

retardée dans l'intérêt de celui-ci, de repousser ses prétentions en excipant du dol.

Dans son arrêt, la Cour cantonale n'a pas voulu dire autre chose, en déclarant, d'une part, que Villars était en droit de livrer le 31 Décembre, et, d'autre part, qu'il aurait dû, vu les circonstances de température, retarder son envoi.

5° Afin d'échapper à la responsabilité qui lui incombe du chef de son envoi intempestif et de la perte subie par le défendeur ensuite de la détérioration de la marchandise par le froid, constatée par les rapports d'expertise, le recourant conteste que lors de l'expédition du 31 Décembre 1892, la température ait été assez basse pour faire craindre une avarie du vin par le transport. Cette argumentation est contredite par l'instruction de la cause, d'où il résulte, d'une part, qu'à l'époque de l'envoi litigieux le thermomètre marquait environ 6 degrés centigrades au-dessous de zéro et qu'il descendit encore les jours suivants, et, d'autre part, qu'une pareille température est certainement de nature à exercer une influence délétère sur la qualité de la marchandise.

La preuve que le vendeur Villars n'ignorait pas ce danger ressort de sa lettre, du 22 Octobre 1892, à L'Hoste, par laquelle il déclare préférer expédier à celui-ci dès maintenant les fûts qu'il lui adresse à cette date, « à cause des fortes gelées qui peuvent survenir. »

L'allocation à L'Hoste, dans ces circonstances, d'une indemnité pour la dépréciation subie par le vin expédié imprudemment par Villars le 31 Décembre 1892, se justifie, dès lors, entièrement.

6° La détermination, par la Cour, des quantités de marchandises sur lesquelles doivent porter les dommages-intérêts, et la fixation du montant de ceux-ci s'appuient sur des constatations de fait définitives, sur lesquelles il y a d'autant moins lieu de revenir, qu'aucune des parties n'a recouru de ces chefs.

7° Il résulte de tout ce qui précède que c'est avec raison que la Cour d'appel a accordé au défendeur les fins de ses conclusions reconventionnelles dans la mesure indiquée, et

qu'il y a lieu dès lors de confirmer purement et simplement l'arrêt dont est recours.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours du sieur E. Villars est rejeté, et les arrêts rendus entre parties par la Cour d'appel et de cassation du canton de Berne, les 1^{er} Décembre 1893 et 2 Juin 1894, sont maintenus tant au fond que sur les dépens.

102. Urteil vom 22. September 1894 in Sachen
Maschinenfabrik Burckhardt gegen Geßler & Gysin.

A. Mit Urteil vom 2. Juli 1894 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Es wird das erstinstanzliche Urteil bestätigt.

Das erstinstanzliche Urteil lautet:

Die Klage ist abgewiesen. Klägerin wird als Widerbeklagte verurteilt:

1. Auf eigene Kosten den der Beklagten und Widerklägerin gelieferten hydraulischen Aufzug zurückzunehmen.
2. Den für den Aufzug hergestellten Schacht abzuschließen.
3. Der Beklagten und Widerklägerin 1101 Fr. 59 Cts. zu bezahlen.

B. Gegen das Urteil des Appellationsgerichtes erklärte die Klägerin und Widerbeklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht mit dem Antrag, es sei in Aufhebung des angefochtenen Urteils zu erkennen: Die Klägerin werde ermächtigt, die angebotene Änderung an dem streitigen Aufzug vorzunehmen, und es werde Beklagte für den Fall, daß der Aufzug gut und sicher funktioniere, zur Annahme desselben sowie zur Zahlung der eingeklagten Forderung von 3280 Fr. 60 Cts. verurteilt und mit ihrer Widerklage abgewiesen. Eventuell sei Beklagte zur Annahme des Aufzuges und zur Zahlung von 3280 Fr. 60 Cts. verurteilt und mit ihrer Widerklage abgewiesen.

