

sabilité pour la moitié à la charge du recourant, la Cour de Justice civile a commis une erreur de droit.

Dans un cas pareil, la répartition de la faute et des responsabilités n'est forcément qu'une question d'appréciation. Or il ne paraît pas que l'instance cantonale ait commis une erreur grave ou une exagération au détriment du recourant en estimant les fautes égales et en mettant à sa charge, pour la moitié, la responsabilité des suites de l'accident.

3. — Les calculs faits pour justifier le chiffre de 6350 fr. que le défendeur a été condamné à payer à la demanderesse reposent, d'une part, sur des données de fait qui lient le Tribunal fédéral, d'autre part, sur des appréciations qui n'ont pas été directement attaquées par le recourant et qui paraissent répondre aux circonstances et aux principes ordinairement suivis dans la fixation de ces chiffres. Sur un point cependant, le calcul s'écarte des règles usuelles. La Cour n'a opéré une réduction que du 10 %, ensuite de l'avantage qu'il y a, pour l'intimée, de recevoir un capital plutôt qu'une rente. Le taux de réduction admis d'une façon constante est celui du 20 % ; il n'est dérogé à cette règle que lorsqu'il y a des motifs spéciaux de le faire, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Dans ces conditions il paraît équitable de réduire à 12 000 fr. le total du dommage causé et, en conséquence, de réduire à 6000 fr. la somme dont le recourant est reconnu débiteur envers la demanderesse.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours en réforme interjeté par Etienne Descombes contre les arrêts de la Cour de Justice civile de Genève des 9 mai 1904 et 13 mai 1905 est déclaré partiellement fondé. L'arrêt du 13 mai 1905 est réformé en ce sens que l'indemnité à payer par le recourant à Mélanie Rosenband est réduite à 6000 fr. ; pour le surplus, les arrêts cantonaux sont confirmés.

### 60. Urteil vom 15. September 1905

in Sachen **Bernheim**, Kl. u. Ber.=Kl., gegen **Woffensberger**,  
Bekl. u. Ber.=Bekl.

*Kauf; Einrede des Betrugers gegenüber der Erfüllungsklage des Verkäufers. Art. 24, 247 OR. — Tatsächliche Feststellung, Art. 81 OG. — Voraussetzungen für die Anrufung von Art. 247 OR.*

A. Durch Urteil vom 15. Mai 1905 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt:

Beklagter wird verurteilt zur Bezahlung von 838 Fr. 29 Cts. und Zins à 5 % seit 29. März 1904 an Kläger. Mit der Mehrforderung wird Kläger abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrag, es sei in Aufhebung des Urteils des Appellationsgerichtes vom 15. Mai 1905 dem Klagebegehren zu entsprechen und der Beklagte demgemäß zur Zahlung von 5454 Fr. nebst 5 % Zins seit 29. März 1904 zu verurteilen.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers diesen Berufungsantrag wiederholt.

Der Vertreter des Beklagten hat auf Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Beklagte, der Zwischenhändler in chemischen Produkten ist, bestellte beim Kläger, einem Fabrikanten chemischer Produkte, am 29. Januar 1904 1 Kilo Vanilline zu 54 Fr. per Kilo, worauf ihm der Kläger « à titre d'échantillons » ein Kilo übersandte. Da der Beklagte auch nach den Preisen für 100 Kilos dieses Produktes gefragt hatte, gab der Kläger die Auskunft, der Preis betrage 54 Fr. per Kilo, Ziel 30 Tage. Der Beklagte telegraphierte darauf am 2. Februar dem Kläger « accepte 100 kilos sous réserve convenance qualité et terme livraison télégraphiez délai », und bestätigte dieses Telegramm mit Brief vom gleichen Tage, worin er « 100 kilos de Vanilline pure au prix de 54 fr., franco Bâle », bestellte, « si votre produit convient ».

