

cord avec l'intention réelle des deux parties. Il n'est toutefois aucunement démontré qu'il en ait été ainsi, et le contraire résulte des constatations du jugement cantonal relatives au contenu du contrat.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté et le jugement rendu par la Cour civile de Vaud le 22 Novembre 1889 est maintenu tant au fond que sur les dépens.

25. Urtheil vom 8. Februar 1890 in Sachen
Barckhausen & Cie. gegen Thiery.

A. Durch Urtheil vom 5. Dezember 1889 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Es wird das erstinstanzliche Urtheil bestätigt. Kläger Appellanten tragen ordentliche und außerordentliche Kosten zweiter Instanz mit einer Urtheilsgelbühr von 40 Fr. Das Urtheil des Civilgerichtes Baselstadt vom 5. November 1889 ging dahin: Beklagter ist bei seiner Erklärung behaftet, daß er die ihm von den Klägern hier zur Verfügung gestellten 200 Zentner ungarischen Tabaks Nr. 13, unter Vorbehalt seines Prüfungsrechtes hinsichtlich Qualität und Gewicht, in Empfang zu nehmen, und mit 15 Pfennig, beziehungsweise dem entsprechenden Betrag in hiesiger Währung zum Tageskurs per Pfund Netto zu bezahlen hat, Werth 6 Monate nach Rechtskraft des Urtheils, und zuzüglich 230 Fr. Differenz der Frachtaufsätze Pest-Marseille und Basel-Marseille. Mit ihren weiteren Begehren sind die Kläger abgewiesen. Kläger tragen die ordinären Kosten des Prozesses.

B. Gegen das appellationsgerichtliche Urtheil ergriff die Klägerin die Weiterziehung an das Bundesgericht. Beim heutigen Vorstande erklärt der Vertreter des Beklagten und Rekursbeklagten vor Eröffnung der Verhandlung in der Hauptsache, daß er die

Kompetenz des Bundesgerichtes bestreiten werde. Das Gericht beschließt indeß, es seien Kompetenzfrage und Hauptfrage in Einem Vortrage zu erörtern. Hierauf stellt der Anwalt der Klägerin und Rekurrentin unter eingehender Begründung den Antrag: Es sei, in Abweisung der gegnerischen Kompetenzeinrede und in Aufhebung der vorinstanzlichen Urtheile, gemäß dem Klagebegehren zu erkennen: Beklagter sei zu Haltung des im Oktober 1888 mit der Klägerin über 200 Zentner Tabak abgeschlossenen Kaufvertrages und demgemäß zur Bezahlung von 4290 Fr. 30 Cts. Werth 30 Juni 1889, nebst Verzugszins zu 5 % von diesem Tage an ab 3467 Fr. 25 Cts. und ab 823 Fr. 05 Cts. vom Tage der Klage an und aller für Lagerung des Tabaks im Lagerhause der Schweizerischen Centralbahn dahier erwachsenden Spesen zu verfallen, protestando gegen sämtliche Prozeßkosten. Der Vertreter des Beklagten dagegen beantragt: Das Bundesgericht wolle sich zu Beurtheilung der gegnerischen Beschwerde inkompetent erklären, eventuell es wolle dieselbe abweisen und das vorinstanzliche Urtheil bestätigen, unter Kostenfolge. Er bemerkt im Weiteren, es sei jedenfalls unstatthaft, wenn die Gegenpartei heute einfach ihr ursprüngliches Rechtsbegehren wiederhole, denn sie habe bereits vor erster Instanz anerkannt, daß sie Zahlung nicht in Frankensondern in Markwährung, entweder effektiv oder in Franken zum Tageskurs, zu fordern habe. In seiner Replik, in welcher er im Uebrigen die gestellten Begehren aufrecht hält, giebt der klägerische Anwalt letzteres zu; die Berechnung der Kaufsumme in Frankensstatt in Markwährung sei ein Irrthum.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im Oktober 1888 schloß die klägerische Firma Gd. Barckhausen & Cie. in Bremen mit dem Beklagten, Tabakfabrikanten J. Thiery in Basel, einen Vertrag ab, wodurch sie demselben circa 200 Zentner ungarischen Tabak Nr. 13 à 15 Pfennig verkaufte „frei ab Pest, Mitte Dezember per Bahn zu verladen, Ziel 6 Monate vom 31. Dezember 1888 ab.“ Am 21. November 1888 beauftragte die Klägerin das baslerische Speditionshaus J. Wild, den verkauften Tabak Mitte Dezember ab Pest für den Käufer zu verladen. Trotz wiederholter Aufforderungen sowohl seitens dieses Spediteurs als seitens der Verkäuferin er-

