

à raison duquel les membres de l'administration et les contrôleurs soient recherchés consiste dans l'inexécution des devoirs de leur charge, il faut que, en tout état de cause, ou suivant l'expression employée dans l'arrêt Spar- u. Leihkasse Bern c. Bern (RO 23 II p. 1071); « indépendamment des devoirs d'administration et de contrôle », cet acte se caractérise comme une violation d'un précepte de droit général et impératif (ein Gebot der allgemeinen Rechtsordnung).

En vertu de ces principes, il resterait donc à rechercher si cette condition peut être tenue pour réalisée en l'espèce. Comme les obligations qui incombent aux administrateurs et contrôleurs de sociétés anonymes sont multiples, il serait vain, semble-t-il, de vouloir énoncer en cette matière de règles générales et absolues. Il convient au contraire de juger chaque cas en particulier. Aussi bien ne saurait-on se borner à invoquer en l'espèce les considérations émises au sujet de l'affaire Schelling contre Brueck et Wilson C^o (RO 43 II p. 299). La question à juger était toute différente, et à comparer d'ailleurs l'art. 630 à l'art. 828 CO, qui interdit à la Société anonyme d'acquérir ses propres actions, aucune assimilation ne serait possible non plus quant à la portée de ces deux dispositions. Tandis que la règle posée à l'art. 628 peut être considérée en effet comme s'adressant à la fois au vendeur et à l'acheteur et comme ayant ainsi une portée générale, l'obligation de veiller à l'observation des prescriptions relatives aux intérêts « de construction » ne concerne manifestement que les personnes chargées de l'administration ou du contrôle et si elle intéresse bien les créanciers, ce n'est également qu'en cette qualité. Loin de pouvoir être érigée en un précepte de droit absolu, cette obligation ne saurait, au contraire, être envisagée que comme une obligation spécifique des administrateurs et des contrôleurs, dérivant du contrat passé avec la Société, et dont l'inexécution, par conséquent, n'est susceptible d'entraîner d'autres suites à

l'égard des créanciers et des actionnaires que celles fixées par l'art. 674 CO et dans les conditions qu'il prévoit.

L'application des art. 41 et sv. se trouvant ainsi exclue déjà de par ce qui précède, il n'est pas nécessaire de rechercher ici si ces dispositions peuvent être invoquées au cas où le dommage allégué n'a pas été subi directement par la ou les personnes prétendument lésées, mais n'aurait pu, en tout état de cause, les atteindre que d'une manière indirecte, c'est-à-dire par répercussion des effets produits sur la fortune de leur débiteur. Il serait de même superflu de s'arrêter à examiner si ce dommage lui-même peut être considéré comme étant à l'égard des faits prétendument dommageables dans un rapport de causalité suffisant pour entraîner l'application de ces mêmes dispositions.

5. — Quand au moyen soulevé en dernier lieu par les demandeurs et pris de l'art. 671 CO, il doit être également rejeté. Le dossier ne contient en effet aucun fait, aucun indice même susceptible d'appeler l'application de cette prescription et à ce point de vue l'action et le recours apparaissent incontestablement, en l'état de la cause, comme dépourvus de toute espèce de justification.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est rejeté et le jugement attaqué est confirmé.

79. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Dezember 1920 i. S. Baumann gegen Salleras.

D i s t a n z k a u f. Haftung für Gewichtsverlust. Einfluss der Frankoklausel auf die Bestimmung des Erfüllungsortes und den Uebergang der Gefahr (Art. 185 OR).

A. — Der Kläger Salleras ist Inhaber eines Exportgeschäftes in Figueras (Spanien) und ist in der Schweiz

durch die Firma Albert Colomb & C^{ie} in Neuenburg vertreten. Er stand mit dem Beklagten Baumann, Kaufmann in Bern, bzw. mit dessen Vertreter Bind-schädler in Barcelona, von Ende 1917 bis Januar 1919 in regem Geschäftsverkehr. Er lieferte ihm während dieser Zeit auf Grund sogenannter S S S-Zertifikate Industrie-feigen, Kastanien, Hirse und Wicken in Quantitäten, die in dem klägerischen Buchauszug vom 18. Februar 1919 näher angegeben sind. Ueber die Lieferungsbedingungen geben die Akten nur soweit Aufschluss, dass der Be-klagte dem Kläger die Bestimmung des Preises für die einzelnen Sendungen, und zwar in spanischer Währung, überlassen hat, weil die Preise damals sehr schwankten und auch die Seefracht nicht zum voraus zu bestimmen war. Hinsichtlich der Zahlungsbedingungen enthalten die vier ersten Fakturen den Vermerk : zahlbar zur Hälfte bei Erhalt der Faktur, zur Hälfte bei Uebergabe der Ware ; die folgenden : conditions connues und comptant net. Der Kläger behauptet, vom 18. Mai 1918 hinweg habe nur noch die Klausel : comptant net gegolten. Im übrigen befindet sich auf sämtlichen Fakturen die Klausel : franco Genève-transit.

Der Kläger lieferte im Ganzen Waren für 1,012,414 Pesetas 35 ; hieran hat der Beklagte in acht Malen be-zahlt 780,000 Pesetas, während er nach dem klägerischen Rechnungsauszug vom 18. Februar 1919 die Differenz von 232,414 Pes. 35, bzw. nach der vom Kläger vorge-nommenen Berichtigung den Betrag von 223,599 Pes. 35 schuldig geblieben ist.

B. — Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger das Rechtsbegehren gestellt, der Beklagte sei schuldig, ihm diesen Betrag von 223,599 Pes. 35, nebst 6% Zins seit 7. Februar 1919, oder die entsprechende, durch das Ge-richt festzustellende Summe in Schweizerfranken zu bezahlen. Er beruft sich wesentlich darauf, dass der Beklagte sämtliche Fakturen, sowie die Rechnungsaus-züge ohne Reklamation entgegengenommen und auch

die einzelnen Warensendungen, mit Ausnahme der Ka-stanienlieferungen vom 11. September und 10. November 1918, nicht beanstandet habe.

C. — Der Beklagte hat in seiner Antwort von der Klageforderung 57,202 Pes. 73 wegen angeblicher Ge-wichtsmanki in Abzug gebracht, und auch den Rest von 166,396 Pes. 62 nur unter Vorbehalt der Verrechnung mit den widerklageweise gestellten Forderungen aner-kannt, bzw. mit Rücksicht auf die Widerklage gänz-liche Abweisung der Hauptklage beantragt. Er behauptet, bei den verschiedenen Lieferungen seien durch die bahn-amtlichen Wägungen folgende Gewichts-differenzen fest-gestellt worden :

- | | |
|---|------------|
| a) bei den Feigenlieferungen ein Fehlgewicht von 51,682 | |
| kg entsprechend einem Fakturapreis von Pes. 37,372 .08 | |
| b) bei den Hirsellieferungen 2070 kg bzw. » | 3,622 .50 |
| c) bei den Kastanien 7237 kg, bzw. . . . » | 15,609 .65 |
| d) bei den Wicken 630 kg, bzw. . . . » | 598 .50 |

Total Pes. 57,202 .73

Für diese Manki habe der Kläger aufzukommen, weil er mit der Verpflichtung zur Frankolieferung die Ver-antwortlichkeit für die Gefahren des Transportes über-nommen habe. Zudem habe der Beklagte mit dem seit-her verstorbenen Teilhaber der Firma Alb. Colomb & C^{ie}, Gerber, die Vereinbarung getroffen, dass die Manki erst bei der Schlussrechnung berücksichtigt werden sollen.

D. — Das Handelsgericht des Kantons Bern hat durch Urteil vom 4. Juni 1920 die Hauptklage im vollen Betrage von 223,599 Pes. 35, die Widerklage im Betrage von 46,568 Pes. gutgeheissen, und nach Verrechnung der beiderseitigen Forderungen den Beklagten zur Be-zahlung des Saldos von 177,031 Pes. 35, nebst 6% Zins seit 30. April 1919, an den Kläger verurteilt.

E. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt und sämtliche in der Ant-wort und Widerklage gestellten Begehren erneuert.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — (Zuständigkeit des Bundesgerichts).

2. — Der Beklagte fordert in erster Linie die Herabsetzung der eingeklagten Kaufpreisforderung, mit der Begründung, der Kläger habe die mit ihm abgeschlossenen Verträge nicht vollständig erfüllt, weil die meisten Warenlieferungen einen beträchtlichen Gewichtsverlust aufgewiesen haben. Es fragt sich zunächst, ob wegen dieser Gewichtsunterschiede gegenüber den in den Fakturen verzeichneten Warenmengen überhaupt die Einrede des nichterfüllten Vertrages erhoben werden könne. Denn es liegt in der Natur der Sache, dass bei dem Verkehr mit solchen Waren Gewichtsverluste nicht zu vermeiden sind. Allein die Vorinstanz hat sich nicht darüber ausgesprochen, ob und eventuell inwieweit die vom Beklagten behaupteten Mängel das Mass des normalen Gewichtsabganges überstiegen.

Da andererseits in für das Bundesgericht verbindlicher Weise festgestellt ist, dass das Fakturgewicht der einzelnen Lieferungen tatsächlich verschifft worden ist, steht und fällt die Einrede des Beklagten mit der Entscheidung der Frage, wer für die auf dem Transport entstandenen Gewichtsverluste einzustehen hat. Der Beklagte beruft sich für seine Auffassung, dass der Kläger für dieselben aufzukommen habe, zu Unrecht darauf, dass durch die Vereinbarung der Frankolieferung der Erfüllungsort nach Genf verlegt worden sei. Wie schon die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, wird beim Distanzkauf dadurch allein, dass der Verkäufer die Transportkosten übernimmt, der Bestimmungsort noch nicht zum Erfüllungsort im Sinn des Art. 74 OR. Als solcher ist hier vielmehr Barcelona zu betrachten, woselbst der Beklagte denn auch sämtliche Zahlungen, in spanischer Währung, geleistet hat. Nach Art. 185 OR, den der Beklagte weiter anruft, gehen Nutzen und Gefahr der Sache beim Distanzkauf schon mit deren Abgabe zur

Versendung auf den Käufer über, sofern nicht besondere Verhältnisse oder Verabredungen eine Ausnahme begründen. Eine solche von der gesetzlichen Regel abweichende, die Gefahren des Transportes dem Kläger als Verkäufer überbürdende Vereinbarung erblickt der Beklagte wiederum in der Frankoklausel, indem er unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts vom 11. Oktober 1918 i. S. Beer, Sondheimer & C^{te} gegen Aubert, Grenier & C^{te} (AS 44 II S. 419 ff.) geltend macht, es bestehe in der Schweiz eine Handelsübung, wonach die Abrede der Frankolieferung allgemein in diesem Sinne auszulegen sei. Allein abgesehen davon, dass der diesem Urteil zu Grunde liegende Tatbestand von dem vorliegenden im entscheidenden Punkt abweicht, hat das Bundesgericht damals nur aussprechen wollen, es sei beim Distanzkauf im Zweifel zu vermuten, dass der Verkäufer, welcher die Kosten des Transportes übernimmt, auch die Gefahr desselben bis zur Ankunft der Ware am Bestimmungsort trage. Denn die Frage, ob und unter welchen Umständen eine Parteiverabredung eine Ausnahme von der gesetzlichen Regelung des Gefahrenüberganges begründe, ist vom Richter in jedem einzelnen Falle unter Würdigung der besonderen Umstände zu entscheiden. Dabei fällt die Bestimmung des Art. 189 Abs. 2 OR ausser Betracht.

3. — Bei der Prüfung der Frage, wie im vorliegenden Fall die Vereinbarung der Frankolieferung zu verstehen sei, ist davon auszugehen, dass im Zeitpunkt des Abschlusses der ersten Verträge — Ende 1917 — die Spedition von Waren aus Spanien nach der Schweiz mit ausserordentlichen Schwierigkeiten verbunden war. Trotz dieser Verhältnisse haben die Parteien bei der Einleitung des Geschäftsverkehrs die Frage der Gefahrentragung nicht klar und deutlich gelöst. Nichts spricht aber dafür, dass der Kläger das Risiko auch für solche Gefahren übernehmen wollte, die nicht durch Versicherung gedeckt werden konnten. Der Beklagte hat auch nicht

behauptet, dass der Kläger deswegen höhere Preise berechnet habe, weil er die Gefahr für den Transport bis Genf zu tragen hatte. Dagegen ergibt sich aus der Korrespondenz, dass der Beklagte selbst damals der Meinung war, dass die Waren auf seine Gefahr versendet werden. Hiefür spricht insbesondere folgende Stelle in seiner Zuschrift vom 5. Juli 1918: « Veuillez loger les châtaignes en de bons sacs solides, pour m'éviter une trop grande perte de poids. »

Vollends muss aus dem späteren Verhalten der Parteien bei der Abwicklung der Käufe geschlossen werden, dass sie übereinstimmend von der Ansicht ausgegangen sind, der Kläger habe nur die Kosten, der Beklagte dagegen die Gefahren des Transportes nach deren Verschiffung zu tragen. Zwar ist anzunehmen, dass der Beklagte bei Empfang der Fakturen nur die Hälfte des Kaufpreises, den Rest dagegen erst bei Uebergabe der Waren zu bezahlen hatte. Deswegen kann dem Umstand, dass er wiederholt nach Erhalt der Fakturen grössere Zahlungen geleistet und sogar seinen Vertreter in Barcelona beauftragt hat, die Fakturen « au fur et à mesure » zu regulieren, keine entscheidende Bedeutung beigegeben werden. Immerhin verdient dieser Umstand um so eher Beachtung, als der Beklagte vom Kläger ausdrücklich auf die Gewichtsunterschiede gegenüber den Konnossementen aufmerksam gemacht wurde. Ausschlaggebend aber ist, dass der Beklagte die Anordnungen für den Transport selbständig getroffen, insbesondere die Transitäre in Cette bestimmt hat, wie denn auch der Beklagte selbst nicht geltend macht und den Akten nicht zu entnehmen ist, dass sich der Kläger nach der Verschiffung der Waren weiter um dieselben bekümmert habe. Die Tatsache, dass der Beklagte den Transitären die erforderlichen Weisungen selbst erteilt hat, begründet die Annahme, dass er dabei von der Auffassung ausgegangen ist, dass die Ware auf seine Gefahr transportiert werde. Danach kann nicht angenommen werden, dass

die Parteien von der gesetzlichen Regelung der Gefahrentragung abgehen wollten; insbesondere darf aus der Frankoklausel unter den vorliegenden Umständen nicht auf die vom Beklagten behauptete Vereinbarung geschlossen werden.

4. (Einrede der Genehmigung.)

5. und 6. (Widerklage.)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 4. Juni 1920 bestätigt.

80. Urteil der II. Zivilabteilung vom 16. Dezember 1920
i. S. Wüest gegen Birrer.

Art. 339 OR. Haftung des Dienstherrn gegenüber den Angestellten für Betriebsgefahren. Voraussetzungen.

A. — Der Beklagte besitzt einen tragbaren, in seiner Dreschteme auf eine Holzbettung aufgeschraubten Drehstrommotor, der eine in einer Entfernung von zirka zwei Meter aufgestellte, mit ihm durch Treibriemen verbundene Fruchtbrechmaschine bedient. Auf der vordern, dem Motor abgewendeten Seite dieser Brechmaschine befindet sich eine durch einen aufklappbaren Blechdeckel abgeschlossene Oeffnung, die zu den Walzen führt. Bei der Bedienung dieser Maschine erlitt der bei dem Beklagten als Karrer in Dienst stehende Kläger am 5. Juli 1917 einen Unfall. Nach seiner eigenen Darstellung hätte er dabei den Blechdeckel aufgeklappt und in die Oeffnung hineingegriffen, um ein zwischen die Walzen eingeklemmtes und den Gang der Maschine aufhaltendes Holzstück zu entfernen, ohne den Motor vorher abzu-