Am 5. Februar gab dann der Beklagte definitiv Bestellung über 100 Kilos Vanilline pure 100 % auf. Mit Faktur vom 29. Februar über sandte der Kläger dem Beklagten die 100 Kilos. Die Ware langte am 4. März 1904 in Basel an, in 10 Holzkisten, deren jede 10 Kilos in Papiersäcken von je 1 Kilo ohne Etiquette enthielt. Der Beklagte versandte sofort 50 Kilos nach New-York, später noch zusammen 25 Kilos an Karl Nietschke in Hamburg und E. Brun in Marseille. Am 21. März 1904 erhielt der Beklagte Reklamation von seinem Abnehmer Nietschke, die Ware sei nicht rein; am 24. gleichen Monats meldete er dies dem Kläger weiter, indem er bemerkte, er habe « Vanilline chem. pur et 100 % » bestellt, und den Kläger bat « de me dire si vous pouvez garantir le produit comme tel ». Der Kläger wies die Klage mit Schreiben vom 27. März zurück, bemerkend « notre Vanilline est pure ». Der Beklagte übergab am 29. März 1904 dem Kantonschemiker Basel-Stadt als „chem. rein 100 %“ bezeichnetes Vanilline zur Untersuchung, deren Ergebnis war, daß das Produkt aus 63 % Vanilline und 37 % Rohrzucker bestand. Hievon gab der Beklagte dem Kläger Kenntnis, dieser klagte jedoch mit der vorliegenden Klage den vollen Betrag seiner beiden Fakturen mit 5454 Fr. nebst 5 % Zins seit 29. März 1904 (Verfall der Faktur vom 29. Februar) ein. Der Beklagte hat der Klage gegenüber die Mängelrüge erhoben und teils — für den noch bei ihm liegenden Teil der Ware — Wandelung, teils — für den weiterverkauften Teil — Minderung, zudem Schadenersatz verlangt, indem er dabei wesentlich sich auf den Standpunkt gestellt hat, es liege eine absichtliche Täuschung seitens des Klägers vor. Beide kantonalen Instanzen haben die Mängelrüge an sich als begründet erachtet, gestützt auf ein weiteres, im Prozeß eingezogenes Gutachten des Kantonschemikers von Basel-Stadt, das dahin lautet, das untersuchte Muster bestehe aus einem Gemisch von 36 % Rohrzucker und 64 % Vanilline, und könne deshalb auf die Bezeichnung „reines 100 % Vanilline“ keinen Anspruch machen; während dagegen die I. Instanz die Mängelrüge als verspätet und die Replik der absichtlichen Täuschung nicht als begründet angesehen hat, ist die II. Instanz auch in diesen Punkten dem Beklagten beigetreten. Sie hat

Wandelung in dem vom Beklagten begehrten Umfange, Minderung und Schadenersatz in einem reduzierten Betrage zugesprochen und ist so zu dem eingangs mitgeteilten Urteile gelangt.

2. (Kompetenz: Anwendbarkeit eidgenössischen Rechts.)

3. Auch heute noch hält der Kläger in erster Linie daran fest, die Mängelrüge sei überhaupt sachlich nicht begründet; wie vor den kantonalen Instanzen, bestreitet er auch heute die Identität der vom Kantonschemiker untersuchten mit der von ihm gelieferten Ware. Allein die Frage, von welcher Beschaffenheit die gelieferte Ware war, ist offenbar Tatfrage; die Identität der untersuchten mit der vom Kläger gelieferten Ware ist von den kantonalen Instanzen, auch von der II., bejaht worden in Würdigung eines Zeugenbeweises, gegen die vor Bundesgericht gemäß Art. 81 Abs. 1 OG nicht aufzukommen ist. Der Kläger hat denn auch unterlassen, diejenigen Aktenstellen, mit denen die bezüglichen Feststellungen der Vorinstanz im Widerspruch stehen, offen, namhaft zu machen, und es ist daher ohne weiteres davon auszugehen, daß die Mängelrüge an sich sachlich begründet war, denn daß die Lieferung von Vanilline, das zu 36 % aus Rohrzucker besteht, nicht Lieferung der Ware mit den zugesicherten Eigenschaften — reines 100 %iges Vanilline — ist, bedarf keiner weiteren Ausführung.

4. Ist sonach davon auszugehen, daß der Kläger „gestreckte“, also verfälschte Ware geliefert hat, so fragt es sich, ob hierin eine absichtliche Täuschung, ein Betrug des Klägers, liege, dem gegenüber die Einrede der Verspätung der Mängelrüge nicht aufzukommen vermag. Denn für Arglist des Verkäufers schließt das Gesetz (Art. 247 OR) die Geltendmachung der Verspätungseinrede gegenüber der Mängelrüge aus, es gewährt dem Käufer gegen diese Einrede die Replik der Arglist, und läßt das Erfordernis rechtzeitiger und gehöriger Erhebung der Mängelrüge, das im Allgemeinen die Voraussetzung der Gewährleistungspflicht des Verkäufers ist, fallen. Dabei ist davon auszugehen, daß es Sache des Käufers ist, die absichtliche Täuschung, also den Betrug, nachzuweisen. Die I. Instanz war nun mit der Begründung zur Verwerfung der Replik der Arglist gelangt, die Kenntnis des Mangels seitens des Verkäufers — die hier allerdings anzu-