theilte aber der Käufer bis Mitte Dezember 1888 keine Dispositionen über die Versendung der Waare, speziell deren Bestimmungsort; noch am 26. Dezember erklärte er dem Spediteur Wild, er wolle den Tabak nicht nach Basel beziehen und werde überhaupt erst in einigen Tagen darüber einen Entschluß fassen, wohin derselbe versandt werden solle. Da nun von Budapest aus bei der Verkäuferin sofortige Disposition über den zur Versendung bereit liegenden Tabak verlangt wurde, vom Käufer aber eine Instruktion für den Versandt immer noch nicht zu erlangen war, so ließ der Spediteur Wild am 28. Dezember im Auftrage der Klägerin den Tabak in Budapest mit der Bestimmung nach Romanshorn verladen. Am gleichen 28. Dezember schrieb und telegraphirte aber der Beklagte der Klägerin, sie solle den Tabak zur Disposition des Spediteurs Charles de Jean Preiswerk in Basel stellen und Wild sofort telegraphisch anweisen, den Tabak nicht nach Romanshorn zu verladen, er (Beklagter) gebe demselben eine andere Richtung; die Disposition folge heute brieflich. Die Klägerin forderte hierauf den Beklagten auf, er möge sofort dem Spediteur Wild, falls es nicht zu spät sei, eine bezügliche Disposition ertheilen. Nach der Erklärung des Spediteurs Wild war aber eine veränderte Disposition nicht mehr möglich, weil der Tabak bereits per Eisenbahn nach Romanshorn abgegangen sei. In Romanshorn verweigerte der Spediteur des Beklagten die Annahme des Tabaks; die Klägerin ließ daher die Waare weiter nach Basel transportiren, wo sie dem Beklagten, belastet mit 823 Fr. 05 Cts. Zoll und Frachtspeisen, angeboten wurde. Der Beklagte verweigerte indeß die Annahme, weil der Erfüllungsort Budapest und nicht Basel und die Waare an letzterem Orte für ihn nicht verwendbar sei; in einem Schreiben vom 19. Januar 1889 erklärte er, er gebe zwar zu, daß er in Verzug gekommen sei und nicht rechtzeitig über die Waare verfügt habe; allein das habe die Verkäuferin nicht berechtigt, die Waare eigenmächtig nach Basel zu instradiren; nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wäre sie nur berechtigt gewesen, dieselbe in Budapest auf seine Rechnung und Gefahr einzulagern. Da die Tabake nach Marseille bestimmt seien, so könne er keinen andern Vorschlag zu Güte machen als den, daß die Verkäuferin die Frachtdifferenz Budapest-Marseille und

Budapest-Basel, Basel-Marseille zu übernehmen habe. In Folge der Annahmeverweigerung des Beklagten wurde die Waare im Lagerhause der Centralbahn in Basel eingelagert und es erhob die Verkäuferin gegen den Käufer am 21. Februar 1889 gerichtliche Klage. Mit derselben forderte sie:

1. Als Kaufspreis der 57 Ballen ungarischen Tabak laut Faktur 2773 Mt. 80 Pfg. 3467 Fr. 25 Cts.

(Werth Ende Juni 1889)

