

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

L'affaire est suspendue, et le présent arrêt sera communiqué par écrit à la Cour d'appel du canton de Fribourg, ainsi qu'à chacune des parties.

La Cour d'appel est invitée à procéder à l'administration de la preuve des faits mentionnés au considérant N° 4, ci-dessus, après avoir fixé, d'abord, à la partie Joseph Robin un délai pour indiquer les moyens de preuves qu'elle se propose de faire intervenir, et réservé, ensuite, à la partie adverse la faculté de produire, dans un délai à fixer par la dite Cour, ses contre-preuves sur les mêmes faits, — auxquelles il sera également procédé.

110. Urtheil vom 8. November 1889 in Sachen
di Pauli gegen Huber.

A. Durch Urtheil vom 27. April 1889 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt :

1. Der unterm 15. April 1887 zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag wird als aufgehoben erklärt;

2. Der Beklagte ist verpflichtet, dem Kläger für den gelieferten Wein 1165 Fr. 29 Cts. nebst Zins à 6 % seit 15. Dezember 1887 zu bezahlen; im Uebrigen ist die Klage abgewiesen;

3. Die Widerklage Nr. 1 ist durch den Entscheid in Dispositiv 2 als erledigt erklärt;

4. Im Weitern hat der Kläger und Widerbeklagte dem Beklagten und Widerkläger als Schadenersatz 1500 Fr. (eintausend fünfhundert Franken) zu bezahlen; im Uebrigen wird die Widerklage Nr. 2 abgewiesen;

5. Die Staatsgebühr wird für die zweite Instanz auf 80 Fr. festgesetzt;

6. Die Kosten in beiden Instanzen werden den Parteien zu gleichen Theilen auferlegt.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger und Widerbeklagte einerseits die Weiterziehung an das Bundesgericht, andererseits die Nichtigkeitsbeschwerde an das zürcherische Kassationsgericht. Die bundesgerichtliche Verhandlung wurde bis nach Entscheidung über das letztere Rechtsmittel ausgesetzt. Am 16. September 1889 hat das Kassationsgericht des Kantons Zürich die Nichtigkeitsbeschwerde in der Hauptsache als theils unstatthaft, theils unbegründet erklärt, dagegen einen auf eine Ordnungsbusse bezüglichen Beschluß als nichtig aufgehoben. Der Kläger erklärte auch gegen dieses Urtheil die Weiterziehung an das Bundesgericht.

C. Bei der heutigen Verhandlung stellt der Vertreter des Klägers unter Berufung auf seine an die Appellationskammer und das Kassationsgericht des Kantons Zürich gerichteten Eingaben vom 27. Mai 1889, 17. und 28. September gleichen Jahres die Anträge, es sei seine Beschwerde gutzuheißen unter Kosten- und Entschädigungsfolge, eventuell seien die angebotenen Beweise abzunehmen. Nach dem Inhalt der erwähnten Eingaben wird vom Kläger beantragt :

1. Der unterm 15. April 1887 zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag wird als aufgehoben erklärt ;

2. Der Beklagte ist verpflichtet, an Kläger die in der zweiten bezirksgerichtlichen Verhandlung reduzierte Klagesumme von 1965 Fr. 29 Cts. nebst 6 % Zinsen vom 15. Dezember 1887 an zu bezahlen, abzüglich der im Prozesse freiwillig und ohne Rechtspflicht anerkannten Beträge :

a. 200 Fr. Beitrag an die Kosten wegen der Busenverfügung ;

b. 218 Fr. 64 Cts. 6 % Provision
Akt. 170.

418 Fr. 64 Cts.

1546 Fr. 65 Cts. Valor 15. Dezember 1887, nebst den bezeichneten Zinsen ;

3. Die Widerklage ist gänzlich abgewiesen und dergleichen auch die in Dispositiv 4 gutgeheißenen 1500 Fr. ;

4. Sollte das Bundesgericht aus irgend einem Grunde dem Beklagten eine Entschädigung zusprechen (sei es compensando

sei es reconveniendo), so werde eine Gegenforderung von 1000 Fr. geltend gemacht;

5. Die sämtlichen Kosten aller Instanzen (auch des Kassationsgerichtes) seien dem Beklagten aufzulegen, eventuell seien die Akten dem Kassations- und dem Appellationsgerichte zurückzustellen, damit dieselben die Kostenbestimmung ihrer Urtheile gemäß dem bundesgerichtlichen Entscheide abändern können;

6. Für den Fall, daß die gestellten Hauptbegehren nicht ohne weiters sollten gutgeheißen werden können, seien die vor den Vorinstanzen anerbötenen Beweise abzunehmen.

Dagegen beantragt der Anwalt des Beklagten und Widerklägers: Es seien die sämtlichen Begehren der Gegenpartei abzuweisen unter Kostenfolge, eventuell, wenn eine Aktenvervollständigung angeordnet werden sollte, werde beantragt, es seien die vom Beklagten anerbötenen Beweise darüber abzunehmen, daß der vom Gegner gelieferte Wein sofort nach dessen Ankunft in reine Fässer abgezogen worden und daß er intakt geblieben sei, bis zur amtlichen Untersuchung, sowie daß nach den Resultaten der chemischen Untersuchung des amtlich gezogenen Weines die Fälschung desselben unmittelbar nach Einsammeln der Trauben beim ersten Gährungsprozesse müsse geschehen sein, eventuell seien die Akten auch darüber zu vervollständigen, daß Huber das Zeugniß der bischöflichen Kanzlei in St. Gallen betreffend Nichtzulässigkeit pasteurisirten Weines als Weßwein nicht erschlichen habe oder Beweis dafür zu erheben, daß die katholische Geistlichkeit pasteurisirten Wein nicht als Naturwein zur Verwendung beim Weßopfer zulässig erachte, wofür auf ein einzuholendes Zeugniß des Bischofs von St. Gallen abgestellt werde.

