseitig auf Abweisung der gegnerischen Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger kaufte am 21. Februar 1903 vom Beklagten ein Pferd, Mohrenschimmel, „Upas“, zum Preise von 3250 Fr., wobei der Beklagte für ein halbes Jahr die Garantie übernahm, daß der linke vordere Huf, welcher eine Hohlwand zeigte, sich ganz ausheilen und der Gang dadurch nicht beeinträchtigt werde, und sich für den andern Fall verpflichtete, das Pferd zum selben Preise wieder zurückzunehmen. Der Kläger nahm das Pferd in Besitz und bezahlte den Kaufpreis. Am 13. April 1903 schrieb die Frau des Klägers dem Beklagten: „Da das von Ihnen gekaufte Pferd durch seinen Huf vollständig unbrauchbar ist, gar nicht zum Trabfahren benützt werden kann, so senden wir es Ihnen wieder zurück und bitten um gefällige Retournerung des Geldes.“ Im Anschlusse hieran fand eine Besprechung der Parteien statt, die zur Ausstellung folgender „Verpflichtung“ des Beklagten, d. d. 14. April 1903, führte: „Da ich mich zur Anschaffung Ihres Pferdes schon engagiert habe betreffs Anschaffung eines anderen, so verpflichte ich mich im Rückfall dieses Ersatzpferdes die Ankaufssumme des Mohrenschimmels binnen eines Monats zurückzuerstatten.“ Der Beklagte, der am 19. April von einer Einkaufsreise zurückgekehrt war, teilte der Frau des Klägers mit Brief von diesem Tage mit, daß sich beim Pferde „Upas“ — das laut Feststellung der Vorinstanz am 15. April zurückgegeben worden war — ein großes Überbein am rechten Vorderbein, nach außen hin, gezeigt habe; gleichzeitig lud er zur Besichtigung neuer Pferde ein. Mit Brief vom 28. gl. Mts. an den Kläger wiederholte er seine Mitteilung betreffend das Überbein. Der Kläger lehnte sowohl eine Korrespondenz als die angebotene Besichtigung neuer Pferde ab und erhob, da der Beklagte sich der Rückzahlung des Kaufpreises für „Upas“ widersetzte mit der Behauptung, das Überbein müsse in der Zeit, während das Pferd beim Kläger gewesen, entstanden sein, am 25. Juli 1903 Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises von 3250 Fr. Der Beklagte hat in erster Linie Abweisung der Klage beantragt aus Gründen, die, soweit notwendig, aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich sind.

2. Das Urteil der ersten Instanz — dem sich die kantonale zweite Instanz im wesentlichen angeschlossen hat — beruht auf folgenden Erwägungen: Der vom Beklagten behauptete Betrug des Klägers, der darin bestehen solle, daß der Kläger dem Beklagten das Bestehen des Überbeines bei Eingehung der Verpflichtung vom 14. April 1903 verschwiegen habe, sei nicht erwiesen. Zwar stehe fest, daß der Kläger vor der Rückgabe des Pferdes vom Bestehen des Überbeines durch Tierarzt Reichenbach Kenntnis gehabt habe; dagegen könne nicht mit Bestimmtheit angenommen werden, daß ihm die volle Tragweite dieses Mangels und dessen Einfluß auf den Wert des Pferdes bekannt gewesen sei. Ebensovienig könne ohne weiteres angenommen werden, daß beim Kläger die Absicht bestanden habe, den Beklagten über den Zustand des Pferdes zu täuschen und ihn dadurch zur Unterzeichnung der Rücknahmeverpflichtung zu verleiten; es fehle am Kausalzusammenhang. Unhaltbar sei sodann auch der Standpunkt des Beklagten: der Kläger habe die Vereinbarung vom 14. April 1903 verlegt, indem er sich geweigert habe, ein Ersatzpferd zu nehmen, und dadurch sei die Verpflichtung für ihn, den Beklagten, unverbindlich geworden: Diese Auslegung des Scheines vom 14. April 1903 sei rechtsirrtümlich; es handle sich um eine einseitige Verpflichtung des Beklagten, dagegen sei der Kläger nicht verpflichtet gewesen, ein Ersatzpferd anzunehmen, vielmehr habe das ganz in seinem Belieben gestanden. Sonach sei der Beklagte unbedingt zur Rücknahme des Pferdes „Upas“ und zur Rückzahlung des Kaufpreises verpflichtet worden, und es frage sich nur, wer die Gefahr der inzwischen eingetretenen Verschlechterung der Kaufsache trage. Da das vom Beklagten behauptete Verschulden des Klägers nicht nachgewiesen sei, sei davon auszugehen, die Verschlechterung sei durch Zufall herbeigeführt; alsdann aber müsse die Gefahr, da es sich um einen Kauf unter auflösender Bedingung handle, nach Art. 204 Abs. 1 OR den Käufer, also den Kläger, treffen; Abs. 2 eod. betreffe nur die Gefahr des Unterganges, nicht auch die der Deteriorierung der Kaufsache, und beziehe sich bloß auf Verträge mit aufschiebender Bedingung. Mit Bezug auf das Maß des durch das Überbein entstandenen Minderwertes endlich führt das Zivilgericht aus: Der jetzige Verkehrswert des Pferdes sei vom Sachverständigen Renz auf

