

porte à la légère, il ne saurait être admis à répudier sa responsabilité en prétextant que les mesures coercitives auxquelles cette plainte a donné lieu sont émanées non point de lui, plaignant, mais du juge.

Il faut reconnaître, d'un autre côté, que le plaignant ne peut être rendu responsable du chef d'actes illégaux ou irréguliers du juge, tels que mandats d'amener contraires aux prescriptions de la loi, prolongation injustifiée de la prison préventive, etc., pour autant que le plaignant ne les a pas directement provoqués. Rien de semblable n'existe toutefois en l'espèce, puisque le tribunal cantonal constate au contraire que la citation de dame Vuille par voie édictale a été faite par le juge dans les limites de sa compétence.

Le défendeur est ainsi responsable des conséquences dommageables de cet acte de procédure, mais il y a lieu d'autre part de prendre en considération la faute concomitante de la demanderesse, ainsi que le fait que les agissements de celle-ci ont causé au sieur Donzé de nombreux frais et dérangements. Dans ces conditions, une indemnité de 50 francs apparaît comme suffisante et comme tenant un juste compte des différentes circonstances de la cause.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est partiellement admis, et le jugement rendu entre parties par le tribunal cantonal de Neuchâtel, le 6 mars 1895, est réformé en ce sens que J.-F. Donzé est condamné à payer à la demanderesse la somme de 50 francs à titre de dommages-intérêts, avec intérêt à 5 % dès le jour du dépôt de la demande.

71. Urteil vom 10. Mai 1895 in Sachen
Bär & Cie. gegen Schubarth und Bodenheimer.

A. Durch Urteil vom 4. März 1895 hat das Appellationsgericht der Kantons Baselstadt erkannt: Es wird das erstinstanzliche Urteil bestätigt unter Behaftung der Beklagten bei ihrer Anerkennung von 37 M. 80 Pf. für Fracht von Basel nach Offenburg.

Das erstinstanzliche Urteil lautet: Kläger sind mit ihrer Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil legten die Kläger beim Bundesgericht die Berufung ein, indem sie beantragten, es sei dasselbe aufzuheben, und die Sache an das kantonale Gericht zur nochmaligen Behandlung zurückzuweisen mit dem Auftrag, die Kläger zu dem Beweise zuzulassen, daß die beanstandete Waare mit der von den Beklagten gelieferten identisch sei und die gerügten Mängel zur Zeit der Empfangnahme der Waare vorhanden gewesen seien. In ihrer Antwort auf die Berufungsschrift beantragten die Beklagten Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im März 1893 unterhandelte der Chef der Klägerischen Firma, anlässlich seines Besuches bei den Beklagten, mit diesen über den Ankauf eines im Magazin derselben teils auf einem Haufen liegenden, teils in Fässern befindlichen Vorrates von Messingkrüge. Er besichtigte das vorhandene Quantum dieses Abfallproduktes und entnahm demselben Muster zur Prüfung. Diese Muster sandten die Beklagten den Klägern auf ihr Verlangen nach Frankfurt zu. Nachdem sich die Parteien zuerst über den Preis nicht einigen konnten, kam am 5. April 1893 ein Kauf über 3000 Kg. zu stande. Die Kläger schrieben hierüber am 6. April den Beklagten: „Höflich Bezug nehmend auf die gestrige Unterredung mit unserm Herrn Oskar Bär bestätigen wir hiemit, von Ihnen gekauft zu haben: Circa 60 Zentner Messingkrüge, wie bemustert, à 30 Mark per 100 Kg. franko Offenburg, Emballage frei, netto Cassa.“ Die Beklagten