Replikando protestirt der klägerische Anwalt gegen die Zulassung der gegnerischen Beweisangebote, indem er dieselben theils als unerheblich theils als unstatthaft, weil neu, bezeichnet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Thatsächlich ist aus den Akten folgendes hervorzuheben: Am 15. April 1887 kam zwischen den Parteien ein Vertrag zu Stande, durch welchen Huber die Generalagentur der Baron di Paulischen Kellerei für die ganze Schweiz übernahm, wogegen die genannte Kellerei sich verpflichtete, vom 1. Juli 1887 an

nur noch durch die Generalagentur mit ihren schweizerischen Kunden zu verkehren und zugleich versprach, nur rein gehaltenen Naturwein zu liefern. Der Vertrag wurde auf die Dauer von zehn Jahren abgeschlossen, zugleich aber bestimmt, daß jederzeit Auflösung verlangt werden könne, wenn von einem Theile wesentliche Vertragsbestimmungen zum Schaden des andern Theils verletzt werden. Im Fernern sind folgende Bestimmungen hervorzuheben: „§ 3. En gros-Bestellungen, auf Wagons sich beziehend, werden „direkt vom Keller aus besorgt; dagegen sollen Stückgüter durch „das bei der Generalvertretung sofort zu errichtende Depot geliefert werden. Herr Huber erhält für alle Aufträge, jedoch nur „wirklich bezahlter Fakturen der Getränke 6% Provision. Erzielter Mehrpreis ist zu vollen Gunsten des Herr Huber. § 4. „Für die im Depot eingelagerten Getränke haftet Herr Huber, „macht derselbe wöchentlich Mittheilung der Verkäufe, für welche „er alsdann als Käufer eintritt und zwar nach den ausgesetzten „Limiten, abzüglich der Provision. Alle mit dem Depot verknüpften „Auslagen trägt Herr Huber allein. Herr Huber ertheilt „vierteljährig Ausweis über das Depot, Verkäufe und Vorräthe „und halbjährig Abrechnung. Die auf Herr Huber persönlich „ausgestellten Fakturen der in das Depot gesandten Weine sind, „soweit selbe nicht durch die Fakturen der dortigen Verkäufe früher fällig werden, acht Monate nach Ausstellung fällig.“ In § 10 ist noch „ausdrücklich erwähnt, daß Herr Huber von allen nicht durch ihn geschlossenen Verkäufen bis 1. Juli weder Provision noch Ingerenz beansprucht.“ Am gleichen 15. April sandte der Kläger dem Beklagten für das von diesem zu haltende Depot 10 Fässer Wein, nämlich 4 Fässer (2232 Liter zu 37 Stk.) Tafelwein, 2 Fässer (1107 Liter zu 45 Stk.) Spezialwein, 2 Fässer (703 Liter zu 52 Stk.) Kälterensewein, 2 Fässer (727 Liter zu 58 Stk.) Marzamiwein, zum Gesamtfakturawerth von 2111 Fr. 21 Stk. Auf der Faktur findet sich der gedruckte Vormerk: „Reklamationen werden nur innerhalb 14 Tagen berücksichtigt.“ Der Beklagte meldete mit Brief vom 25. April, der Wein sei angekommen und er habe denselben, da die Transportfässer etwas geronnen haben, in seine eigenen Lagerfässer abgezogen; über die Beschaffenheit der Weine äußerte er sich dabei nicht, während er

wegen Schwundes eine Reklamation erhob. Mitte Mai 1887 zog die Gesundheitskommission Unterstraf im Keller des Beklagten verschiedene Muster; von diesen Proben wurden durch den Kantonschemiker, wesentlich wegen des für einen Naturwein zu geringen Säuregehaltes, zwei beanstandet, welche aus Fässern gezogen waren, die nach Hubers Angabe Tyrolerweine der klägerischen Sendung enthielten, ohne daß indeß ersichtlich wäre, auf welche der vier vom Kläger gelieferten Weinsorten die Untersuchung sich bezog. Die Gesundheitskommission Unterstraf legte durch eine am 2. Juli 1887 eröfnete Verfügung dem Beklagten wegen unrichtiger Deklaration der beanstandeten Weinproben zwei Bußen von je 15 Fr. auf. Der Beklagte machte hievon dem Kläger, obgleich er mit ihm korrespondirte, zunächst keine Mittheilung; erst am 18. August 1887 gab er ihm von der Bußenaufgabe Kenntniß; er fügte bei, da eine von ihm veranlaßte Untersuchung durch einen St. Galler Chemiker zu einem abweichenden Ergebnisse geführt habe, sei von ihm gerichtliche Untersuchung begehrt worden, um so mehr, als die Muster, welche der ihm ungünstigen Untersuchung zu Grunde gelegt worden, nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gezogen, namentlich nicht im Keller schon versiegelt worden seien, auch unter den Mitgliedern der Gesundheitskommission sich einer seiner Konkurrenten befinde; er ersuchte den Kläger, ihm mit Rath und That an die Hand zu gehen. Der Kläger erwiderte hierauf am 25. August, er sei über den Zürcher Befund entrüstet, der Beklagte möge keine Mühe und keine Kosten scheuen, damit ihnen Recht werde; er werde ihn darin in jeder Weise unterstützen, finanziell wie moralisch; er vermüthe übrigens, es möchte eine Verwechslung vorliegen. Das einfachste wäre, daß Beklagter um neuerliche Untersuchung ansuchen würde, wobei aber die Proben gewissenhaft neu aus dem Wein genommen und in des Beklagten Gegenwart untersucht werden sollten. Durch Entscheidung vom 27. August 1887 bestätigte indeß das Bezirksgericht Zürich, (gestützt auf mündliche Auseinandersetzungen des Kantonschemikers und das Zeugniß des Polizisten, welcher die Muster gezogen hatte, daß eine Verwechslung nicht stattgefunden habe noch habe stattfinden können), die beiden von der Gesundheitskommission gesprochenen Bußen als eine Buße von