Von den Beklagten wird Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagten haben im November 1892 bei der klägerischen Firma auf Grund eines ihnen nebst einer Zeichnung zugestellten Kostenschlages für ihre auf drei Stockwerke sich erstreckenden Magazine einen direkt wirkenden hydraulischen Aufzug für 200 Kilogramm Tragkraft und 10,83 Meter Hubhöhe bestellt, welcher ihnen dann im Januar 1893 geliefert wurde. Klägerin gab die Zusicherung, daß derselbe absolute Sicherheit bieten werde. Nun traten aber von Anfang an in der Reihenfolge des Auseinanderschiebens der beiden teleskopartig in einander eingeschobenen Hubröhren Unregelmäßigkeiten zu Tage, wobei ein Herausschlüpfen des innern Rohres zu befürchten war. Klägerin suchte durch Änderung der Stopfbüchsen und durch Anbringen eines Anschlagringes dem Übelstand abzuhelpen, allein ohne Erfolg. Es trat noch der neue Fehler hinzu, daß, wenn der Fahrstuhl im dritten Stockwerk hielt, das äußere Rohr circa zwei Meter, ja bis in das Erdgeschoß herunterfiel und heftig aufschlug, während das innere Rohr in die Höhe fuhr und den Fahrstuhl in die Höhe schenkte, wodurch der mit Ein- oder Ausladen beschäftigte Arbeiter schwer gefährdet wurde, zumal wenn er mit einem Fuß auf dem Fahrstuhl stand, oder wenn die zu ladende Kiste über den Fahrstuhl hinaus auf den Magazinboden hinüber reichte. Beklagte sah sich daher zunächst veranlaßt, den Aufzug nur zum Warentransport zu verwenden. Die hierauf von der Klägerin vorgenommene Belastung des innern Rohres mit Wasserfüllung half dem Übelstand nicht ab. Beklagte erklärte, bei der Gefährlichkeit der Sachlage für das bedienende Personal nehme sie den Aufzug nur an, wenn die Bewegung der Rohre eine regelmäßige sei, das Herunterfallen der Rohre nicht mehr vorkomme und der Aufzug nach Einstellung in den verschiedenen Stagen sich nicht selbst auf- und abwärts bewege. Klägerin brachte nun eine Metallbremse an, und als trotzdem das äußere Rohr neuerdings heruntergefallen war, nahm sie dieselbe wieder weg, setzte eine Hanfverpackung ein und versah den Anschlagring zur Abschwächung des Schlages mit einer Lederscheibe. Auf erneute Reklamation hin erklärte die Klä-

gerin, sie werde, da der Aufzug nun völlig gut und sicher funktioniere, keine Änderung mehr vornehmen; hierauf stellten ihr die Beklagten am 21. August 1893 das Werk zur Verfügung und erwirkten eine vorsorgliche gerichtliche Expertise. Der gerichtliche Experte, Ingenieur Mith, erklärte, der Aufzug sei dem Vertrage und dem Plane gemäß konstruiert und entspreche den Anforderungen, welche im Allgemeinen an einen solchen Aufzug gestellt werden, mit der Einschränkung, daß bei dem gegenwärtigen Zustand etwelche Gefahr für das bedienende Personal nicht ausgeschlossen sei. Auf den vom Experten gemachten Vorschlag hin verpackte die Klägerin die Stopfbüchsen durch Guttaperchastulpen, und brachte zur Reduktion des Schlages eine Gummipufferscheibe an; mit der vorgeschlagenen Beschwerung von 30 Kilogramm erreichte sie das vom Experten erwartete Resultat nicht; sie mußte den Rohrkolben mit 262 Kilogramm belasten. Diese Beschwerung erklärten nun aber die Beklagten als für den Betrieb sehr hinderlich, da sie je nach dem Wasserdrucke verkleinert oder vergrößert werden müsse; bei der geringsten Änderung des Wasserdruckes erreiche der Aufzug, da nun das doppelte Gewicht gehoben werden müsse, den dritten Stock nicht mehr. Klägerin stellte sich dagegen auf den Standpunkt, sie habe auf einen andern Wasserdruck, als wie er bisher bestanden, keine Rücksicht zu nehmen. Unter Berufung auf Expertise dafür, daß der Aufzug regelmäßig und sicher funktioniere und daß jede Gefahr nun beseitigt sei, verlangte sie gerichtliche Bezahlung des Werkes mit 3325 Fr. 60 Cts. nebst Prozeßzinsen. Die Beklagten verlangten Abweisung der Klage und widerklagsweise Verurteilung der Klägerin, den Aufzug zurückzunehmen, den Schacht abzuschließen, und ihnen die Auslagen für den Röhrenschacht mit 1101 Fr. 59 Cts. zu ersetzen. Sie behaupteten, eine Annahme könne ihnen nicht zugemutet werden, da in Folge der Anbringung der bedeutenden Gewichte vom ursprünglichen Plan allzuweit abgewichen worden, und zudem die Gefährlichkeit nicht beseitigt worden sei; alle bisherigen Reparaturen seien nur unzulängliche Nothelfe gewesen. Klägerin habe daher den frühern Zustand wiederherzustellen, und für die Auslagen der haultichen Veränderungen, welche der Aufzug verursacht habe, Ersatz zu leisten. Sollte der Mangel als ein minder