bestätigten mit Schreiben vom 7. April diesen Kauf, und bemerkten, daß sie die Waare liefern werden, wie solche Herr Bär besichtigt habe. Am 8. April teilten die Beklagten den Klägern mit, daß ihr Vorrat Messingkräze sich auf 5000 Kg. belaufe, und fragten dieselben an, ob sie auf die ganze Partie oder nur auf die gekauften 3000 Kg. reflektieren. Die Kläger antworteten, sie nehmen auch das Mehrquantum von 2000 Kg., aber nur dann, wenn dasselbe von der gleichen Qualität sei, wie die bemusterten 3000 Kg., worauf die Kläger mit Brief vom 10. April den Kauf von 5000 Kg. Messingkräze à 30 Mark per 100 Kg. franko Offenburg, netto Kasse bestätigten, „Waare, wie sie Herr Bär besichtigt hat“. Gemäß abgeänderter Disposition der Kläger sandten die Beklagten die Waare unfrankiert nach Frankfurt und schrieben daher den Klägern die weggefallenen Frachtspeisen Basel-Offenburg mit 37 M. 80 Pf. gut. Am 12. April 1893 sandten die Beklagten den Klägern Faktur über 17 Fässer Messingkräze, netto 7044 Kg.; sie bemerkten dabei, daß das Quantum noch etwas größer ausgefallen sei, als sie geglaubt hätten, und fragten die Kläger an, ob sie eventuell gleichwohl das Ganze nehmen wollen. Darauf antworteten die Kläger, sie haben nichts dagegen, wenn ihnen 7000 Kg. ausgestoßene Messingkräze, wie besichtigt, zugesendet werden, nur werde die Bedingung gestellt, daß die Waare tatsächlich sei, wie Herr Bär dort gesehen habe. Am 27. April, nach Empfang der Waare, schrieben die Kläger, dieselbe sei, so weit sie sie bis jetzt geprüft hätten, ungewaschene, geringhaltige Waare, während Herr Bär gewaschene, gestiebte und grobe Messingkräze gekauft habe. Sollte sich die ganze Partie oder ein großer Teil ebenso minderwertig erweisen, so werde die Waare zur Verfügung gestellt werden. Die Beklagten erwiderten hierauf am 29. April, sie hätten ihnen niemals gestiebte, gewaschene und grobe Messingkräze verkauft, sondern nur solche, wie sie Herr Bär in ihrem Magazin besichtigt und sich Muster gezogen habe. Am 30. April schrieben die Kläger, sie stellen die Waare zur Verfügung, sofern ihnen nicht ein entsprechender Preisnachlaß gewährt werde. Die Beklagten ließen sich jedoch hierauf nicht ein, und schrieben den Klägern am 9. Juni, sie haben die Kaufpreisforderung für

die Messingkräze mit einer Schuld der Beklagten aus einem andern Kaufe verrechnet. Am 23. März 1894 ließ das kgl. Amtsgericht Frankfurt auf Antrag der Kläger durch einen Experten ein bei denselben liegendes Quantum von 18 Fässer Messing und 1 Faß Kräze untersuchen, welche Kläger nach ihrer Angabe von den Beklagten bezogen hatten. Der Experte konstatierte 7 Fässer besserer, 6 geringerer und 5 Fässer wesentlich schlechterer Qualität. Dieser Befund wurde den Beklagten mitgeteilt. Mit Klage vom 15. November 1894 forderten die Kläger Wandelung des Kaufes und Rückzahlung des Fakturapreises von 2113 M. 20 Pf., zuzüglich der Frachtspeisen von 37 M. 80 Pf., Total 2151 M. Sie behaupteten, der streitige Kauf sei ein Musterkauf gewesen, und die Waare habe dem vorgelegten Muster nicht entsprochen. Zur Konstatierung der Mängel beantragten die Kläger Expertise, und beriefen sich für den Nachweis der Identität der noch vorhandenen Waare mit der von den Beklagten gelieferten auf Zeugen. Die Beklagten anerkannten die Belastung mit den 37 M. 80 Pf. betragenden Frachtspeisen, beantragten dagegen im Übrigen Abweisung der Klage. Sie bestritten, daß ein Musterkauf abgeschlossen worden sei, und wiesen die Mängelkräze als verspätet, sowie deswegen zurück, weil die Kläger weder die Waare gehörig aufbewahrt, noch den Tatbestand ordnungsmäßig festgestellt hätten. Sie bestritten die Identität der den Experten des Amtsgerichtes vorgelegten Waare mit der von ihnen verkauften.

2. Beide kantonale Instanzen haben die Klage abgewiesen, und zwar aus folgenden, von der ersten Instanz entwickelten Gründen: Das Rechtsverhältnis unter den Parteien sei nach schweizerischem Rechte zu beurteilen, da nach der unbestrittenen Behauptung der Beklagten der vertragsgemäße Erfüllungsort Basel gewesen sei. Es handle sich vorliegend um einen Platzkauf über eine individuell bestimmte Waarenmenge, welcher nach Besichtigung der Waare durch den Käufer abgeschlossen worden sei. Ein Musterkauf, wie die Kläger behaupten, liege nicht vor. Die von dem Chef der klägerischen Firma nach Besichtigung der Waare gezogenen Muster können nicht als Kaufmuster in Betracht fallen, sie haben vielmehr die Natur von Ausfallmustern. Ein Musterkauf wäre nur

dann vorhanden, wenn der Kaufsabschluß von der Musterkonformität der Waare abhängig gemacht worden wäre; dies sei aber von den Beklagten wiederholt abgelehnt worden. Danach müßten die Kläger nachweisen, daß die Waare Mängel trage, welche sie zum vorausgesetzten Gebrauche untauglich machen. Ein solcher Beweis könne aber nicht mehr erbracht werden, weil die Kläger weder für die richtige Aufbewahrung der Waare, noch für Feststellung des Tatbestandes rechtzeitig gesorgt haben. Die amtliche Konstatierung vom März 1894 sei offenbar verspätet und mache daher den den Klägern obliegenden Beweis unmöglich, daß die Mängel schon zur Zeit der Empfangnahme vorhanden gewesen seien. Diese Einwendung würde den Klägern auch entgegen zu halten sei, wenn ein Musterkauf anzunehmen wäre. Die Mängelrüge müsse somit als verspätet zurückgewiesen werden, und es könne daher den Beweisansprüchen der Kläger, welche die Feststellung der Mängel bezwecken, keine Folge gegeben werden.

3. Die Kompetenz des Bundesgerichtes zur Beurteilung des vorliegenden Rechtsstreites ist in Hinsicht auf den erforderlichen Streitwert augenscheinlich gegeben; es kann sich nur fragen, ob dieselbe auch in Bezug auf das anzuwendende Recht begründet sei. Dies ist jedoch ebenfalls zu bejahen. Für die Anwendbarkeit des eidgenössischen Rechtes ist maßgebend, daß das Domizil der Verkäufer, deren vertragliche Verpflichtung hier in Frage steht, in Basel ist, und daß dieselben, wie nicht bestritten wurde, dort zu erfüllen hatten. Hieraus muß geschlossen werden, daß die Kontrahenten für die Beurteilung des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses das eidgenössische Recht als anwendbar betrachtet haben, wie denn auch von keiner Seite das am Wohnorte der Kläger geltende deutsche Recht angerufen worden ist.

4. Mit der vorliegenden Klage wird die Wandelung des zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufes über ein 7044 Kg. betragendes Quantum Messingkrüge verlangt. Die Wandelungsklage wird damit begründet, daß die gelieferte Waare die zugesicherten Eigenschaften nicht besitze, indem der Kauf nach Muster ergangen sei, und die Waare dem Muster nicht entspreche. Von den Beklagten wird diese Gewährspflicht bestritten und behauptet, die Waare sei gekauft worden, wie sie von Seite der Kläger be-

sichtigt worden sei; so sei sie auch geliefert worden. Ist nun zunächst festzustellen, welcher Partei der Beweis für ihre Behauptung zufalle, so kommt in Betracht: Die Klage stützt sich auf eine besondere Modifikation des Kaufvertrages, nämlich auf die behauptete Zusicherung bestimmter Eigenschaften der gekauften Waare, gemäß einem übergebenen Muster. Indem die Beklagten lediglich einen einfachen Kauf, nach Besicht, anerkennen, verneinen sie, diejenige Verpflichtung übernommen zu haben, auf welchen die Klage basiert; sie stellen der Klage nicht etwa eine selbständige Schutzbehauptung entgegen, sondern leugnen das Fundament derselben, und es ist daher Sache der Kläger, dasselbe herzustellen mit dem Beweise, daß die behauptete Gewährspflicht auf Musterkonformität bestehe. Diesen Beweis haben nun aber die kantonalen Instanzen mit Recht als nicht erbracht erklärt. Derselbe kann nicht etwa in der bloßen Tatsache gefunden werden, daß dem Chef der klägerischen Firma bei der Besichtigung der Waare Muster überlassen worden sind; diese Muster konnten von den Parteien an sich ebenso wohl in dem Sinne aufgefaßt worden sein, daß sie dem Käufer lediglich eine Anschauung von der Beschaffenheit der Waare und der Fabrikationsweise derselben verschaffen sollten; als wirkliche Kaufsmuster könnten dieselben nur dann gelten, wenn sie dem Käufer in der Meinung übergeben worden wären, daß der Kauf auf Grund derselben geschlossen sein solle. Dieser Nachweis ist jedoch nicht erbracht; eine mündliche Zusicherung auf Übereinstimmung der Waare mit diesen Mustern haben die Kläger nicht dargethan; bei dem schriftlichen Vertragsabschluß haben die Beklagten ausdrücklich erklärt, sie liefern die Waare, wie Herr Bär sie besichtigt habe. Von diesem Standpunkt sind sie denn auch in der nachfolgenden Korrespondenz nie abgegangen. Hiernach konnten die Kläger nicht im Zweifel sein, daß die Beklagten eine Garantie dafür, daß die Waare die Eigenschaft der gezogenen Muster besitze, nicht übernehmen, sondern nur dafür Gewähr leisten wollten, daß dieselbe so beschaffen sei, wie die Besichtigung ergeben hatte.

