

Erklärung nach der, wiederum verbindlichen Feststellung der Vorinstanz nicht erbracht, sondern es muss in seinem Verhalten sogar ein Verzicht auf die Verrechnung erblickt werden. Wollte der Kläger sich die Möglichkeit der Verrechnung wahren, so durfte er weder die ihm vom Beklagten geschuldeten vollen 5000 Fr. entgegennehmen, noch dem Beklagten oder dessen Stellvertreter Lüde die 450 Fr., die er dem Beklagten schuldete, in bar auszahlen; denn sobald er das eine oder das andere tat, bewirkte er die Tilgung der einen der beiden kompensierbaren Forderungen, so dass die Verrechnung unmöglich wurde. Nun hat aber der Kläger sowohl die ihm vom Beklagten geschuldeten 5000 Fr. entgegengenommen, als auch die 450 Fr., die er dem Beklagten schuldete, dem Agenten Lüde in bar ausbezahlt. Dadurch hat er nach dem Gesagten auf die Verrechnung verzichtet und anerkannt, dass er am 2. August, also nach Ablauf der im Schuldbrief festgesetzten Zahlungsfrist, den Jahreszins von 450 Fr. noch schuldig gewesen sei.

2. — Darin, dass der Beklagte aus diesem Verhalten des Klägers die nach den Bestimmungen des Schuldbriefes zulässigen Konsequenzen zieht, kann unter den Umständen des vorliegenden Falls ein offener Rechtsmissbrauch im Sinne des Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht gefunden werden. Diese Gesetzesbestimmung bezweckt (vergl. « Praxis » II N° 40 i. f. und N° 99 i. f.) einen Schutz gegen die Urgierung des formellen Rechts in Fällen, in denen dem Geschädigten ein anderes Schutzmittel versagt war; nicht aber kann sie von demjenigen angerufen werden, der sich — wie im vorliegenden Falle der Kläger — durch sein eigenes nachlässiges oder ungeschicktes Verhalten einen Rechtsnachteil zugezogen hat.

Anders würde es sich mit der Anwendbarkeit des Art. 2 Abs. 1 ZGB verhalten, wenn nachgewiesenermassen der Kläger am 3. August 1915 die 5000 Fr. nur auf Zureden des Beklagten entgegengenommen und der Beklagte mit diesem Zureden gerade den Zweck verfolgt

hätte, den Kläger um sein Kompensationsrecht zu bringen. Alsdann würde ein ähnlicher Fall wie in BGE 38 II N° 73 vorliegen, was nach den dortigen Ausführungen zum Schutze der Klage führen könnte. Allein die Vorinstanz hat ausdrücklich erklärt, dass nicht zu ermitteln sei, ob der Kläger dem Beklagten am 3. August 1915, als er am Schalter einige Worte mit ihm sprach, überhaupt eine Andeutung über eine von ihm beabsichtigte Verrechnung machte, und ob der Kläger « nur auf das Zureden des Beklagten und dessen Ersuchen, den Zins nun an Rechtsagent Lüde zu zahlen, auf der Kompensation nicht bestand. » Nach dieser, für das Bundesgericht verbindlichen negativen Feststellung des kantonalen Richters ist der rechtsgenügende Beweis für ein Verhalten des Beklagten, das im Sinne des Art. 2 Abs. 1 ZGB gegen Treu und Glauben verstossen würde, nicht erbracht.

Die Klage muss somit abgewiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird gutgeheissen und die Klage abgewiesen.

11. Arrêt de la 1^{re} section civile du 2 mars 1917 dans la cause Pricam contre Junod.

Responsabilité à raison du fait d'autrui:
celui qui confie un travail à un entrepreneur indépendant
n'est pas responsable du dommage causé dans l'exécution
de ce travail par l'entrepreneur ou son personnel.