erheblicher angesehen, oder der Klägerin aus Gründen des Art. 358 Abs. 3 O.-R. die Entfernung nicht zugemutet werden, so möge die Rechnung derselben nach Anhörung von Sachverständigen reduziert werden. Klägerin entgegnete in der Antwort zur Widerklage, das Begehren auf Zurücknahme des Aufzuges sei, auch wenn derselbe unrichtig funktionieren würde, ungerechtfertigt, da der Aufzug auf Grund und Boden des Bestellers errichtet sei, und seiner Natur nach nur mit unverhältnismäßigen Nachteilen entfernt werden könnte (Art. 358 Abs. 3 O.-R.). Vertraglich sei übrigens die Anbringung von Gewichten nie ausgeschlossen worden, und sie sei der Herstellung einer schwereren äußern Röhre sogar vorzuziehen. Eventuell erklärte sich Klägerin bereit, unter Beseitigung der Gewichte in anderer Weise dafür zu sorgen, daß das Steigen der Röhre sich in bestimmter Reihenfolge vollziehe. Das Gericht veranlaßte neuerdings eine Expertise, und nahm an Ort und Stelle einen Augenschein über das Funktionieren des Aufzuges vor. Der Expertenbericht geht dahin, die Anbringung der Gewichte enthalte keine Abweichung vom Vertrag, da sie keinen wesentlichen Teil des Ganzen bilden. Allein trotz der Beschwerde vollziehe sich das Auseinanderschleppen der Röhre nicht regelmäßig. Der Aufzug leiste die vertraglich stipulierte Arbeit. Bei dem jetzigen Hilfsgewicht sollte der normale Wasserdruck bestehen bleiben; würden aber die Stopfbüchsen verbessert, so dürfte der Druck im städtischen Wasserleitungsnetz ohne Schaden um circa $1 \frac{1}{3}$ Atmosphäre abnehmen. Die Regulierung der Belastung je nach dem Wasserdruck sei lästig und zeitraubend, wenn täglich notwendig, nicht dagegen wenn nur einige Male per Jahr. Die mäßige Gefahr für das Betriebspersonal, welche in der ersten Expertise konstatiert worden sei, bestehe nahezu noch in gleichem Maße. Der gerichtliche Augenschein ergab, daß beim Heben einer 200 Kilogramm schweren Kiste in den ersten Stock das äußere Rohr mit hartem Aufschlagen auf den Ring in's Erdgeschoß hinunterfiel, und daß der Fahrstuhl in die Höhe schnellte, als ein Arbeiter im ersten Stock die Kiste auslud, wodurch die Kiste auf den Boden stürzte, und den Arbeiter in augenscheinlich schwere Gefahr brachte, da bei den engen Räumlichkeiten ein rasches Ausweichen nicht möglich war, und die Last leicht auf den Arbeiter

fallen, oder ihn zwischen Fahrstuhl und Schacht einklemmen konnte.

2. Da es sich um ein auf dem Grund und Boden des Bestellers errichtetes Werk handelt, ist das von den Beklagten geltend gemachte Recht des Heimrechtes an eine doppelte Voraussetzung geknüpft. Nicht nur ist der Nachweis erforderlich, daß das Werk an so erheblichen Mängeln leide, oder daß es sonst vom Vertrage so sehr abweiche, daß es für den Besteller unbrauchbar ist, oder daß ihm die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann, sondern es muß auch seiner Natur nach ohne unverhältnismäßige Nachteile entfernt werden können, widrigenfalls der Besteller nur die in Art. 358 Abs. 2 O.-R. angegebenen Rechte auf Lohnabzug, eventuell unentgeltliche Verbesserung, und bei Verschulden auf Schadenersatz hat (Art. 358 Abs. 1 und 3 O.-R.). Diese zweite Voraussetzung hat indessen der Besteller nicht zu beweisen, Sache des Unternehmers ist es, darzutun, daß das Werk seiner Natur nach nur mit unverhältnismäßigen Nachteilen entfernt werden könne, wenn er sich auf die Ausnahmbestimmung des Art. 358 Abs. 3 berufen will.

3. Nach dem kantonalergerichtlich festgestellten Tatbestand kann es nun zunächst keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß das von der Klägerin und Widerbeklagten gelieferte Werk nicht etwa bloß minder erhebliche Abweichungen vom Vertrage aufweist, sondern daß dessen Mängel es für den Beklagten geradezu unbrauchbar machen. Der von der ersten Instanz vorgenommene Augenschein hat dargetan, daß trotz der vielen Reparaturen der Aufzug eine augenfällige Gefahr enthält, wodurch nicht nur die Benutzung desselben zum Personentransport verunmöglicht, sondern auch sein Hauptzweck, die Beförderung von Waren, und zwar gerade von schwereren und größeren, nicht erreicht worden ist. Zutreffend hat die Vorinstanz ausgeführt, daß der Betrieb dieses Werkes nicht nur ein bedeutendes ökonomisches Risiko für den Besteller mit sich bringt mit Rücksicht auf seine zivilrechtliche Haftung gegenüber seinen Angestellten bei allfälligen Unglücksfällen, sondern daß ihm die Fortsetzung dieses Betriebes, nachdem nunmehr dessen augenscheinliche Gefährlichkeit bekannt ist, auch im Hinblick auf seine moralische und sogar strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht zugemutet werden kann. Hiernach sind die in Art. 358