30 Fr. Als der Beklagte dem Kläger hievon Kenntniß gab, mit der Anzeige, daß er Kassation dieses Urtheils begehrt habe, erklärte sich der Kläger mit letztem Schritte durch Schreiben vom 1. September 1887 einverstanden, indem er unter Anderm beifügte, er habe wahrscheinlich dem Beklagten einen wichtigen Umstand mitzutheilen vergessen, daß nämlich Tafelwein und Spezialwein der größern Haltbarkeit wegen pasteurisirt versandt worden seien, der Beklagte möge sich speziell hierauf beziehen. Das Pasteurisiren des Weines (Erhitzen desselben auf 50° R. bei luftdichtem Verschlusse) werde doch heutzutage keinem Chemiker und Denologen mehr unbekannt sein. Die Appellationskammer des Obergerichtes wies die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten mit Beschluß vom 29. September 1887 ab, weil zwar unrichtig gewesen sei, daß die Gesundheitskommission die fraglichen Weinstuster nicht schon im Keller versiegelt habe, indessen nichts dafür spreche, daß eine Verwechslung stattgefunden habe und daher kein Grund zur Kassation vorliege. Huber schrieb hierauf dem Kläger, die Appellationskammer habe ihn zwar abgewiesen, aber nur aus formellen Gründen, so daß sie moralisch gesichert seien; doch genüge das nicht, es müsse die Revision des Urtheils ausgewirkt und zu diesem Zwecke bewiesen werden, daß der zürcherische Kantonschemiker sich geirrt habe. Der Kläger erklärte indeß, er würde sich mit der moralischen Satisfaktion begnügen und nicht gerne weitere Prozeßkosten bezahlen. Dagegen mahnte er den Beklagten wiederholt, ihm über die Verkäufe aus dem Depot und über den jetzigen Bestand desselben Aufschluß zu geben. Der Beklagte berichtete hierauf am 29. November 1887, daß vom Tafelwein noch 860 Liter, vom Marzamiwein noch 280 Liter vorhanden seien, die andern zwei Sorten dagegen zur Hälfte reell verwendet, zur andern Hälfte, weil sie trüb und scharfpidig geworden, letzte Woche zu coupage seien verwendet worden. Nach Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten wurden von der Gesundheitskommission Unterstraf die der amtlichen Untersuchung unterstellten Muster ausgeschüttet, so daß einem erst am 6. Dezember 1887 gestellten Begehren des Beklagten um weitere Aufbewahrung derselben nicht entsprochen werden konnte. Auf Ansuchen des Beklagten hat der Kläger durch Schreiben vom 14. September

1887 gestattet, daß für die erste Weinklieferung ausnahmsweise nicht vertragsmäßig sondern erst nach dem Verkaufe Ausrechnung zu stellen sei. Die erste Weinklieferung blieb aber die einzige. Am 29. November 1887 nämlich erschien im Tagblatt der Stadt Zürich eine Bekanntmachung der Gesundheitskommission Unterstrafß betreffend die Untersuchung verschiedener Weine, worin unter Anderm mitgetheilt wurde, es seien zwei Nummern 1886er Tyrolerwein, deren Eigentümer Huber-Bogler Weinhändler in Unterstrafß, sei, bei der Untersuchung als nicht reell bezeichnet und die von der Gesundheitskommission verhängte Buße sei gerichtlich bestätigt worden. Daraufhin schrieb der Beklagte, welcher bisher kein Mißtrauen gegen den Kläger geäußert, sondern gegentheils stets von einem zu widerlegenden Irrthum des Kantonschemikers gesprochen hatte, am 6. Dezember 1887 an den Kläger, sein (des Beklagten) Name sei durch die erfolgte Veröffentlichung besleckt und er könne sich nur helfen, wenn er den richtigen Namen nenne, also im hiesigen Tagblatte und unter Umständen auch in auswärtigen Blättern ein Inserat erscheinen lasse, daß er gestützt auf konstatierte Weinpantocherei allen Verkehr mit dem Kläger abgebrochen habe. Kläger könne sein Ansehen vor der Welt nur durch Opferung seines (des Beklagten) Namen retten und er wolle sich hiezu hergeben, wenn ihm Kläger eine entsprechende Summe für den ihm entstandenen Schaden bezahle. Der Kläger schrieb hierauf am 9. Dezember zurück: Was ist die Summe, welche Sie beanspruchen würden laut Ihrem letzten Briefe? Durch Schreiben vom 13. Dezember erwiderte der Beklagte zunächst, der Kläger werde wissen, was ein Ehrennamen werth sei; wenn Kläger ihm nicht gerecht werde, so werde er sich selbst Gerechtigkeit verschaffen. Am 19. Dezember erklärte er, der Schaden könnte mit einer Million nicht gutgemacht werden, indessen wolle er sich mit einem theilweisen Schadenersatz von 50,000 Gulden begnügen und am 20. Dezember drohte er dem Kläger, er werde dessen Name, wenn Kläger ihm nicht sofort entspreche, in der ganzen Welt, nicht nur in der Schweiz, sondern mehr noch in Oestreich in den verschiedensten Lokalblättern nennen; er garantire dafür, daß er den Ruf verlieren werde u. s. w. Der Kläger sah sich nicht veranlaßt, hierauf einzugehen, sondern vertraute die Wahr-

rung seiner Rechte einem zürcherischen Anwalte an. Dieser erstattete gegen den Beklagten Strafanzeige wegen Erpressungsversuches; es wurde indeß die Untersuchung sistirt, weil das Vergehen nicht im Inlande begangen sei. Der Kläger erhob hierauf gegen den Beklagten Civilklage dahin: 1. Es sei der zwischen den Parteien am 15. April 1887 abgeschlossene Vertrag als aufgehoben erklärt und 2. der Beklagte zu Bezahlung von 2111 Fr. 20 Cts. nebst Zins an den Kläger verurtheilt. Der Beklagte verlangte Abweisung der Hauptklage und Verurtheilung des Klägers und Widerbeklagten, dem Beklagten und Widerkläger zu bezahlen: 1. 1000 Fr. für Kosten und Umtriebe der Durchführung des Prozesses wegen der von der Gesundheitskommission Unterstrafß verhängten Bußen; 2. 30,000 Fr. für direkten und indirekten Schaden, den der Beklagte und Widerkläger durch vertragswidrige Weinklieferung seitens des Klägers und Widerbeklagten erlitten habe. In der Folge reduzirte er die Post 1 der Widerklage auf 500 Fr., die Post 2 auf 5000 Fr. Er machte einredeweise geltend, die Klageforderung 2 sei noch nicht verfallen (weil der Wein noch nicht vollständig verkauft sei); überdem habe der gelieferte Wein in Folge theilweiser Pasteurisirung und Unrealität einen Minderwerth von mindestens 300 Fr. und wären am Fakturawerth unter allen Umständen 145 Fr. 92 Cts. in Abzug zu bringen, nämlich 126 Fr. 72 Cts. als 6% Provision des Beklagten und 19 Fr. 20 Cts. für Muster. Seine Widerklageforderung Nr. 1 begründete er einerseits auf das Versprechen des Klägers, andererseits auf den Umstand, daß die Bußen, Kosten und Umtriebe durch die vertragswidrige Lieferung des Klägers verursacht worden seien und Beklagter die Geschäfte des Klägers geführt habe; für die Widerklageforderung Nr. 2 machte er geltend, es habe der Kläger in vertragswidriger Weise direkt oder durch andere Agenten mit schweizerischen Kunden verkehrt, wodurch dem Beklagten Provisionen entgangen seien, und es seien ferner für den Beklagten durch die vertragswidrige Lieferung unreellen Weines, die Publikation des Bußenerkenntnisses u. s. w. in seinem Weingeschäfte erhebliche Nachtheile entstanden. Der Kläger gab den vom Beklagten beanspruchten Abzug von 145 Fr. 92 Cts. am Fakturawerth zu und reduzirte somit die Klagefor-

derung auf 1965 Fr. 29 Cts.; er erkannte im Weiteren, jedoch ohne alle Rechtspflicht, 200 Fr. von der Forderung für Kosten und Umtriebe des Bußenprozesses sowie 218 Fr. 70 Cts. für entgangene Provisionen auf direkten Weinelieferungen an; im Uebrigen bestritt er die Einreden und die Widerklage des Beklagten; in zweiter Instanz machte er eventuell für den Fall, daß dem Beklagten, sei es kompensations-, sei es widerklagsweise eine Entschädigung sollte gesprochen werden, seinerseits eine Gegenforderung von 1000 Fr. geltend, gestützt darauf, daß die vorzeitige Aufhebung des Vertrages vom 15. April 1887 vom Beklagten verschuldet sei und dieser ihm für den hieraus entstandenen Schaden hafte. Die erste Instanz (Bezirksgericht Zürich) erkannte im Sinne der Anträge des Klägers, die zweite Instanz in der aus Fakt. A ersichtlichen Weise; dieselbe erachtete von den Forderungen des Beklagten als begründet: 1. 300 Fr. für Kosten des Bußenprozesses; 2. 400 Fr. für Provision; 3. 100 Fr. für Minderwerth wegen theilweiser Pasteurisirung des Weines; 4. 1500 Fr. als Schadenersatz.

2. In rechtlicher Beziehung ist auf die Beschwerde des Klägers, soweit sie sich gegen das Erkenntniß des Kassationsgerichtes richtet, als unstatthaft nicht einzutreten. Das letztinstanzliche kantonale Haupturtheil ist dasjenige der Appellationskammer; das Erkenntniß des Kassationsgerichtes entscheidet nicht in der Sache selbst, d. h. über den eingeklagten Anspruch, sondern verneint, nur theils die Statthaftigkeit theils die Begründetheit des außerordentlichen Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde. Es stützt sich demnach auch ausschließlich auf kantonales Recht. Wenn insbesondere das Kassationsgericht die Nichtigkeitsbeschwerde insoweit als unstatthaft erklärt, als die Weiterziehung der Sache an das Bundesgericht nach Art. 29 und 30 D.-G. zulässig sei, so beruht diese Entscheidung durchaus auf der Anwendung des kantonalen Prozeßrechtes. Dagegen ist die Beschwerde gegen das Urtheil der Appellationskammer statthaft und das Bundesgericht zu deren Beurtheilung kompetent. Die Weiterziehung ist rechtzeitig erklärt worden, die Sache ist unbestrittenermaßen nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilen und der gesetzliche Streitwerth ist gegeben. In letzterer Richtung ist nach Art. 29 D.-G. die Sachlage vor

der Entscheidung der Appellationskammer maßgebend; nach den vor der Appellationskammer gestellten Anträgen der Parteien aber überstieg der Streitwerth unzweifelhaft den Betrag von 3000 Fr., wofür es genügt, darauf hinzuweisen, daß vor der Appellationskammer auch das Rechtsbegehren 1 der Klage bestritten war.