Junod est locataire d'une arcade de l'immeuble quai de la Poste dans lequel L. Pricam occupe des locaux en sous-sol. En octobre 1915 Junod a fait installer l'électricité par les soins d'un sieur Vigny. Celui-ci a chargé du travail un ouvrier qui par accident perça un tuyau

d'alimentation d'eau. L'inondation atteignit les locaux de Pricam et, d'après les dires de celui-ci, endommagea les clichés qui y étaient déposés.

Pricam a ouvert action à Junod en paiement de 2000 fr., montant du dommage prétendu.

Junod a conclu à libération.

Par arrêt du 15 décembre 1916, confirmant un jugement de première instance, la Cour de Justice civile a débouté Pricam de ses conclusions par le motif que Junod n'est pas responsable, en vertu de l'art. 55 CO, du dommage que peut avoir causé Vigny, entrepreneur indépendant.

Pricam a recouru en réforme au Tribunal fédéral, en invoquant l'art. 55 et subsidiairement l'art. 41 CO (ce dernier article à raison de la faute qu'aurait commise Junod en ne donnant que tardivement les renseignements propres à permettre au demandeur d'actionner le tiers responsable).

Statuant sur ces faits et considérant
en droit :

Pour soutenir que l'art. 55 est applicable en l'espèce, le recourant croit pouvoir invoquer l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral dans la cause Basler Droschkenanstalt contre Treu (RO 41 II p. 494 et suiv.). Dans cet arrêt le Tribunal fédéral a posé en principe, d'une part, que le terme « employeur » au sens de l'art. 55 ne s'applique pas exclusivement à celui qui exerce une activité *professionnelle* et, d'autre part, qu'il n'est pas nécessaire qu'il existe entre l'employeur et l'employé des relations basées sur un contrat de travail. Mais, contrairement à ce que soutient le recourant, le Tribunal fédéral n'a nullement interprété l'art. 55 en ce sens qu'il déclarerait, d'une façon générale, responsable de tout dommage causé dans l'exécution d'un travail la personne au profit de laquelle ce travail est exécuté. Bien au contraire il a spécifié (voir

loc. cit. p. 499) que cette responsabilité suppose nécessairement un rapport de subordination entre l'auteur du dommage et l'employeur et que par conséquent elle n'est pas encourue par celui qui charge d'un travail un entrepreneur indépendant (voir dans le même sens arrêt du 25 novembre 1916, Ducraux contre Boulenaz). Or dans le cas particulier l'ouvrier qui a causé le dommage n'était pas au service du défendeur qui avait confié l'installation de l'électricité dans ses locaux à un entrepreneur indépendant et qui n'avait ni à choisir, ni à diriger, ni à surveiller le personnel auquel cet entrepreneur avait remis l'exécution du travail. En l'absence non seulement de toute relation contractuelle, mais même de tout rapport de subordination de fait entre l'ouvrier et le défendeur, celui-ci ne saurait être rendu responsable de l'accident survenu. C'est d'ailleurs évidemment à tort que le recourant invoque l'art. 364 CO : cet article vise la responsabilité de l'entrepreneur envers le maître et non la responsabilité du maître envers les tiers à raison des actes de l'entrepreneur.

Enfin on ne peut faire un grief au défendeur de n'avoir pas dès le début donné au demandeur les renseignements nécessaires pour lui permettre d'actionner l'entrepreneur ou l'ouvrier responsables. Le demandeur ne lui demandait pas ces renseignements et affirmait même qu'ils ne l'intéressaient pas, parce qu'il n'avait pas « à rechercher les personnes auxquelles son voisin peut s'être adressé » (voir écriture du 27 janvier 1916). Du reste, déjà en première instance, Junod a déclaré que l'entrepreneur chargé du travail était l'électricien Vigny (voir écriture du 8 avril 1916) : dès cette date, soit à un moment où le délai de prescription n'était pas encore expiré, le demandeur était donc parfaitement en mesure de faire valoir ses droits contre Vigny et il ne saurait aujourd'hui prétendre que c'est le défendeur qui l'a mis dans l'impossibilité de le faire en temps utile.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt cantonal est confirmé.

12. Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. März 1917

i. S. Kaiser, Kläger und Berufungskläger,
gegen Bupf & Schneider, Beklagte und Berufungsbeklagte.

Kaufvertrag über Ware, die der Verkäufer von seinem ausländischen Lieferanten zu beziehen hat. Vertragsauslegung auf Grund der gewechselten Korrespondenz. Subjektive Leistungsunmöglichkeit des Verkäufers wegen Transport- und Einfuhrschwierigkeiten. Dieser ist nicht verpflichtet, sich aus inländischen Vorräten zu decken. Anrecht des Käufers auf eine proportionale Quote eingeführter, aber für andere Abnehmer bestimmter Ware?

1. — Der Kläger, der eine Fliegenfängerfabrik in St. Margrethen betreibt, ersuchte die Beklagte mit Postkarte vom 20. September 1915 um umgehende Offerte in Kolophonium für Schweizer-Konsum, worauf die Beklagte vom 22. September die Lieferungsbedingungen angab und dabei bemerkte: Sie habe momentan nur sehr wenig disponibel, jedoch grössere Partien unterwegs und erwarte diese noch vor Ende des Monats. Am 23. September telefonierte darauf der Kläger an die Beklagte, ob sie ihm 20,000 Kg. gegen Barzahlung liefern könne. Die Beklagte erklärte sich zur Lieferung des gewünschten Quantums bereit, bemerkte aber, sie könne Anfang Oktober von der rollenden Ware nur einen Wagen von 10,000 Kg. zum Preise von 37 Fr. 50 Cts. liefern, den zweiten dagegen erst Ende Oktober zum Preise von 38 Fr. Mit Brief vom 23. September bestätigte der Kläger

diese telephonische Unterredung und ersuchte die Beklagte, die genannten Quanta, wie vereinbart, in Nota zu nehmen. Die Beklagte bestätigte ihrerseits diesen Brief durch Schreiben vom 25. September, indem sie den erhaltenen Auftrag verdankte und im weitern bemerkte: Sie bedauere, keine disponible Ware mehr zu haben, in der Schweiz seien Harze ziemlich rar und wenn sie ihre Wagen hereinbekomme, so seien sie meistens schon zum voraus ganz verkauft. Sie habe eine grössere Partie unterwegs, die voraussichtlich in den ersten Tagen Oktober hier eintreffen werde, und sie werde ihm von dieser einen ganzen Wagen zugehen lassen. Wenn er es wünsche, so könne sie ihm eventuell noch weitere 5000 Kg. davon abgeben, doch könne sie das nicht definitiv versprechen, da er noch nach mehreren andern Richtungen abzugeben habe. Sie habe ebenfalls eine Anfrage für prompte Lieferung von einer Lackfabrik erhalten aber mangels disponibler Ware keine Offerte gemacht. — Der Kläger antwortete nicht hierauf.

Der verkaufte erste Wagen kam dann anfang Oktober aus Frankreich an, woher die Beklagte die Ware bezog, wurde dem Kläger geliefert und von ihm bezahlt.

Die zweite Wagenladung gedachte die Beklagte einem Quantum von 50,000 Kg. zu entnehmen, das sie von ihrem Lieferanten R. Samanos in Morceux zu erwarten hatte und wofür die erforderlichen Ausfuhrbewilligungen am 27. September und 8. Oktober 1915 erwirkt wurden.

Am 30. Oktober schrieb die Beklagte hinsichtlich dieses Wagens dem Kläger: Es sei mit dem Verladen des Harzes in Frankreich begonnen worden und der Wagen werde dieser Tage abgehen, sie hoffe, dass die Verspätung dem Kläger nicht unangenehm sein werde. Die Speditionen in Frankreich machten sich eben sehr langsam. Sie werde aber ihr Möglichstes tun. Auf dies schrieb der Kläger am 10. November zurück, die verspätete Lieferung habe nichts zu sagen.

Am 12. November berichtete die Beklagte dem Kläger,