5. Ergiebt sich somit, daß die Beklagten eine Gewährspflicht auf Musterkonformität nicht übernommen haben, so fällt die Grundlage der Wandelungsklage, so wie dieselbe gestellt ist, dahin;

denn es könnte sich hiernach nur noch fragen, ob der Kauf deswegen rückgängig zu machen sei, weil die Waare nicht einmal diejenigen Eigenschaften gehabt habe, welche zu dem vorausgesetzten Gebrauche erforderlich waren (Art. 243 D.-R.), und hierauf hat die Klage nicht abgestellt; selbst wenn dem übrigens so wäre, müßte dieselbe abgewiesen werden, da, wie die Vorinstanz in für das Bundesgericht verbindlicher Weise festgestellt hat, die Kläger durch Unterlassung rechtzeitiger und ordnungsgemäßer Feststellung des Tatbestandes den Beweis verunmöglicht haben, daß die Waare zur Zeit der Empfangnahme mangelhaft gewesen sei. Es könnte daher auch aus diesem Grunde auf die Beweisangebote der Kläger hinsichtlich der Identität der bei ihnen noch vorhandenen Waare mit der von den Beklagten gelieferten und der Mangelhaftigkeit derselben nicht eingetreten werden; der zu den Akten gebrachten amtlichen Expertise vom März 1894 aber muß schon deshalb alle Beweisraft abgesprochen werden, weil sich dieselbe auf 19 Fässer, wovon 18 als Messing und eines als Krätze haltend bezeichnet wurden, bezog, während die Beklagten laut Faktur vom 12. April 1893 17 Fässer Messingkrätze, mit genauer Faß- und Gewichtsnummer, geliefert hatten.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Kläger wird als unbegründet abgewiesen, und daher das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 4. März 1895 in allen Teilen bestätigt.

72. Urteil vom 11. Mai 1895

in Sachen Cadisch gegen Wetten und Konforten.

A. Durch Urteil vom 7. März 1895 hat das Kantonsgericht des Kantons Graubünden erkannt: Die Appellation des Moritz Cadisch wird, weil unbegründet, abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag, es sei ihm seine Schaden-

ersatzforderung zuzusprechen. Gleichzeitig suchte er unter Hinweis auf ein bei den Akten liegendes Armutszzeugniß um die Erteilung des Armenrechts für die bundesgerichtliche Instanz nach. Die Berufungsbeklagten beantragen in ihrer Bernehmlassung zur Berufungsschrift Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 15. Juni 1891 fällten die Beklagten im Gemeindegwald von Luviz eine zu ihrem Loos gehörige Tanne. Beim Falle traf dieselbe den 48jährigen Kläger, Moritz Cadisch, der in den Wald gekommen war, um übrig gebliebenes Loosholz zu sammeln. Cadisch erlitt am rechten Arm einen Knochenbruch und Quetschungen am Hinterhaupt und an einem Schenkel. Am 1. Juni 1892 erhob er gegen die Beklagten Klage auf Bezahlung von 3000 Fr. als Entschädigung für die in Folge dieser Verletzung entstandene Arbeitsunfähigkeit, sowie auf Ersatz sämtlicher Heilungskosten. Er stützte diese Klage auf Art. 50 D.-R. und behauptete, er sei durch das Verschulden der Beklagten zum Krüppel gemacht worden; diese hätten dadurch fahrlässig gehandelt, daß sie den Stamm fällten, ohne den Kläger vorher zu warnen. Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage und machten geltend, zu der Zeit, als sie die Tanne fällten, sei es verboten gewesen, übrig gebliebenes Loosholz einzusammeln. Der Kläger sei von ihnen nicht beachtet worden. Der mit dem Fällen verbundene Lärm von Säge und Art sei weithin hörbar gewesen, und man habe den Stamm erst fallen lassen, nachdem ein Warnungsruf erfolgt sei. Die Tanne sei in der gewollten Richtung gefallen, mit der Spitze auf eine Haselstaude, ohne etwa weiter zu rutschen. Der Standort derselben habe sich ein gutes Stück oberhalb des Waldweges befunden, so daß dieser nicht gefährdet gewesen sei. Unmittelbar nach dem Falle habe man die Stufe des Klägers gehört und denselben unter der Haselstaude getroffen, auf welche der Gipfel der Tanne gefallen war. In der Replik behauptete der Kläger, er habe nicht gewußt, daß das Einsammeln von übrig gebliebenem Loosholz damals verboten gewesen sei; auch habe er von Warnungsrufen nichts gehört. Die Beklagten hätten die nötigen Vorsichtsmaßregeln nicht beobachtet; denn ehe man einen Stamm fallen lasse, schaue man immer nach, ob der-