nehmen sei — genüge nicht, um den Schluß auf absichtliche Täuschung zuzulassen; es müsse hinzukommen, daß der Verkäufer beabsichtigt habe, den Käufer über die wahre Beschaffenheit der Kaufsache zu täuschen, daß er z. B. durch falsche Zusicherung beim Vertragsabschluß, durch Verschweigen verborgener Mängel, durch besondere Herrichtung der Kaufsache, den Käufer von der ordnungsgemäßen Prüfung der Ware abgehalten habe; nur wenn zwischen der Täuschungsabsicht des Verkäufers und der Unterlassung einer Prüfung und Nütze durch den Käufer ein Kausalzusammenhang bestehe, treffe Art. 247 OR zu. Demgegenüber erblickt die II. Instanz absichtliche Täuschung schon darin, daß der Kläger im Bewußtsein, eine verfälschte Ware zu liefern, den Vertrag ausgeführt habe, und sie erachtet diese Tatsache zur Begründeterklärung der Replik der Arglist vorliegend als genügend, da die weiteren Tatsachen hinzukommen, daß die Beschaffenheit der Ware ohne umständliche Untersuchung nicht zu erkennen sei und der Verkäufer die ausdrückliche Zusicherung einer bestimmten Beschaffenheit gegeben habe, der Käufer also in guten Treuen habe annehmen müssen, daß die Ware der Bestellung entspreche. In diesem entscheidenden Punkte ist, soweit der Entscheid auf Rechtsfäßen beruht, der II. Instanz beizustimmen. Die I. Instanz hat die Bedeutung der Replik der Arglist gemäß dem vorstehend ausgeführten mißkannt, wenn sie besondere Veranstaltungen seitens des Verkäufers fordert, es genügen hierzu auch Erklärungen seitens des Verkäufers, ja auch ein bloßes Stillschweigen, falls diese Tatsachen geeignet sind, den Käufer über die Beschaffenheit der Ware zu täuschen. Was nun die speziellen Umstände im vorliegenden Falle betrifft, so ist zunächst die tatsächliche Feststellung der Vorinstanz unangefochten, daß der Kläger Fabrikant des dem Beklagten verkauften Produktes sei und er von der Fälschung Kenntnis gehabt habe. Ob es sodann richtig ist, wenn die II. Instanz (im Gegensatz zur I. Instanz) angenommen hat, die Untersuchung der Ware wäre umständlich und zeitraubend gewesen, ist ebenfalls wesentlich eine Tatfrage, und da die bezügliche Feststellung der II. Instanz gemäß dem Gutachten des Kantonschemikers jedenfalls nicht als aktenwidrig bezeichnet werden kann, ist das Bundesgericht auch hieran gebunden, d. h. es hat also jene Tat-

sache als vorhanden anzunehmen. Des weitern kann auch noch darauf verwiesen werden, daß der Kläger aus der Korrespondenz des Beklagten selber (Telegramm und Brief vom 2. Februar 1904) ersehen konnte, daß die Ware nicht beim Beklagten bleiben, sondern weiterbegeben werde. Beim Vorhandensein aller dieser Umstände: Kenntnis des Klägers von der vertragswidrigen Beschaffenheit bezw. Streckung der Ware, trotz dieser Kenntnis Zusicherung einer reinen 100 %igen Ware, und Kenntnis der Verhältnisse des Beklagten als Zwischenhändlers, ist absichtliche Täuschung, die die Replik der Arglist gewährt, anzunehmen.

5. Über die Folgen dieser Arglist: Wandelung, Minderung und Schadenersatz, ist heute nicht mehr besonders zu entscheiden, da der Beklagte sich beim bezüglichen, seine Forderungen nur teilweise gutheißenden Entscheide der Vorinstanz beruhigt, der Kläger aber in diesen Punkten das Urteil nicht speziell angefochten hat. Übrigens erscheinen die sämtlichen Begehren des Beklagten im Prinzip begründet, und hinsichtlich des Wages beim Schadenersatz — bez. der Minderung waren die Parteien schon vor den kantonalen Instanzen eventuell einig — hat die Vorinstanz auf ihr freies Ermessen abgestellt, ohne daß dabei eine Verletzung von Bundesrecht oder eine unrichtige rechtliche Würdigung von Tatsachen ersichtlich wäre.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und somit das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt vom 15. Mai 1905 in allen Teilen bestätigt.