1000 Fr. bis 1200 Fr. angegeben worden. Bei einem Kaufpreis von 3250 Fr., von dem aber noch die Courtage an den Kutscher, 300 Fr., abzuziehen sei, also bei einem Nettopreis von 2950 Fr., würde demgemäß der Schaden 1750 Fr. bis 1950 Fr. betragen. Allein es sei auch der schon beim Kaufabschlusse vorhandene andere Fehler des Pferdes, die Hohlwand des linken Fußes, zu berücksichtigen, von dem nicht bestimmt feststehe, ob er sich in der vertraglichen Frist gehoben hätte. In Anbetracht dieses Umstandes reduziere das Gericht den Schadensbetrag nach freiem Ermessen auf 1500 Fr., den der Beklagte vom Kaufpreis abzuziehen berechtigt sei, so daß er noch einen Restbetrag von 1750 Fr. zurückzuerstatten habe. Die zweite Instanz hat diese Erwägungen zu den übrigen gemacht mit Ausnahme der Ausführung über den Abzug der an den Kutscher gezahlten Courtage.

3. Der auf den Verpflichtungsschein vom 14. April 1903 gestützten Klage hält der Beklagte auch heute noch entgegen, dieser Schein sei für ihn unverbindlich wegen Betruges und Irrtums. Er macht dafür dreierlei geltend: Erstens habe der Kläger ihn zur Rücknahme des Pferdes und Ausstellung des Garantiescheines bewogen, indem er ihn zu Unrecht bei seiner Garantie für den zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages bestehenden Defekt am linken vordern Huf behaftet habe; zweitens habe er ihm arglistig verschwiegen, daß das Pferd inzwischen ein Überbein erworben gehabt habe; endlich habe er ihn zur Eingehung der Rücknahmeverpflichtung dadurch bewogen, daß er ihm den Kauf eines Ersatzpferdes in Aussicht gestellt habe. Zu diesen Anbringen des Beklagten ist zu bemerken: Daß das Pferd zur Zeit der Rückgabe und der Ausstellung des Verpflichtungsscheines noch am alten Fehler litt, ist in vor Bundesgericht unanfechtbarer Weise festgestellt; von einem Betruge des Klägers hierüber oder auch von einem sonstigen wesentlichen Irrtum des Beklagten kann keine Rede sein. Daß sodann der Kläger dem Beklagten das Vorhandensein des neuen Mangels — des Überbeins — bei der Rückgabe arglistig verschwiegen und ihn hiedurch zur Ausstellung der Verpflichtung vom 14. April 1903 bewogen habe, kann gemäß den Ausführungen der Vorinstanz ebenfalls nicht als festgestellt erachtet werden. Allerdings kann die Täuschung auch durch

Unterlassen, durch Verschweigen von Tatsachen bewirkt werden; allein diese Tatsachen müssen dem Schweigenden bekannt gewesen sein, bloße Unklarheit über den wahren Sachverhalt genügt nicht. (Vergl. v. Tuhr in Zeitschr. f. Schweiz. Recht, N. F., Bd. 17, S. 5.) Endlich erscheint auch die Auslegung, welche die Vorinstanz der streitigen Erklärung gibt, als durchaus richtig, sodaß nicht gesagt werden kann, der Kläger habe eine ihm dadurch erwachsene Verpflichtung nicht erfüllt und deshalb sei die Verpflichtung des Beklagten für diesen unverbindlich geworden. Ein Irrtum des Beklagten über den rechtlichen Inhalt der Verpflichtung könnte übrigens, als Irrtum im Beweggrund, nicht als wesentlich angesehen werden und daher die Verbindlichkeit der Erklärung für ihn nicht hindern.

4. Ist somit die Verpflichtung vom 14. April 1903 für den Beklagten allerdings verbindlich und hat der Beklagte daher das Pferd „Upas“ zurückzunehmen, so fragt es sich nur noch, ob er den erhaltenen Kaufpreis ganz oder nur teilweise zurückzuerstatten habe. Bei Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen, daß der Beklagte annehmen durfte, das Pferd werde ihm in dem Zustande zurückgegeben werden, in dem er es seinerzeit übergeben hatte, d. h. wohl mit dem alten Mangel, der Hohlwand am linken vordern Huf, aber ohne einen neuen Mangel. Der vom Kläger angetragene Beweis der Reminis des Beklagten vom neuen Mangel, dem Überbein, muß als mißlungen bezeichnet werden. (Folgen Ausführungen hierüber.) Es erhebt sich daher die weitere Frage, wen die Gefahr der in der Zeit zwischen dem Kaufabschluß und der Rückgabe eingetretenen Verschlechterung der Kaufsache treffe. In dieser Hinsicht sind beide Parteien und auch die Vorinstanzen davon ausgegangen, es habe sich beim Kauf vom 21. Februar 1903 um ein resolutiv bedingtes Rechtsgeschäft gehandelt. Richtiger dürfte es wohl sein, den Kauf im Zusammenhang mit der Erklärung vom 14. April 1903 als einen unbedingten, aber mit einem bedingten pactum displicentiae versehenen zu bezeichnen. Faßt man das Rechtsgeschäft so auf, so ist ganz klar, daß die Gefahr gemäß Art. 204 Abs. 1 OR mit Abschluß des Veräußerungsvertrages auf den Erwerber, also den Kläger, übergegangen ist. Aber auch wenn man mit den Parteien

