

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Februar 1926 bestätigt.

**60. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung  
vom 22. September 1926**

**i. S. Verzinkerei Zug A.-G. gegen Debrunner & Cie.**

**K a u f :** Art. 185 OR. Bedeutung der Frankoklausel.

**Art. 204, Abs. 2 OR :** Gehörige Tatbestandsfeststellung : Eine solche kann auch in der von der Bahn im Hinblick auf ihre allfällige Haftung als Transportführer angeordneten Expertise liegen. Eine Untersuchung der Ware durch gerichtlich bestellte Experten ist nicht erforderlich. In umfänglicher Hinsicht genügt bei grossen Sendungen eine angemessene Zahl von Stichproben.

A. — Die Beklagte bestellte am 13. und 21. Juli 1919 bei der Klägerin 100 T I<sup>a</sup> in Kasten geglähte Flusseisenbleche zum Preise von 750 Fr. per T, fränk verzollt Station Zug. Die Lieferung erfolgte in 7 Sendungen in der Zeit vom 25. September bis 7. Nov. 1919. Im Streite liegen die beiden letzten Wagenladungen, die am 4. und 7. November 1919 von der Firma Les Petits Fils de F<sup>ois</sup> de Wendel & C<sup>ie</sup>, Hayange (Lothringen), in Diedenhofen an die Adresse der Klägerin nach Zug aufgegeben worden sind. Als der erste Wagen am 26. November 1919 in Zug eintraf, ergab es sich, dass die Ware angerostet war. Die Beklagte benachrichtigte hievon gleichen Tages sowohl die Klägerin, als die Bahnverwaltung, woraufhin letztere ebenfalls am 26. November 1919 eine Tatbestandsfeststellung vornehmen liess, unter Beizug eines Sachverständigen in der Person des E. Stocklin in Zug, der folgenden Bericht erstattete :

« Der Wagen dürfte auf seiner ganzen Reise Wasser bekommen haben ; es geht dies daraus hervor, dass sich

zwischen den aufgeschichteten Blechen viel Wasser angesammelt hat. Es ist wohl keine einzige Tafel trocken geblieben. In Anbetracht, dass es sich um Feinbleche handelt, ist der Schaden grösser als bei Grobblechen. Angelaufene Feinbleche müssen sofort verarbeitet werden, sonst riskiert man Rostlöcher. Eine Einlagerung ist ausgeschlossen. Ich schätze den Schaden 40% des Fakturabetrages. »

In gleicher Weise hatte auch die Ware des am 27. November 1919 in Zug eingetroffenen zweiten Wagens durch Nässe Schaden gelitten. Die Bahnverwaltung ordnete ebenfalls ohne Verzug eine Tatbestandsaufnahme an. Der beigezogene Sachverständige C. Bossard in Zug bezifferte den Minderwert auf 50% des Fakturabetrages, indem er feststellte : « Die obern und vorstehenden Tafeln sind stark angerostet. Durch Abheben von Tafeln wurde festgestellt, dass auch die unten liegenden Blechtafeln grossteils nass oder feucht sind. In Anbetracht, dass eine sofortige Verarbeitung unmöglich ist, da bereits ein solcher schadhafter Wagen vorgestern eingetroffen und zu verarbeiten ist, erachtet der Unterzeichnete eine Entschädigung von 50% des Fakturawertes als angemessen. Eine vollständige Reinigung und Trocknung ist unmöglich und wird das Blech, bis es zur Verarbeitung kommt, weiter Schaden leiden. Die Ursache liegt in der Reparaturbedürftigkeit des Wagens, welcher an mehreren Stellen Regen eintreten liess..... »

Mit Schreiben vom 26. und 28. November 1919 setzte die Beklagte die Klägerin vom Ergebnis der Expertisen in Kenntnis, mit dem Bemerken, dass sie es ihr überlasse, gegen die Bahn vorzugehen. Demgegenüber stellte sich die Klägerin mit Briefen vom 27. und 29. November 1919 auf den Standpunkt, dass es Sache des Empfängers der Ware sei, sich mit der Bahn auseinanderzusetzen, was zu tun, die Beklagte am 2. Dezember 1919 erneut ablehnte. Als ihr die Klägerin auf eine Anfrage vom 4. De-

zember, ob nicht mangelfreie Ersatzware geliefert werden könne, abschlägigen Bescheid erteilte, nahm sie die schadhafte Bleche in Verarbeitung.