2. Betrag der Spesen für den Transport des Tabaks von Budapest nach Basel 823 „ 05 „
Total 4290 Fr. 30 Cts.

nebst Zins zu 5% ab 823 Fr. 05 Cts. seit dem Tage der Klage; überdem sei der Beklagte für alle durch seine Annahmeverweigerung im Basler Lagerhause entstandenen Lagerpesen haftbar zu erklären. Der Beklagte erklärte, er sei bereit, den Vertrag zu erfüllen, dagegen lehne er es ab, für die Folgen des vertragswidrigen Handelns der Klägerin aufzukommen. Obschon er vertragsmäßig die Waare nur in Budapest zu übernehmen brauchte, so sei er doch, um der Verkäuferin den Rücktransport an den Erfüllungsort zu ersparen, bereit, die Waare in Basel abzunehmen. Die Transportpesen Pest-Basel ebenso wie die in Basel erwachsenen Lager- und Versicherungspesen und dergleichen berühren ihn nicht; doch sei er immerhin bereit, die Differenz der Frachtaufäge Pest-Marseille und Basel-Marseille mit 230 Fr. zu vergüten. Da ihm nur gegen Bezahlung der Frachtspeisen Zutritt zu der Waare habe gegeben werden wollen, so sei er bisher nicht in der Lage gewesen, Gewicht und Qualität derselben zu prüfen, in beiden Richtungen müsse er sich sein Prüfungsrecht vorbehalten. Was speziell das Gewicht anbelange, so hafte er bloß für das nach Austrag des Prozesses respektive bei der Abnahme zu konstatirende Gewicht: bis dorthin eintretender Decalo treffe die Verkäuferin, die seit 28. Dezember durch ihr rechtswidriges Fortschaffen der Waare vom Erfüllungsorte in Verzug gekommen sei. Da letztere die Ablieferung verweigere und dieselbe erst nach Austrag der Sache erfolgen könne, so sei der Kaufpreis erst 6 Monate nach der wirklich erfolgten Lieferung zahlbar respektive verzinslich. Denn nach Vertrag sei die Waare sechs Monate nach

Fakturirung und Ablieferung zahlbar gewesen. Endlich habe die Fakturirung in Markwährung zu geschehen und daher die Zahlung in dieser Währung oder in Franken zum Tageskurse zu erfolgen (nicht aber zum Kurse von 1 Fr. 25 Cts.). Die Vorinstanzen haben übereinstimmend den Beklagten bei seinem Zugeständnisse behaftet, im Uebrigen dagegen die Klage abgewiesen.

2. Die vom Beklagten aufgeworfene Kompetenzeinrede ist damit begründet worden, es sei der gesetzliche Streitwerth nicht gegeben. Der Beklagte habe bereits vor erster Instanz anerkannt, daß er gehalten sei, den Vertrag zu erfüllen und demnach (vorbehältlich seines Prüfungsrechtes) den Kaufpreis mit 2773 Mk. 80 Pfg. zu bezahlen; streitig sei von Anfang an bloß gewesen, wer die Folgen der vertragswidrigen Wegführung der Waare vom Erfüllungsorte zu tragen, insbesondere für Fracht- und Lagerspesen zc. aufzukommen habe. Diese Beträge erreichen aber den gesetzlichen Streitwerth bei weitem nicht. Diese Einwendung wäre begründet, wenn der Beklagte den Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises, so wie er eingeklagt war, anerkannt und nur die Verpflichtung zu Bezahlung der Fracht- und Lagerspesen bestritten hätte. Allein dem ist nun eben nicht so. Allerdings giebt der Beklagte zu, daß er verpflichtet sei, den Kaufvertrag zu erfüllen; allein während die Klägerin aus diesem Vertrage einen präsenten, auf 30. Juni 1889 fällig werdenden, Anspruch auf sofortige Bezahlung des Kaufpreises ableitet, bestrittet der Beklagte den Bestand eines solchen Anspruches und räumt nur ein, daß er 6 Monate nach Ablieferung der Waare respektive nach der Rechtskraft des Urtheils den Kaufpreis insofern und insoweit zu bezahlen habe, als die Waare sich bei vorgenommener Prüfung als empfangbar herausstelle. Im Streite liegt also nicht nur die Verpflichtung zum Erlaße der Fracht- und Lagerspesen, sondern auch der eingeklagte Kaufpreisanspruch; nicht nur erstere, sondern auch letzterer bildet den Streitgegenstand. Denn eine Forderung ist ja nicht nur dann eine bestrittene, wenn der Beklagte behauptet, überhaupt nichts zu schulden, sondern auch dann, wenn er geltend macht, er sei bloß bedingt oder betagt verpflichtet; auch in diesem Falle bestrittet der Beklagte den eingeklagten Anspruch als einen präsenten seinem ganzen Umfange nach. Danach ist

denn hier der gesetzliche Streitwerth gegeben. Im Uebrigen liegen die sämtlichen Voraussetzungen der bundesgerichtlichen Kompetenz vor. Insbesondere ist, was einzig noch könnte in Zweifel gezogen werden, anzunehmen, daß die Sache nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilen sei. Da von keiner Seite auf fremdes (ungarisches oder deutsches) Recht irgend ist Bezug genommen worden, so ist davon auszugehen, die Parteien gehen über die Anwendbarkeit des einheimischen, schweizerischen, Rechtes auf das streitige Rechtsverhältniß einzig, ob schon sie dies allerdings nicht ausdrücklich erklärt, insbesondere keine Gesetzesbestimmungen angeführt haben.

3. In der Sache selbst steht fest und ist nicht mehr bestritten, daß nach dem Vertrage der Erfüllungsort für den Verkäufer Budapest, die Erfüllungszeit Mitte Dezember 1888 war, so daß bis Mitte Dezember der Käufer dem Verkäufer die Dispositionen zu erteilen hatte, wohin letzterer die von ihm am Erfüllungsorte zu verladende Waare abzusenden habe. Ebenso ist aber von den Vorinstanzen festgestellt, daß der Verkäufer die Versandtordre des Käufers abzuwarten hatte und die Abrede nicht etwa dahin ging, in Ermangelung besonderer gegentheiligter Instruktionen des Käufers sei die Waare nach Basel als dem Orte des Wohnsitzes und der Handelsniederlassung des Käufers zu versenden oder doch der Verkäufer zu einer solchen Versendung berechtigt. Demnach ist aber klar einerseits, daß der Käufer dadurch, daß er bis Mitte Dezember 1888 trotz wiederholter Aufforderung über die Waare nicht disponirte, in Annahmeverzug gerieth, andererseits aber daß auch der Verkäufer nicht berechtigt war, nach Eintritt des Annahmeverzuges die Waare eigenmächtig vom Erfüllungsorte weg nach Romanshorn und später nach Basel zu spediren und dort, belastet mit den erlaufenen Frachtspesen u. s. w., dem Käufer anzubieten. Der Käufer hat ungerechtfertigterweise die Vornahme ihm obliegender Vorbereitungs-handlungen, ohne welche der Verkäufer zu erfüllen nicht im Stande war, verweigert und ist demnach gemäß Art. 106 D.-R. in Annahmeverzug gekommen. Danach war der Verkäufer berechtigt, gemäß Art. 107 D.-R. die Waare auf Gefahr und Kosten des Käufers zu hinterlegen und sich dadurch von seiner Verbindlichkeit zu befreien, geeignetenfalls auch gemäß Art. 108