3. Nach den heutigen Anträgen der Parteien liegt die durch Dispositiv 1 des angefochtenen Urtheils ausgesprochene Aufhebung des Vertrages vom 15. April 1887 nicht mehr im Streite. Es hat im Fernern der Beklagte die Einwendung, es sei die klägerische Forderung nicht fällig, heute nicht festgehalten. Bestritten ist also nur noch, ob nicht dem Beklagten gegenüber dieser Forderung die Minderungseinrede wegen nicht vertrags- und gesetzmäßiger Beschaffenheit der gelieferten Waare zustehe, und ob nicht die widerklagsweise geltend gemachten Ansprüche des Beklagten begründet seien.

4. Was zunächst die Minderungseinrede anbelangt, so ist zu bemerken: Der Beklagte empfing den in das Depot gelieferten Wein nicht als Käufer sondern als Verkaufskommissionär des Klägers. Allerdings hat der Beklagte nach dem Vertrage vom 15. April 1887 für die von ihm aus dem Depot verkauften Weine als Käufer einzutreten, verbleibt ihm ein über die Limite hinaus erzielter Mehrerlös und ist im Fernern vorgesehen, daß er nach Ablauf von acht Monaten die Faktur zu begleichen, also den (nicht bereits an Dritte verkauften und bezahlten) Wein käuflich zu übernehmen habe. Allein auf die letztere Klausel hat der Kläger in Betreff der streitigen ersten Lieferung verzichtet, indem er durch Schreiben vom 14. September zugab, daß über diese Lieferung erst nach vollständiger Liquidation derselben ausgerechnet werde; in den ersterwähnten Vertragsbestimmungen dagegen liegt doch wohl nur, daß der Beklagte als Kommissionär del credere hafte und als Entlohnung neben der festen Provision noch einen allfälligen Mehrerlös erhalte, nicht aber die Stipulation eines Kaufes über den in das Depot zu liefernden Wein. Hiefür spricht der gesammte Zusammenhang des Vertrages und die Haltung der Korrespondenz der Parteien, insbesondere auch der Umstand, daß der Beklagte dem Kläger von den abgeschlossenen Verkäufen Mittheilung zu machen und über den Bestand des Depot Ausweis

zu erteilen hatte u. s. w., was alles auf die Stellung eines Kommissionärs, nicht aber auf diejenige eines Käufers hindeutet. Ein Kauf ist zwischen den Parteien erst im Dezember 1887 dadurch zu Stande gekommen, daß der Beklagte nach der tatsächlichen Übung des Kommissionsverhältnisses den (damals noch vorhandenen) Wein nicht zurückgab, auch nicht zurückzugeben sich anerbote, sondern für sich behielt; dadurch hat er, wie die Vorinstanz ausführt, den sämtlichen damals noch vorhandenen Wein stillschweigend als Käufer, wie dies vertragsmäßig ursprünglich vorgesehen war, übernommen. Nur insoweit liegt also ein Kauf vor und sind Rechte und Pflichten der Parteien nach den Regeln des Kaufvertrages zu beurtheilen; im Uebrigen sind neben den Bestimmungen des Vertrages die gesetzlichen Grundsätze über das Kommissionsgeschäft maßgebend. Danach kann denn von einer Preiserminderungsseinrede im eigentlichen Sinne des Wortes (d. h. im Sinne des adiktischen Rechtsmittels des Käufers) nur in Betreff des vom Beklagten im Dezember 1887 als Käufer übernommenen restlichen Weinquantums die Rede sein; im Uebrigen kann sich nur fragen, ob nicht dem Beklagten Schadenersatzansprüche aus dem Kommissionsvertrage zustehen.

5. Die Preiserminderungsseinrede nun ist allerdings nicht, wie der Kläger behauptet, wegen Verspätung der Mängelrüge unzulässig, dagegen ist dieselbe, was von der Vorinstanz übersehen wurde, deshalb offenbar unbegründet, weil der Beklagte im Dezember 1887 zur Zeit des Kaufabschlusses die von ihm nunmehr gerügten Sachmängel (Pasteurisirung eines Theiles des gelieferten Weines und Unrealität desselben), vollständig kannte, so daß der Verkäufer dafür nach Art. 245 D.-R. nicht haftet. Hiegegen kann nicht etwa eingewendet werden, es sei der Beklagte zu Uebnahme des Weines vertraglich verpflichtet gewesen, denn es ist klar, daß Beklagter, sofern der Wein nicht vertrags- und gesetzmäßig beschaffen war, denselben nicht zu übernehmen brauchte, sondern zurückzugeben berechtigt war. Wenn er dies nicht gethan, sondern den Wein in Kenntniß seiner Mängel gekauft hat, so kann er für letztere den Verkäufer nicht verantwortlich machen.

6. Ein Anspruch wegen Minderwerthes des vom Beklagten als Kommissionär vertriebenen und verwendeten (im Dezember

1887 nicht mehr vorhandenen) Weines sodann würde den Nachweis eines in Folge der behaupteten vertragswidrigen Beschaffenheit fraglichen Weines auf dem Vertriebe desselben dem Beklagten entstandenen Schadens voraussetzen. Denn unzweifelhaft liegt der Partei, welche Schadenersatz wegen Nichterfüllung respektive mangelhafter Erfüllung eines Vertrages verlangt, der Nachweis des eingetretenen Schadens ob. An einem solchen Nachweise mangelt es nun aber durchaus. Der Beklagte hat weder bewiesen noch Beweis dafür anerbote, daß er auf dem von ihm verkauften Weine in Folge nicht vertrags- und gesetzmäßiger Beschaffenheit desselben denjenigen Erlös tatsächlich nicht erzielt habe, den er bei richtiger Beschaffenheit der Waare hätte erzielen können, u. dgl.; es mangelt überhaupt an jeder genauen Darlegung darüber, in welcher Weise Beklagter über diesen Wein verfügt hat. Es kann daher dem Beklagten ein sachbezoglicher Ersatzanspruch nicht zugestanden werden; der Beklagte haftet vielmehr, ohne aus diesem Grunde einen Gegenanspruch erheben zu können, dem Kläger gemäß Art. 4 des Vertrages vom 15. April 1887 für den Fakturapreis des gelieferten, von ihm verwendeten Weines.

7. An der Abweisung der Preiserminderungsseinrede muß übrigens, soweit es den Anspruch wegen Unrealität des gelieferten Weines betrifft, auch deshalb festgehalten werden, weil nicht nachgewiesen ist, daß der Wein vom Kläger unreal geliefert worden sei, die Beweislast hiefür aber den Beklagten trifft. Der Vorderrichter geht in dieser Beziehung davon aus, durch die Untersuchung des Kantonschemikers sei festgestellt, daß die von diesem untersuchten Weilmuster nicht reinen Naturwein enthalten haben; allerdings behauptete der Kläger, es müsse, sofern dieses Untersuchungsergebniß richtig sei, der von ihm gelieferte Wein im Keller des Beklagten eine Veränderung erlitten haben. Allein die Beweislast hiefür treffe den Kläger; es bestehe, wie sich arg. e contrario aus Art. 248 Absatz 2 des Obligationenrechtes ergebe, eine Präsumtion dafür, daß später hervortretende verborgene Mängel einer Waare schon bei der Empfangnahme derselben vorhanden gewesen seien; hier aber handle es sich um verborgene Mängel, welche schon bei Empfangnahme festzustellen der Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei. Einen Beweis, auch nur einen Wahr-

scheinlichkeitsbeweis dafür, daß der Wein im Keller des Beklagten verändert worden sei, habe der Kläger nicht erbracht; wahrscheinlicher sei im Gegentheil, daß der Wein schon beim Kläger, zwar nicht durch diesen selbst oder mit dessen Wissen, wohl aber durch seine Angestellten gefälscht worden sei. Diese Entscheidung beruht auf einer rechtsirrhümlichen Vertheilung der Beweislast. Es ist richtig, daß, sofern die Waare vom Empfänger von vornherein als nicht vertrags- oder gesetzmäßig zurückgewiesen wird, der Verkäufer deren Empfangbarkeit zu beweisen hat. Ist aber die Waare einmal als vertragsmäßiger Leistungsgegenstand in Empfang genommen worden, so dreht sich die Beweislast um; wenn nunmehr der Empfänger klage- oder einredeweise Ansprüche wegen Sachmängeln, insbesondere einen Preisminderungsanspruch, geltend machen will, so hat er das Vorhandensein der behaupteten Mängel und zwar deren Vorhandensein zur maßgebenden Zeit (d. h. zur Zeit des Vertragsabschlusses, der Versendung oder der Uebergabe), zu beweisen; denn er negirt in diesem Falle nicht den Klagegrund (die Vertragserfüllung), sondern macht einen auf die mangelhafte Beschaffenheit der gegnerischen Leistung begründeten selbständigen Anspruch geltend, dessen thatsächliche Grundlage er darzutun hat. Eine Präsumtion des vom Vorderrichter behaupteten Inhaltes stellt das Gesetz nicht auf; aus Art. 248 Absatz 2 D.-R. ist sie nicht abzuleiten. Allerdings legt diese Gesetzesbestimmung dem Käufer den Beweis dafür, daß die behaupteten Mängel schon zur Zeit der Empfangnahme vorhanden gewesen seien, als ein besonderes, auf die Unterlassung gehöriger Feststellung des Thatbestandes gesetztes, Präjudiz auf. Allein dies erklärt sich einfach daraus, daß in denjenigen Fällen, auf welche Art. 248 Absatz 2 sich bezieht, die Beweislast an sich nicht den Käufer, sondern vielmehr den Verkäufer treffen würde. Denn Art. 248 Absatz 2 bezieht sich wie sein Zusammenhang mit Article 1 ibidem zeigt, auf den Fall, wo der Käufer eine übersandte Waare von Anfang an als nicht empfangbar zurückweist. Die vom Vorderrichter gezogene Folgerung, sofern nicht Art. 248 Absatz 2 zutreffe, brauche der Käufer nicht zu beweisen, daß verborgene Mängel schon zur Zeit der Empfangnahme vorhanden gewesen seien, ist also nicht stichhaltig. Liegt aber demnach dem Beklagten der Beweis dafür ob, daß der

Wein vom Kläger unreal sei geliefert worden, beziehungsweise im Zeitpunkt der Lieferung und Empfangnahme unreal gewesen sei, so ist dieser Beweis nicht erbracht, und kann auch durch die vom Beklagten heute eventuell anerborenen Beweise nicht erbracht werden. Nach der thatsächlichen Entscheidung des Vorderrichters steht zwar fest, daß die vom Kantonschemiker untersuchten Weinstuster nicht realen Naturwein enthielten; allein nicht bewiesen und, da die Muster, (ebenso wie anscheinend der Wein selbst) nicht mehr vorhanden sind, auch nicht mehr zu erweisen, ist, daß die untersuchten Muster wirklich unveränderte Proben derjenigen Weine enthielten, welche vom Kläger dem Beklagten waren geliefert worden. Der Beklagte hatte früher, in dem Polizeiprozesse, selbst Zweifel darüber geäußert, indem er auf die Möglichkeit einer Verwechslung der Proben hinwies. Er hat sich nun die Führung des ihm obliegenden Beweises selbst dadurch verunmöglicht, daß er einerseits über die gelieferten Weine ohne weiters verfügte, andererseits nicht rechtzeitig dafür Sorge trug, daß die der chemischen Untersuchung unterstellten Proben auch aufbewahrt werden.

8. Ist somit die Preisminderungseinrede des Beklagten zu verwerfen, so muß die gleiche Entscheidung aus den in Erw. 7 ausgeführten Gründen um so viel mehr natürlich auch in Betreff desjenigen Widerklagsanspruches des Beklagten Platz greifen, welcher auf die Unrealität des gelieferten Weines sich stützt. Es muß im Fernern auch der Anspruch des Beklagten auf Ersatz von Kosten u. s. w. des Polizeiprozesses, so weit er nicht vom Kläger freiwillig anerkannt ist, abgewiesen werden. Denn, wie sich aus dem oben ausgeführten ergibt, ist es nicht richtig, daß der Beklagte in fraglichem Prozesse lediglich die Geschäfte des Klägers geführt habe und von diesem die betreffenden Auslagen von Rechtswegen zurückfordern könne. Wenn sodann allerdings richtig ist, daß der Kläger versprochen hat, den Beklagten in dieser Angelegenheit finanziell und moralisch zu unterstützen, so kann auch dies jedenfalls nicht dazu führen, dem Beklagten einen höhern Betrag zuzusprechen, als denjenigen, welchen der Kläger freiwillig anerkannt hat. Denn es ist doch klar, daß der Kläger das fragliche Versprechen nur unter der Voraussetzung gab, daß der Beklagte die Angelegenheit im Sinne angemessener Wahrung der

Klägerischen Rechte und Interessen durchführe. Daran aber hat es der Beklagte, welcher nach der Publikation der Bußenurtheile plötzlich sich gegen den Kläger wendete, es auch veräußerte, für Aufbewahrung der amtlich untersuchten Proben Sorge zu tragen, wodurch eventuell eine Ueberprüfung der Untersuchung des Kantonschemikers möglich geworden wäre, u. s. w., durchaus fehlen lassen.

9. Dagegen ist der Widerklageanspruch insoweit prinzipiell begründet, als er Vergütung von Provisionen auf Geschäften fordert, welche vom Kläger während der Vertragszeit in vertragswidriger Weise direkt mit schweizerischen Kunden gemacht wurden, ohne daß dem Beklagten seine vertragsmäßige Provision gutgeschrieben worden wäre. Allein es ist nun, in Abweichung von der Auffassung des Vorderrichters, grundsätzlich davon auszugehen, daß der Kläger schon vom 6. und nicht erst vom 20. Dezember 1887 an berechtigt war, den Vertrag mit dem Beklagten als aufgehoben zu behandeln und den Verkehr mit dem Beklagten nicht weiter fortzusetzen. Allerdings hat der Kläger nach Empfang des Briefes des Beklagten vom 6. Dezember den Vertrag vom 15. April 1887 nicht förmlich gekündigt (was er übrigens vor dem Prozesse überhaupt nicht gethan hat); allein das durch den Brief vom 6. Dezember 1887 Bethätigte Verhalten des Beklagten war ein derartiges, daß danach der Kläger den Vertrag ohne weiteres als aufgelöst betrachten durfte. Denn in dem Briefe vom 6. Dezember erklärt der Beklagte, er werde durch ein Inserat öffentlich erklären, er habe mit dem Kläger wegen konstatirter Weinpantischerei alle Verbindung abgebrochen, sofern ihm nicht eine angemessene bedeutende Entschädigung sofort zugesichert werde; nur wenn ihm ein solches bedeutendes Schweigegeld gewährt werde, werde er sich dazu hergeben, durch Opferung seines Namens das Ansehen des Klägers zu retten, u. s. w. Er legte dabei noch insbesondere dar, daß er wohl wisse, wie der Kläger in seiner Stellung durch das angebrohte Verfahren empfindlich müsse getroffen werden, u. s. w. Nach diesem, moralisch durchaus verwerflichen, Auftreten des Beklagten konnte dem Kläger die Fortsetzung des auf gegenseitiges Vertrauen begründeten Vertragsverhältnisses mit dem Beklagten nicht mehr zugemuthet werden,

sondern durfte er ohne weiters davon ausgehen, der Beklagte selbst betrachte den Vertrag von Stunde an als aufgelöst, sofern wenigstens der Kläger sich, — was dann in der Folge nicht geschah, — nicht dazu herbeilasse, das geforderte Schweigegeld zu bezahlen. Nachdem der Beklagte einmal die Erklärung vom 6. Dezember 1887 abgegeben hatte, konnte er vom Kläger die fernere Erfüllung des Vertrages nicht mehr verlangen, sondern war Kläger an denselben nicht mehr gebunden. Daher fallen denn alle erst seit dem 6. Dezember 1887 geschehenen direkten Weinlieferungen des Klägers außer Betracht. Danach kann aber der in Rede stehende Anspruch des Klägers nur in Betreff derjenigen zwei Lieferungen (an Gebrüder Kuster in Schmerikon) für begründet erachtet werden, in Betreff welcher der Kläger die Provisionsforderung mit 218 Fr. 64 Cts. nicht mehr bestreitet. Von den übrigen vom Vorderrichter berücksichtigten Lieferungen nämlich sind eine fernere Lieferung an Kuster, eine solche an J. Rohner in Buchs, sowie an Bahnhofrestaurateur Rutsch daselbst festgestelltermäßig erst seit dem 6. Dezember 1887 erfolgt und auch rückichtlich der weitem vom Vorderrichter in Betracht gezogenen Lieferungen (eine Lieferung an Steinmann in St. Gallen und zwei Lieferungen an F. Weißhaar daselbst) ist nicht bewiesen, daß dieselben vertragsmäßig der Provisionsberechtigung des Beklagten unterstehen. Vielmehr ergibt sich rückichtlich der Lieferung an Steinmann aus der Faktur und dem Briefe des Steinmann vom 31. Dezember 1887 (s. Akt. 52 e und die beigelegte Kopie der Faktur), daß dieselbe schon vor dem 1. Juli 1887 bestellt war, also vertragsmäßig der Beklagte davon keine Provision zu fordern hatte, und rückichtlich der ersten Sendung an F. Weißhaar gilt (nach der Akt. 52 e beigehefteten Fakturakopie) das gleiche, während rückichtlich der zweiten, am 15. November 1887 bestellten, Sendung an Weißhaar nicht bewiesen ist, daß dieselbe vor der Auflösung des Vertrages (am 6. Dezember 1887) sei gemacht worden.

10. Da nach dem Ausgeführten dem Beklagten eine über die klägerischerseits anerkannten Beträge hinausgehende Entschädigung nicht zuzusprechen ist, so fällt die eventuelle klägerische Gegenforderung von 1000 Fr. dahin.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf die Weiterziehung des Klägers wird, soweit dieselbe sich gegen das Erkenntniß des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich vom 16. September 1889 richtet, nicht eingetreten. Dagegen wird die klägerische Weiterziehung, soweit sie sich gegen das Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich richtet, dahin als begründet erklärt, daß der Beklagte in Abänderung der Dispositive 2 und 4 dieses Urtheils verpflichtet wird, dem Kläger für den gelieferten Wein 1546 Fr. 65 Cts. (eintausend fünfhundert sechs und vierzig Franken fünf und sechzig Rappen) nebst Zins zu sechs Prozent seit 15. Dezember 1887 zu bezahlen, die Widerklage dagegen (soweit ihr nicht durch die Entscheidung über die Hauptklage Rechnung getragen ist) abgewiesen wird.

111. Urtheil vom 9. November 1889 in Sachen
Braunschweig gegen Suter.

A. Durch Urtheil vom 7. Juni 1889 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt:

1. Der Beklagte ist schuldig, an den Kläger 28,248 Fr. 85 Cts. nebst Zins zu 6 % seit 30. März 1889 zu bezahlen;
2. Die Staatsgebühr ist auf 400 Fr. festgesetzt;
3. Die Kosten des Prozesses sind vom Beklagten zu tragen.
4. Derselbe hat den Kläger im Ganzen mit 150 Fr. prozessuallich zu entschädigen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht, indem er den Antrag anmeldete: Es sei die Klage des E. Suter dahier gänzlich abzuweisen, unter Kosten und Entschädigungsfolge. Bei der heutigen Verhandlung wiederholt der Vertreter des Beklagten diesen Antrag, indem er die vor der kantonalen Instanz gestellten Beweisanträge aufrecht hält; er erklärt, daß er in quantitativer Beziehung die vorinstanzlich von ihm bestrittenen Provisionsberechnungen des Klägers nicht mehr beanstande.

Der Vertreter des Klägers und Rekursbeklagten trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung des angefochtenen Urtheils unter Kosten und Entschädigungsfolge an; eventuell wäre eine Aktenvervollständigung zu veranstalten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Beklagte, welcher als Inhaber eines Feilhandels und Effektengeschäftes im Handelsregister eingetragen ist, stand seit längerer Zeit mit dem Kläger, welcher das Bankiergewerbe betreibt, in Geschäftsverbindung, indem er durch denselben als Kommissionär Ein- und Verkäufe von Werthpapieren auf den Plätzen Zürich und Paris vornehmen ließ. Die Geschäftsabschlüsse in Zürich erfolgten nach den Statuten und Usanzen der Zürcher Effektenbörse, diejenigen auf dem Plage Paris nach den Usanzen der Pariser Börse. Im Februar 1889 waren in Zürich für den Beklagten 75 Stück Nordostbahn-Stammaktien, 25 eidgenössische Bank-Aktien, 50 Schweizer Unionbank-Aktien auf Ende März reportirt worden. In Paris hatte der Kläger laut seiner auf Ende Februar aufgestellten Abrechnung für den Beklagten 100 Stück Rio Tinto- und 200 Crédit Lyonnais-Aktien gekauft und reportirt, aus welchem Geschäfte sich ein Saldo zu Gunsten des Klägers von 6470 Fr. 85 Cts. oder, nach Abrechnung einer dem Beklagten am 5. März 1889 gutgeschriebenen Zahlung von 5000 Fr., ein solcher von 1470 Fr. 85 Cts. ergab. Laut Rechnungsabluß auf 15. März 1889 hat der Kläger ferner für den Beklagten in Paris ein Reportgeschäft auf Ende März über 200 Aktien Crédit Lyonnais und 100 Lombard abgeschlossen, aus welchem sich ein Saldo von 12,257 Fr. 60 Cts. zu Gunsten des Klägers ergab. Bei Uebermittlung dieses Rechnungsabchlusses (mit Schreiben vom 15. März 1889) bemerkte der Kläger, daß er leßtern Betrag bis morgen Vormittag erwarte. Schon früher, so mit Briefen vom 7. und 11. März, hatte der Kläger, welchem seinerseits von seinem Pariser Agenten Deckung abverlangt worden war, auf die eingetretene Baïsse hinweisend, vom Beklagten Deckung verlangt, zuerst im Betrage von 5000 Fr., später in der Höhe von 10,000 und schließlich von 20,000 Fr. und zuletzt angedroht, daß er sonst die Position in Paris liquidiren müsse. Auf diese verschiedenen Zuschriften blieb der Kläger ohne Antwort.