Am 12. Dezember 1919 liessen die Bundesbahnen die Ware in der Fabrik der Beklagten durch ihren Werkstätte-Ingenieur Schulthess aus Zürich begutachten, der den Schaden auf total 1702 Fr. berechnete, auf Grund der Feststellung, dass die schwachen Anrostungen der Bleche nach erfolgter Reinigung nur eine schwache Verletzung der Walzhaut zurückgelassen hätten. Die Klägerin leitete dieses Gutachten mit dem darin enthaltenen Vorschlag der Bahn: eine Entschädigung in der genannten Höhe zu leisten, oder die Ware zum Faktura-preise, abzüglich der 1702 Fr., zu übernehmen, am 7. Januar 1920 an die Beklagte weiter. In ihrer Antwort vom folgenden Tage lehnte diese die Herausgabe der Bleche mit der Begründung ab, dass dieselben bereits in Verarbeitung genommen und die Preise inzwischen stark gestiegen seien. Sie halte sich an den Befund der Experten Stocklin und Bossard und werde nächster Tage die Fakturen unter Abzug des konstatierten Minderwertes der Kaufsache begleichen, was am 12. Januar 1920 durch Banküberweisung geschehen ist.

B. — Mit im April 1922 beim Kantonsgericht Zug eingereichter Klage verlangte die Klägerin Zahlung der Kaufpreisrestanz in dem gemäss der Expertise Schulthess um 1702 Fr. reduzierten Betrage von 6767 Fr. 75 Cts. nebst 6% Zins seit 10. Dezember 1919.

Zur Begründung machte sie im wesentlichen geltend: Die Gutachten Stocklin und Bossard könnten schon deshalb nicht als Tatbestandsaufnahmen im Sinne von Art. 204 OR gelten, weil sie nicht auf gerichtliche Anordnung hin erhoben worden seien. Zudem handle es sich dabei um jeder Begründung entbehrende Schätzungen. Die Experten hätten sich nicht einmal die Mühe genommen, die Blechtafeln auseinanderzulegen und einzeln auf ihren Minderwert zu prüfen. Durch die

seitens der Beklagten erfolgte Ablehnung der von den S. B. B. gestellten Offerte sei bewiesen, dass der Minderwert 1702 Fr. nicht überstiegen habe.

In zweiter Instanz stellte sich die Klägerin weiter auf den Standpunkt, die Gefahr sei mit dem Kaufabschlusse auf den Käufer übergegangen (Art. 185 OR).

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage.

C. — Beide kantonalen Instanzen haben die Klage geschützt, das Obergericht des Kantons Zug mit Urteil vom 30. Dezember 1925.

D. — Die hiegegen mit dem Antrag auf Abweisung der Klage ergriffene Berufung der Beklagten hat das Bundesgericht dahin begründet erklärt, dass es in Aufhebung des angefochtenen Urteils die Sache zur Feststellung des Minderwertes an die Vorinstanz zurückwies.

#### *Aus den Erwägungen:*

1. — Die Verpflichtung der Klägerin zur Minderung des Kaufpreises im Umfange der während des Bahntransportes eingetretenen Entwertung der Bleche ist grundsätzlich nicht mehr streitig, nachdem die Klägerin die ursprünglich eingeklagte Kaufpreisrestforderung schon vor erster Instanz um den vom Experten Schulthess ermittelten Betrag von 1702 Fr. ermässigt und dadurch implizite anerkannt hat, dass sie die Gefahr der Kaufsache bis zur Ablieferung in Zug trug. Die damit im Widerspruch stehende Behauptung, die Gefahr sei gemäss Art. 185 OR mit dem Kaufabschluss auf die Käufer übergegangen, wäre übrigens haltlos. Bezieht sich auch die Frankoklausel in der Regel nur auf die Tragung der Transportkosten, so muss doch hier nach den besonderen Verumständungen angenommen werden, dass die Parteien mit deren Vereinbarung gleichzeitig eine Ausnahme von der gesetzlichen Regelung in dem Sinne begründen wollten, dass der Verkäufer auch die Gefahr des Transportes bis zur Ankunft der Ware am Bestimmungs- und damit zugleich Erfüllungsort Zug

trage. Entscheidend fällt hiefür der Umstand in Betracht, dass die Sendungen vom Lieferanten der Klägerin in Diedenhofen an deren Adresse nach Zug aufgegeben worden sind, sodass der Beklagten während des Transportes jede Möglichkeit, über die Ware zu verfügen und insbesondere Vorkehren zur Abwendung des Schadens zu treffen, genommen war.