D.-R. den Verkauf der Waare zu bewirken. Dagegen berechtigte ihn der Annahmeverzug des Käufers nicht, nunmehr die Waare an einen andern Ort als den vertragmäßigen Erfüllungsort zu schaffen und dem Käufer dort anzubieten. Denn ein derartiges Recht des Schuldners knüpft das Gesetz an den Annahmeverzug des Gläubigers nicht; die Erfüllungsurrogate, zu welchen der Schuldner im Falle des Annahmeverzuges des Gläubigers greifen darf, sind im Gesetze limitativ bestimmt. Der Gläubiger muß, nachdem er in Annahmeverzug gerathen ist, es sich wohl gefallen lassen, daß der Schuldner sich durch Hinterlegung, geeignetenfalls durch Selbsthilfeverkauf, befreie; dagegen ist er, sofern der Schuldner dies nicht thut, berechtigt, trotz seines Verzuges vertragmäßige Leistung also auch Leistung am Erfüllungsorte zu verlangen und braucht die Leistung nicht an einem andern Orte, wo sie für ihn vielleicht völlig unbrauchbar ist, anzunehmen. Danach muß denn die Klägerin die Kosten, welche durch den unberechtigten Transport der Waare nach Romanshorn und Basel entstanden, als durch ihr eigenes vertragswidriges Verhalten verursacht, an sich selbst tragen. Indem ferner die Verkäuferin, nachdem der Käufer schließlich, wenn auch verspätet, seine Disposition über die Waare erteilt hatte und damit sein Annahmeverzug wegfiel, diesen Dispositionen keine Folge gab, sondern gegenheils die Waare nur gegen Bezahlung der durch den vertragswidrigen Transport entstandenen Spesen herausgeben wollte, ist sie ihrerseits mit ihrer Leistung in Verzug gerathen. Danach erscheint es denn auch als gerechtfertigt, daß durch die Vorinstanzen dem Käufer sein Prüfungsrecht der Waare gewahrt worden ist (von dem er dann aber auch nach seiner eigenen Erklärung nunmehr unverzüglich und zwar in Basel Gebrauch zu machen hat) und daß die Zahlbarkeit des Kaufpreises auf 6 Monate nach Rechtskraft des Urtheils hinausgeschoben worden ist. Nach dem Bemerkten wurde eben seit dem Wegfall des Annahmeverzuges des Käufers die Abnahme und Prüfung der Waare durch den Verzug der Verkäuferin (deren Weigerung, die Waare anders als gegen Bezahlung der Transport- u. s. w. Spesen herauszugeben) verhindert. Es muß daher dem Käufer sein Prüfungsrecht vorbehalten werden und hatte auch eine Hinausschiebung der Zahl-

barkeit des Kaufpreises Platz zu greifen. Denn, wie die Vorinstanzen offenbar annehmen, war letzterer, nach Sinn und Geist des Vertrages 6 Monate nach Lieferung respektive nach Empfang der Waare zahlfällig, der Zahlungstermin, 6 Monate vom 31. Dezember 1888 an, in diesem Sinne stipulirt. Wenn nun die Lieferung durch den Verzug der Verkäuferin verzögert worden ist, so muß demnach die Zahlbarkeit des Kaufpreises entsprechend verschoben werden.

4. Von der Entscheidung, daß die Verkäuferin Ersatz der durch den eigenmächtigen Transport der Waare nach Basel verursachten Kosten nicht verlangen kann, wäre allerdings dann abzugehen, wenn dem Käufer durch diesen Transport entweder Fracht- oder sonstige Auslagen, die er unter allen Umständen gehabt hätte, erspart worden wären oder wenn die sofortige Wegschaffung der Waare vom Erfüllungsorte durch das Interesse des Käufers unbedingt wäre geboten gewesen. In ersterem Falle würde sich der Beklagte auf Kosten der Klägerin ungerechtfertigt bereichern; in letzterem Falle dürfte die Klägerin nach dem Rechte der Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 472 D.-R. zu einer Schadenersatzforderung berechtigt sein. Allein der Beklagte hat nun freiwillig anerkannt, daß er die Frachtdifferenz Budapest-Marseille und Basel-Marseille zu übernehmen habe. Durch den eigenmächtigen Transport der Waare nach Basel sind ihm aber, nachdem er Marseille zum Bestimmungsort der Waare erklärt hat, Frachtauslagen jedenfalls nur bis zur Höhe dieser Differenz erspart worden und es kann somit, nachdem Beklagter diese Differenz übernommen hat, von einer Bereicherung desselben nicht mehr die Rede sein. Daß sodann die sofortige Wegschaffung der Waare vom Erfüllungsorte Budapest Ende Dezember 1888 im Interesse des Käufers unbedingt geboten gewesen sei, hat die Klägerin wohl, unter Berufung auf die ungarische Tabaksteuergesetzgebung, behauptet. Allein der Beweis hiefür, der Beweis, daß nach der ungarischen Tabaksteuergesetzgebung der Tabak entweder überhaupt nicht oder doch nicht unversteuert länger in Budapest habe belassen werden dürfen, ist ihr gänzlich mißlungen. Es ist also auch ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß Art. 472 D.-R. nicht begründet. Der Umstand, daß die Klage-

rin geglaubt haben mag, durch den Transport nach Romanshorn die Interessen des Käufers zu wahren und dessen Absichten entgegenzukommen, genügt zu Begründung eines solchen Anspruches nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes nicht.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung der Klägerin wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem Urtheile des Appellationsgerichtes des Kantons Baselftadt vom 5. Dezember 1889 sein Bewenden.

26. *Sentenza del 14 febbraio 1890, nella causa Boschetti contro Ballinari e Zarri.*

A. Con sentenza 13 novembre 1889, comunicata alle parti il giorno 5 del successivo dicembre, il Tribunale di appello del cantone Ticino pronunciava:

« 1° Salvo ogni diritto di regresso fra loro, i signori Ballinari e Zarri, convenuti col libello 16 febbraio 1887, sono condannati solidariamente verso ed a favore della signora Giuseppa vedova fu Giuseppe Boschetti, per sè e quale curatrice dei propri figli minorenni Maria, Giorgio e Cristina, al risarcimento dei danni, spese ed interessi loro dovuti in conseguenza dell'uccisione del nominato Giuseppe Boschetti, rispettivo marito e padre; quali danni vengono determinati come segue:

» a) Per spese funerarie, incomodi, viaggi, competenze, assistenza al processo, sia della vedova che del concuttore, spese di atti, grida, inventario, ecc. e spese di patrocinio nel processo penale, franchi 1200 coll'interesse legale dalla intimazione del libello, ossia dal 16 febbraio 1887;

» b) Gli stessi Ballinari e Zarri pagheranno inoltre agli eredi Boschetti, nella qualità come sopra, franchi 200 all'anno pel periodo di anni 15, a datare dal 1° gennajo

» 1886 in avanti, e ciò a compenso e piena tacitazione del danno loro derivato per la mancanza del sostegno di cui furono privati a causa dell'uccisione del pre nominato Giuseppe Boschetti.

» 2° In questo senso è confermato il libello 16 febbraio 1887 fatto intimare dagli eredi Boschetti a Ballinari e Zarri.

» 3° Il dispositivo 4° dell'appellata sentenza, relativo alle spese, è confermato.

» 4° Le spese del presente giudizio sono a carico dei convenuti Zarri e Ballinari, compensate le ripetibili in questa sede. »

B. Contro tale sentenza ricorreva con atto 21 dicembre 1889 il signor consigliere avvocato Natale Rusca, di Agno, nella sua qualità di procuratore della vedova e dei figli fu Giuseppe Boschetti, sulla scorta dell'art. 29 della legge federale sull'organizzazione giudiziaria, al tribunale federale, domandandogli « di riformarla e giudicare che i signori Ballinari e Zarri sono condannati a pagare a' suoi clienti attori, per risarcimento danni e rimborso spese, la somma di franchi 10 000, con protesta delle spese. »

C. Eguale dichiarazione di ricorso contro la surriportata sentenza d'appello insinuava il 24 stesso dicembre il signor avvocato Agostino Soldati, quale procuratore del signor Bernardo Ballinari, chiedendo « la riforma dei dispositivi 1°, 2°, 3° e 4° della medesima, nel senso delle conclusioni principali, od eventualmente delle subordinate, formulate innanzi il tribunale d'appello. »

L'altro convenuto, signor Zarri Pietro, attualmente degente in America, non ha fatto dichiarazione di sorta.

D. Nelle loro odierne arringhe i rappresentanti delle parti Boschetti e Ballinari attesero a motivare e sviluppare le conclusioni già formulate nei rispettivi atti di ricorso, insistendo precipuamente:

il signor avvocato Berdez, sulla domanda relativa all'equa indennità pecuniaria dovuta a' suoi clienti, in virtù dell'art. 54 C. O., indipendentemente dal risarcimento del danno