Abf. 1 D.-R. verlangten Voraussetzungen des Heimzuschlages gegeben. Daran kann offenbar nichts ändern, daß nach der Erklärung des Experten das Werk dem vorgelegten Plane gemäß hergestellt ist; denn da dasselbe bei einem Sachverständigen bestellt war, durfte der Besteller ruhig voraussetzen, daß der ihm vorgelegte Plan, wenn ausgeführt, ein brauchbares Werk ergeben werde. Ist der Plan selbst technisch verfehlt, so ist dafür der sachkundige Unternehmer verantwortlich, auch wenn er von dem nicht sachkundigen Besteller genehmigt worden ist. Übrigens hat die Klägerin und Widerbeklagte ausdrücklich für absolute Sicherheit der Anlage Garantie geleistet.

4. Fragt sich nun aber, ob trotz der Unbrauchbarkeit des Werkes der Unternehmer zur Rücknahme aus dem Grunde nicht verpflichtet werden könne, weil die Entfernung seiner Natur nach nur mit unverhältnismäßigen Nachteilen zu bewirken wäre, so muß bemerkt werden: Von unverhältnismäßigen Nachteilen könnte gesprochen werden, wenn der Schaden, den der Unternehmer durch die Wegnahme erleiden würde, in offenbarem Mißverhältnis stünde zu dem dem Besteller zu vergütenden Interesse an der vertragsmäßigen Ausführung des Werkes. Nun ist bereits dargetan worden, daß das den Beklagten gelieferte Werk nicht etwa bloß für den beabsichtigten Gebrauch untauglich, sondern wegen der Gefährlichkeit des Betriebes überhaupt nicht verwendbar ist. Demzufolge müßte sich daher die Klägerin, wenn Abf. 2 des Art. 358 D.-R. Anwendung fände, selbst unter der Voraussetzung, daß ein Verschulden ihrerseits nicht vorliege, einen so beträchtlichen Abzug vom Lohne gefallen lassen, daß ihre Einbuße ungefähr ebenso erheblich wäre, wie wenn sie zur Zurücknahme des Werkes verpflichtet wird. Unter diesen Umständen liegt aber in der Weigerung der Annahme des Werkes keine übermäßige Härte. Die mit der Entfernung desselben für den Unternehmer verbundenen Nachteile sind keine unverhältnismäßigen, selbst dann nicht, wenn der Aufzug nachher, wie Klägerin behauptet, nur mehr als altes Eisen verwertet werden kann. Zwar hat die Klägerin vor den kantonalen Instanzen und so auch noch in ihrer Rechtschrift vor Bundesgericht verlangt, es sei ihr die unentgeltliche Verbesserung des Werkes zu gestatten, allein sie hat nicht wahrscheinlich gemacht

daß eine nochmalige Reparatur das Werk brauchbar machen, und namentlich die vorhandene Gefährlichkeit desselben aufheben würde; die Nutzlosigkeit aller bisherigen Reparaturen spricht in der That dagegen. Davon, daß der Besteller in infinitum sich Verbesserungen gefallen lassen müsse, kann keine Rede sein. Nachdem die Beklagten sich bereits eine lange Reihe von vergeblichen Verbesserungsversuchen haben gefallen lassen, und damit ungefähr zehn Monate hingehalten worden sind, ist ihnen ein weiterer Aufschub nicht mehr zuzumuten.

5. Beklagte sind daher berechtigt, der Klägerin den gelieferten Aufzug heimzuschlagen. Sie sind überdies berechtigt Schadenersatz zu verlangen, da die Klägerin ein Verschulden trifft. Dasselbe liegt in der Tatsache, daß sie entgegen der vertraglich übernommenen Verpflichtung den Beklagten ein mangelhaftes Werk geliefert hat, sei es nun, daß sie leichtfertiger Weise ein Werk übernommen, zu dessen richtiger Ausführung ihr die nötige Sachkunde mangelte, oder daß sie von ihrer Sachkunde nicht den pflichtgemäßen Gebrauch gemacht hat (s. Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen XVI, S. 762, Erw. 3). Klägerin hat daher, dem Begehren der Beklagten gemäß, den Schacht abzuschließen und denselben die Baukosten für die Anlage des Werkes, welche in ihrer Höhe nicht bestritten worden sind, zu ersetzen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung der Klägerin wird als unbegründet abgewiesen und es hat daher in allen Teilen bei dem Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 2. Juli 1894 sein Bewenden.