2. — Der Streit dreht sich darnach nurnmehr um die Höhe des Minderwertes, und hiebei fragt es sich in erster Linie, ob die Beklagte hinsichtlich dieser nach Zug übersandten Ware, — wo die Klägerin keinen Vertreter hatte, — die ihr nach Art. 204, Abs. 2 OR obliegende Pflicht zur unverzüglichen, gehörigen Feststellung des Tatbestandes erfüllt habe. Wie das Bundesgericht ausgesprochen hat, handelt es sich dabei nicht bloss um eine Feststellung der Mängel im einseitigen Interesse des Käufers, sondern um eine ebenso sehr auch den Interessen des Verkäufers dienende eigentliche Beweisaufnahme (vgl. BGE 45 II 341 f.). Da der grundsätzlich für die Empfangbarkeit der beanstandeten Ware beweispflichtige Verkäufer, weil abwesend, selber nicht in der Lage ist, sofort den Tatbestand festzustellen, so muss der Käufer dessen Interessen durch Sammeln von Beweismaterial wahren, widrigenfalls ihm der Beweis dafür obliegt, dass die behaupteten Mängel schon zur Zeit der Übergabe der Ware vorhanden waren. Dieser Verpflichtung ist die Beklagte in der Weise nachgekommen, dass sie die nach Eintreffen der Wagen in Zug festgestellte Beschädigung der Ware ohne Verzug sowohl der Klägerin, als auch den Bundesbahnen anzeigte, worauf diese gleichen Tages die Untersuchung der Bleche durch ortsansässige Sachverständige anordneten. Beide kantonalen Instanzen sprechen diesen Expertisen den Charakter und Wert einer Tatbestandsfeststellung nach Art. 204 OR ab, weil sie ohne Beizug der Klägerin einseitig für die Zwecke der S. B. B. erhoben worden seien und sich sachlich nicht auf eine Prüfung jedes

einzelnen Stückes zu stützen vermöchten. Diese Auffassung beruht auf einer Verkennung der bundesrechtlich an die Beweisaufnahme im Sinne der gedachten Gesetzesbestimmung zu stellenden Anforderungen.

In formeller Beziehung kann zunächst gegen die von den Experten gemachten Feststellungen daraus nichts hergeleitet werden, dass sie nicht auf gerichtliche Anordnung hin erfolgt sind, indem das OR eine amtliche Untersuchung nicht verlangt (vgl. BGE 32 II 299; OSER, N. V zu Art. 204 OR). Ebensowenig aber ist der Umstand von Bedeutung, dass die Expertisen nicht von der Beklagten selber, sondern von den Bundesbahnen erhoben worden sind. Richtig ist zwar, dass die Bahnverwaltung die Tatbestandsfeststellung nach Massgabe des Art. 25 des internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890 in ihrem eigenen Interesse wegen ihrer allfälligen Haftung als Frachtführerin angeordnet hat. Allein das ändert nichts an der Tatsache, dass diese bahnamtliche Untersuchung in gleicher Weise eine Beweissicherung durch sofortige Feststellung der Mängel bezweckte, wie die in Art. 204 Abs. 2 OR dem Käufer zur Pflicht gemachte Tatbestandsaufnahme, sodass nicht einzusehen ist, weshalb sie nicht geeignet sein sollte, auch die Funktionen der letztern zu erfüllen. Da eine solche Untersuchung ohne Verzug vorgenommen werden muss, so kann auch nicht verlangt werden, dass der Verkäufer zu derselben beigezogen werde (vgl. BECKER, N. 12 zu Art. 204 OR).

Über den Umfang der Tatbestandsfeststellung spricht sich das Gesetz nicht aus. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann aber jedenfalls dann, wenn es sich, wie hier, um so beträchtliche Quantitäten unter sich gleichartiger Einzelsachen handelt, eine besondere Prüfung jedes einzelnen Stückes nicht gefordert werden. Zur Annahme einer gehörigen Untersuchung muss es vielmehr ausreichen, wenn eine angemessene Zahl von Stichproben erhoben wird, deren Ergebnis den Schluss be-

gründet, dass sämtliche Ware dieselbe Beschaffenheit aufweise (vgl. OSER, N. II 1 a zu Art. 201 OR; BGE 34 II 707). Dafür, dass die vorliegend auf diese Art vorgenommene Prüfung nicht mit fachmännischer Sorgfalt durchgeführt wurde, liegt nichts vor. Daraus folgt auch, dass die Bezifferung des Minderwertes notwendig den Charakter einer Schätzung haben muss. Selbst bei Ermittlung desselben auf Grund einer Untersuchung jeder einzelnen Blechtafel würde es sich übrigens bei den einzelnen Berechnungsfaktoren der Natur der Sache nach um blosser Schätzungswerte handeln.

61. **Extrait de l'arrêt de la II<sup>e</sup> Section civile du 3 novembre 1926 dans la cause**

**Fondation Béchaux-Schwarztlin contre Xavier Stouff.**

*Art. 239 CO.* En matière de donation, la tradition s'opère valablement par transfert de la maîtrise effective de la chose donnée.

*Résumé des faits.*

Auguste Béchaux a donné en 1911 à Louis Stouff diverses obligations et actions nominatives, qui ont été déposées au nom de Stouff à la Banque nationale suisse. En 1916, les titres en question ont été transférés à Xavier Stouff, fils de Louis, et le dépôt inscrit au nom dudit Xavier Stouff, lequel confia à Béchaux le soin de le gérer. Dans la suite, Béchaux fit donation des papiers-valeurs déposés en banque à la Fondation Béchaux-Schwarztlin, qui en prit possession. Xavier Stouff ouvrit action en revendication. La Fondation Béchaux conclut à libération en faisant valoir entre autres que les donations de Béchaux aux Stouff avaient été simulées et qu'en tout cas elles n'étaient pas parfaites parce qu'il n'y avait pas eu remise effective des valeurs données. L'instance cantonale a condamné la Fondation à restituer les titres

à Xavier Stouff, et le Tribunal fédéral a confirmé ce jugement.

*Extrait des considérants.*

1. — (Nature juridique des titres en question.)
2. — (La donation de 1911 est régie par le droit cantonal; le Tribunal fédéral est lié sur ce point par le jugement attaqué.)
3. — La donation faite à Xavier Stouff date de 1916; elle est donc soumise aux règles du droit fédéral. Il importe de relever tout d'abord qu'en ce qui concerne cette donation, les allégations de la recourante relatives à la simulation et aux intentions secrètes d'Auguste Béchaux sont sans pertinence aucune. En effet, lors de cette seconde donation, ce n'était plus Béchaux qui était le donateur, mais bien Louis Stouff, seul propriétaire des valeurs données. La défenderesse n'a pas tenté d'établir, ni même allégué que Louis Stouff n'ait pas eu l'intention de céder les titres à son fils Xavier Stouff. Elle n'aurait d'ailleurs pas eu grand intérêt à le faire, car elle n'eût pas réussi à prouver par là que Béchaux fût resté propriétaire des valeurs dont il a disposé dans la suite.

Pour ce qui est du transfert de la possession, il est incontestable que l'ordre donné à la Banque nationale d'avoir à changer le nom du déposant, suivi de l'inscription du nom de Xavier Stouff, équivalait à une remise au sens de l'art. 239 CO. C'est en vain que la recourante invoque sur ce point la jurisprudence de l'arrêt Danner (RO 47 II p. 115) pour soutenir que les conditions de l'art. 239 CO ne seraient pas remplies. D'après cette jurisprudence, le Tribunal fédéral a déclaré inadmissible en matière de donation, le constitut possessoire, c'est-à-dire une convention d'après laquelle le donateur demeure lui-même en possession des objets donnés, en vertu d'un titre spécial. Mais il a jugé, dans le même arrêt, que la tradition s'opérait valablement par transfert de la maîtrise effective au sens de l'art. 919 Cc. En l'es-