und den Vorinstanzen der Ansicht sein wollte, es handle sich um einen resolutiv bedingten Kaufvertrag und somit um die Frage der Tragung der Gefahr bei zufälliger Verschlechterung der Kaufsache in der Zeit zwischen dem Kaufabschlusse und dem Eintritte der (auflösenden) Bedingung, so ist das Resultat dasselbe: Bei einem resolutiv bedingten Vertrage ist das Rechtsgeschäft sofort (mit dem Abschluß bezw. der Erfüllung der Form) rechtsbeständig, es verliert nur seine Wirksamkeit mit dem Eintritte der Bedingung (Art. 174 OR); der Käufer bei einem unter einer Resolutivbedingung abgeschlossenen Kaufe wird daher mit dem Kaufabschlusse „Erwerber“ und es trifft auf ihn Art. 204 Abs. 1 OR zu, während Abs. 2 auf ihn nicht zutreffen kann, da dieser nur auf suspensiv bedingte Verträge zugeschnitten ist, indem nur bei diesen der Rechtsgrund, weshalb Nutzen und Gefahr erst mit dem Eintritt der Bedingung auf den Erwerber übergehen, vorhanden ist, nämlich der, daß eben vorher ein wirksames Rechtsgeschäft der Regel nach noch nicht besteht (Art. 171 OR). Sodann spricht Art. 204 Abs. 2 OR nur vom Untergang, nicht aber von der Verschlechterung der Kaufsache, weshalb wohl mit den Vorinstanzen (und Schneider und Jid, Kommentar, Art. 204, Anm. 5, gr. Ausg.) gesagt werden darf, bei der Verschlechterung greife die Regel des Abs. 1 Platz, wonach Nutzen und Gefahr mit dem Abschlusse des Veräußerungsgeschäftes auf den Erwerber übergehen.

5. Hat sonach der Kläger den aus dem Überbein entstandenen Schaden an sich zu tragen und darf daher der Beklagte den Betrag dieses Schadens von dem zurückzuerstattenden Kaufpreis in Abzug bringen, so erscheint allerdings die Berechnung der Vorinstanzen nicht völlig einwandfrei; insbesondere ist nicht genau ersichtlich, weshalb sie dazu gelangten, den Minderwert wegen des schon vor Kaufabschlusse vorhandenen Mangels, den natürlich der Beklagte zu tragen hat, auf den von ihnen angenommenen Betrag festzusetzen, während der Experte Nenz ausgesagt hat, die Wertverminderung wegen dieses Fehlers sei eine bedeutende, von etwa der Hälfte; auch ist die Annahme des Nettopreises von 2950 Fr. und der Abzug der Courtage wohl kaum richtig. In dessen handelt es sich bei der Ermittlung des Minderwertes

schließlich um die Anwendung des freien richterlichen Ermessens, und da nun die Vorinstanzen nicht etwa aktenkundige Tatsachen übersehen oder aktenmäßige Tatsachen völlig unrichtig gewürdigt haben, auch eine Verletzung von Rechtsgrundsätzen nicht vorliegt, darf es das Bundesgericht in diesem Punkte beim Urteile der Vorinstanz bewenden lassen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Beide Berufungen werden abgewiesen und es ist somit das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom 16. November 1903 in allen Teilen bestätigt.

#### 8. Urteil vom 5. Februar 1904 in Sachen

**Schmidlin, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen Setz, Kl. u. Ber.-Bekl.**

*Kollektivgesellschaft; Auskauf des einen Gesellschafters in Waren. Klage des Ausgekauften auf Erfüllung des Vertrages. Rechnungsirrtum, Art. 22 OR Wesentlicher Irrtum, Art. 18 ff. OR, spec. Art. 19 Ziff. 4. Irrtum über den Wert der Leistung, Art. 21 OR Furchterregung, Art. 26 OR Rechtsfolgen.*

A. Durch Urteil vom 1. Oktober 1903 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau erkannt:

1. Der Beklagte wird zur Erfüllung seiner noch rückständigen Vertragsverpflichtung vom 16./17. Januar 1903 verhalten in der Weise, daß er innert 14 Tagen — von der Rechtskraft dieses Urteils an gerechnet — für 2039 Fr. 30 Cts. Wert von derjenigen Ware an den Kläger auszuhandigen hat, welche im Vertrage ausbedungen worden ist, und zwar in dem Sinne, daß er, wenn er innert der genannten Frist seiner Verpflichtung nicht nachkommen würde, den entsprechenden Betrag in bar zu leisten hätte nebst Verzugszins à 5 % vom 19. Mai 1903.

2. Auf Klagebegehren 2 wird nicht eingetreten.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit