

141. Urteil vom 18. Juli 1896 in Sachen
Hübsher gegen Schaller.

A. Durch Urteil vom 19. Februar 1896 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt: Der Beklagte habe dem Kläger die geforderten 10,048 Fr. 80 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 15. April 1895 nicht zu bezahlen; vielmehr sei der Kläger mit seinem Klagebegehren des gänzlichen abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Gutheißung des Klagebegehrens, lautend: Der Beklagte schulde dem Kläger 10,048 Fr. 80 Cts. nebst Verzugszins zu 5 % seit 15. April 1895. In der heutigen Hauptverhandlung wiederholt sein Anwalt dieses Rechtsbegehren; der Anwalt des Berufungsbeklagten beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 9. Mai 1893 verkaufte Berthold Bollag in Zürich für Rechnung des Klägers Jacques Hübsher in Marseille, dem Beklagten 500 Kilozentner Azima-Weizen Nr. 875, lieferbar im Juni gl. J. zu 21 Fr. 50 Cts. per 100 Kilo franko Station Luzern, wobei Bollag dem Beklagten ein Muster übergab. Dieser Kauf wurde am 10. Mai von Bollag und am 25. Mai vom Kläger schriftlich bestätigt. Weiter verkaufte Bollag am 12. Juli 1893 dem Beklagten für Rechnung des Klägers 10 Wagen „Azima-Azow à 20 Fr. Parität Luzern, Qualität wie gehabt, lieferbar Juli, August, Konditionen gewohnt;“ Kläger bestätigte dieses Geschäft am 17. Juli mit Bezeichnung der Waare als Azima-Azow type Nr. 875/1270. Einen dritten Kauf über 1000 Doppelzentner Azima-Azow type Nr. 875/1270 à 20 Fr. Parität Luzerner Stationen, Lieferung im September 1893, bestätigte Kläger dem Beklagten mit Brief vom 17./26. August, und endlich verkaufte Bollag dem Beklagten am 21. August für Rechnung des Klägers laut Bestätigungsschreiben Bollags vom gleichen Tage: „10 Wagen Azima-Azow à 19 Fr. franko Station Luzern, wie gehabt, lieferbar per November-Dezember, Konditionen

gewohnte.“ Kläger bestätigte diesen Kauf am 24. August, indem er die Waare mit: Azima-Azow type Nr. 1270 bezeichnete. Die beiden ersten Käufe sind unbeanstandet zur Ausführung gelangt und es herrscht über dieselben kein Streit. In Anrechnung auf den dritten Kauf wurden am 15. September 1893 an den Beklagten, resp. auf dessen Ordre hin an Wittve Banz in Wolhusen versandt 10,710 Kilo und am 2. Oktober darauf 9450 Kilo. Diese beiden Sendungen erfolgten aus dem Lagerhause Genf, Cornavin, wo Kläger größere Partien Weizen zur Abgabe an die Abnehmer in der Schweiz eingelagert hatte, und zwar wurden sie der gleichen Partie der klägerischen Depots entnommen, wie die frühern Sendungen vom 29. Juli und 2. August. Am 21. September reklamierte Beklagter bei Bollag, daß der Weizen der letzten Sendung nicht so grobkörnig und gläsig sei wie das Verkaufsmuster. Der Kläger antwortete am 26. September, er verstehe nicht, wieso auf dem letztabgesandten Wagen eine Differenz bestehen könne, da er von der ganz gleichen Partie und Qualität, wie die bisherigen Wagen habe abliefern lassen. Am 27. September wiederholte Beklagter seine Reklamation mit der Bemerkung, daß der Unterschied dieser Sendung gegenüber dem Verkaufsmuster 1 Fr. 50 per 100 Kilo betrage, und daß er die noch zu liefernden Weizen genau nach Muster verlange, widrigenfalls er dieselben zur Verfügung stellen werde. Kläger erwiderte mit Schreiben vom 30. September, er begreife die Reklamation nicht, indem diese Lieferung von der ganz gleichen Partie sei, wie die frühern vom 12. und 27. Juli. Nach verschiedenen Unterhandlungen bewilligte Bollag auf die beiden Waggons einen Rabatt von 175 Fr., immerhin unter Mißbilligung des Klägers. Es blieben hienach durch den Beklagten noch zu beziehen: laut Vertrag vom 20. Juli lieferbar im September 800 Doppelzentner und laut Vertrag vom 21. August 1000 Doppelzentner, lieferbar zur Hälfte im November, zur Hälfte im Dezember 1893. Anfangs Oktober sandte Kläger dem Beklagten Ausfallsmuster. Am 10. Oktober erklärte Beklagter, dieselben entsprechen dem Verkaufsmuster und dem früher gelieferten Waggon nicht, solche Waare werde er unter keinen Umständen annehmen, und da Kläger keine andere habe, so betrachte er das Geschäft als annulliert. Der

Kläger protestierte hiegegen mit Brief vom 14. Oktober, ersuchte den Beklagten neuerdings um Erteilung von Ordres zur Absendung der Waare und sandte ihm nochmals frisch gezogene Ausfallsmuster der restierenden 8 Waggons laut Kauf vom 20. Juli, worauf Beklagter mit Brief vom 24. Oktober wiederholte, er werde die 8 Waggons per September unter keinen Umständen mehr annehmen, da Kläger nicht im Stande gewesen sei, dieselben zur richtigen Zeit und musterkonform zur Ablieferung zu bringen. Nachdem Kläger nunmehr dem Beklagten 2 Waggons in Luzern und 6 Waggons im Lagerhaus Morges zur Verfügung gestellt hatte, erklärte der Beklagte, daß er diese Lieferungen nicht annehme, indem die ihm übersandten Ausfallsmuster bedeutend mehr Roggen führen, als das Kaufmuster. Es wurden dann dem Beklagten auch noch Ausfallsmuster für die im November zu liefernden Weizen übersandt, derselbe erklärte dieselben ebenfalls als dem Kaufmuster nicht entsprechend und weigerte sich deshalb, Instruktionen zur Ablieferung zu erteilen. Schließlich erließ Kläger am 30. Dezember 1893 eine rechtliche Aufforderung an den Beklagten, die Weizen in Empfang zu nehmen, welche der Beklagte bestritt. Mit Klage vom 2. Januar 1894 verlangte nun Kläger Bezahlung der zur Abnahme restierenden 18 Waggons Weizen im Gesamtpreise von 29,264 Fr. 28 Cts. nebst Zins, Ersatz der Lagergebühren und Rücksendung der leeren Säcke. Im Verlaufe des Prozesses wurden die dem Beklagten zur Verfügung gehaltenen 18 Waggons teilweise gerichtlich versteigert, teilweise, mit Zustimmung des Beklagten, aus freier Hand verkauft, worauf Kläger den Betrag seiner Forderung auf 10,048 Fr. 80 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 15. April 1895 reduzierte. Gegenüber dem vom Beklagten in der Korrespondenz eingenommenen Standpunkt, daß die von ihm refüsierte Waare dem Kaufmuster nicht entspreche, wird in der Klageschrift geltend gemacht: a) daß die refüsierten Lieferungen von der ganz gleichen Weizenpartie herrühren, wie die früheren, vom Beklagten genehm gehaltenen Sendungen, und daß daher auch jedenfalls zu dem Verkaufsmuster resp. zu den früheren Lieferungen eine Qualitätsdifferenz nicht bestehen könne; b) daß überdies der Kläger dem Beklagten, laut Bestätigungsschreiben, ursprünglich auf Type und Muster und

später auf gehabte Qualität verkauft habe, so daß der Beklagte nicht strikte Konformität mit dem ursprünglichen, durch vielen Gebrauch sauberer gewordenen Muster habe verlangen können. Die dem Beklagten gelieferte, resp. zur Disposition gestellte Waare sei aber genau entsprechend der verkauften Qualität Azima-Azow Nr. 875 gewesen. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Er behauptete, bei allen vier Käufen sei dieselbe Weizenqualität vereinbart gewesen, nämlich Azima-Azow gemäß übergebenem Kaufmuster Nr. 875. Das Muster sei dem Beklagten als ein gewöhnliches Kaufmuster übergeben worden, in der Meinung, daß die Waare demselben in jeder Beziehung entsprechen müsse. Keine Rede sei davon gewesen, daß das Muster ein sog. Typemuster sein solle. Während nun die ersten beiden Käufe musterkonform ausgeführt worden seien, sei dies bezüglich der folgenden nicht mehr der Fall gewesen. Die auf Grund des dritten und vierten Kaufes auszuführenden Lieferungen seien nicht musterkonform, d. h. dem am 9. Mai 1893 übergebenen Kaufmuster nicht entsprechend vollzogen, resp. angeboten worden, weshalb Beklagter berechtigt gewesen sei, sie zu refüsieren. Was speziell die im September 1893 lieferbaren 800 Kilozentner anbelange, so könne der Beklagte auch aus dem Grunde nicht zur Annahme verhalten werden, weil der Kläger sie innert der vereinbarten Lieferungsfrist weder vertragsgemäß angeboten, noch überhaupt fakturiert und dem Beklagten zur Disposition gestellt habe. In der Replik erklärte der Kläger, es sei ihm nicht eingefallen, zu behaupten, daß die Käufe auf Typenmuster abgeschlossen worden seien. Die Briefe Bollags vom 14. und des Klägers vom 25. Mai sagen nichts von Typenmustern, aber auch nichts von Mustern überhaupt; dagegen habe die erste Lieferung den Typus dargestellt, wonach die andern zu effektuieren gewesen seien. Das Muster, welches der Beklagte erhalten hatte, habe sich auf diese späteren Lieferungen nicht mehr bezogen, diese seien einfach nach der gehabten Qualität zu liefern gewesen. Daß das Muster Nr. 875, welches der Kläger für die erste Lieferung erhalten, nicht als Verkaufsmuster für die folgenden Lieferungen zu gelten habe, müsse um so mehr angenommen werden, als Kläger dem Beklagten am 17. Juli zweimal, und dann wieder am 24. August

geschrieben habe, er bekomme Weizen Type Nr. 875/1270, was vom Beklagten stillschweigend genehmigt worden sei. Die Reklamationen des Beklagten hätten ihren Grund einzig darin gehabt, daß um die Mitte September die Preise um $1\frac{1}{2}$ —2 Fr. gegenüber den Abschlüssen von Mai und Juni gesunken seien. Die von der ersten Instanz erhobene Expertise geht im wesentlichen dahin: Wenn nichts weiteres auf dem Verkaufsmuster bemerkt sei, nehme man im Getreidehandel an, solches stelle den Ausfall der Waare dar, und müsse somit die zu liefernde Waare demselben genau entsprechen. Im vorliegenden Falle sei nun das Verkaufsmuster etwas röter, glasiger, gröber im Korn, und führe etwas weniger Roggen, als die vorgewiesenen Ausfallsmuster. Durch allzu oftbesichtigten werde ein Muster im Durchschnitt allerdings etwas gröber, da die kleinen Körner leicht zwischen den Fingern durchfallen, hingegen stelle das Verkaufsmuster, auch wenn man dies berücksichtige, doch immer noch mehr als den Durchschnitt der andern Muster, d. h. der Waare dar. Es bestehe ein bemerkbarer Unterschied, der jedoch nicht groß sei.

2. Mit vorliegender Klage verlangt Kläger als Verkäufer vom Beklagten als Käufer die Erfüllung der am 20. Juli und 21. August 1893 abgeschlossenen Kaufverträge und zwar in der Weise, daß er nach vollzogenem Selbsthülfeverkauf die Differenz zwischen dem Erlös aus diesem und dem vereinbarten Kaufpreis fordert. Beklagter hat dieser Klage zunächst mit Bezug auf den Kauf vom 20. Juli die Einrede entgegengestellt, daß Kläger die Lieferfrist nicht eingehalten habe. Diese Einrede ist jedoch, wie aus dem Urteile des Obergerichtes hervorgeht, schon vor dieser Instanz, jedenfalls aber vor Bundesgericht nicht mehr aufrecht erhalten worden, und daher nicht mehr zu prüfen. Heute steht der Klage einzig die Einrede gegenüber, daß Kläger keine vertragsmäßige Waare geliefert bzw. aneboten habe. Darüber, was in concreto als vertragsmäßige Waare zu gelten habe, gehen die Behauptungen der Parteien auseinander. Der Beklagte behauptet, Kläger habe in beiden Käufen, vom 20. Juli und 21. August 1893, die Eigenschaften des am 9. Mai gl. Jahres übergebenen Musters Azima-Uzow Nr. 875 zugesichert, während Kläger laut seinen in der Replik vor erster Instanz abgegebenen

Erklärungen den Standpunkt einnimmt, dieses Muster habe sich nur auf die erste Lieferung, aber nicht mehr auf die späteren bezogen, für diese habe die erste Lieferung als Typus gegolten bei den späteren Lieferungen sei Qualität „wie gehabt“ vereinbart worden, was eben bedeute, daß der Kläger aus dem gleichen Lager, von der Waare aus dem gleichen Dampfer wie die erste, zu liefern habe. Fragt sich zunächst, welche Partei den von ihr behaupteten Vertragsinhalt zu beweisen habe, so kann der Auffassung der Vorinstanz, daß dem Kläger diese Beweislast zufalle, nicht beigegeben werden. Zu beweisen hat der klagende Verkäufer das zur Begründung seines Anspruches notwendige Klagefundament, soweit dieses bestritten ist, d. h. er hat die essentialia des Kaufes, die Vereinbarung einer bestimmten Waare und eines bestimmten Kaufpreises zu behaupten, und im Bestreitungsfall zu beweisen (s. Staub, Kommentar zum deutschen H.-G.-B., Art. 340 § 6). Nun hat der Kläger den Kaufgegenstand durch die Angabe des Genus Azima-Weizen, hinreichend bestimmt bezeichnet und damit seiner Behauptungspflicht genügt. Gienge die Bestreitung des Beklagten dahin, daß er nicht dieses Genus, sondern eine Waare ganz anderer Gattung gekauft habe, so würde allerdings eine Bestreitung des Klagegrundes, eine negative Litiskontestation vorliegen, und der Kläger hätte hienach seine Behauptung zu beweisen. Allein hierauf bezieht sich die Bestreitung des Beklagten nicht; er gibt zu, daß das vom Kläger bezeichnete Genus Gegenstand des Kaufes bilde, erhebt dagegen die Einrede, daß besondere Eigenschaften der Waare zugesichert worden seien. Diese Einrede stellt sich aber als selbständige Schutzbehauptung dar, für welche der Beklagte, der daraus für sich Rechte ableitet, beweispflichtig ist.

3. Kläger hat sich für seine Behauptung, daß die Annahme eines Kaufes nach Muster ausgeschlossen sei, hauptsächlich auf seine Bestätigungsbriefe gestützt, worin er die den Kaufgegenstand bildende Waare einfach als Azima-Uzow type Nr. 875/1270 bzw. Nr. 1270 bezeichnete, ohne Konformität mit einem übergebenen Muster zu garantieren. Wären diese Schreiben das einzige Beweismittel für den Inhalt des Vertrages, so müßte der Beklagte allerdings als beweisfällig betrachtet werden; denn

derselbe muß diese Briefe gegen sich gelten lassen, indem er dadurch, daß er keine Einwendungen dagegen erhob, implicite sein Einverständnis bekundete. Diese Bestätigungsschreiben sind nun aber nicht Vertragsurkunden, sondern sie bilden bloße Indizien für die Interpretation des Vertragswillens, deren Schlußigkeit durch den Gegenbeweis gehoben werden kann, und in der That durch die nachfolgende Korrespondenz zwischen den Parteien und zwischen dem Kläger und Kommissionär Bollag vollständig beseitigt worden ist. In der nachfolgenden Korrespondenz mit dem Kläger hat der Beklagte nämlich seine Reklamationen stets darauf gestützt, daß die ihm gelieferte bezw. angebotene Waare nicht dem Verkaufsmuster entspreche, ohne daß Kläger je gegen die Verbindlichkeit dieses Musters Einsprache erhoben hätte. So begründete Beklagter gleich seine erste Reklamation vom 21. September 1893 damit, daß die auf Grund des dritten Kaufes an die Mühle Banz adressierte Lieferung nicht so grobkörnig und nicht so gläsig sei, wie das Verkaufsmuster, worauf Kläger nicht etwa erwiderte, daß dieses Verkaufsmuster nicht maßgebend sei, sondern lediglich bemerkte, wenn nicht eine Verwechslung vorgekommen sei, so könne eine Qualitätsdifferenz nicht bestehen, weil er fortwährend von derselben Qualität habe abliefern lassen. Auch gegenüber der vom Beklagten mit Brief vom 27. September abgegebenen Erklärung, daß er die noch zu liefernden Weizen genau nach Muster verlange, ansonst er dieselben zur Verfügung stelle, nahm Kläger keineswegs den Standpunkt ein, daß Beklagter Konformität mit dem Verkaufsmuster nicht zu verlangen berechtigt sei, vielmehr betonte er ausdrücklich, seine Ablieferungen seien stets mustergetreu, und wiederholte im übrigen, daß er von der gleichen Partie, wie früher, geliefert habe, und daher nicht begreife, warum diese beanstandete Lieferung schlechter sein sollte. Ebenso ist in den Antworten des Klägers auf die Schreiben des Beklagten vom 10. und 24. Oktober, worin dieser Konformität mit dem Verkaufsmuster verlangte, nirgends die Rede davon, daß er hiezu nicht berechtigt sei. Diese Haltung des Klägers entspricht denn auch vollkommen seiner Korrespondenz mit dem Kommissionär Bollag. Auf eine Bemerkung Bollags, der Beklagte besitze eine schriftliche Bestätigung vom Entrepôt in Genf,

daß die zwei letzten Waggons nicht mehr musterkonform seien, antwortete Kläger am 7. Oktober: „Sie wissen so gut als ich, daß die ihm (dem Beklagten) gelieferte Waare ganz genau nach Muster ist, und wie die früher von ihm übernommenen Weizen.“ Am 11. Oktober machte Kläger dem Bollag Vorwürfe, daß er das Verkaufsmuster seiner Zeit nicht gestiegelt habe, und betonte, die dem Beklagten gelieferte Waare sei genau musterkonform. Am 12. Oktober verlangte er zu wissen, ob ein Fehler mit dem Muster begangen worden sei; nachdem Bollag ihm hierauf berichtet hatte, Beklagter besitze das Verkaufsmuster noch in der Originalbütte, wies er Bollag an, eine Vergleichung anzustellen, und beauftragte ihn in einem späteren Schreiben, die Sache bonifikationslos zu ordnen, da die Waare genau musterkonform sei. Am 31. Oktober benachrichtigte Bollag den Kläger, daß demnächst die Sache vor Friedensrichter kommen werde, und fügte bei: „Diesmal wird die Sache nicht so leicht abgehen, da wir einfach das Muster nicht mehr anerkennen; denn Schaller hat die ersten fünf Waggons nach Muster gekauft, und alle andern Partien wurden als gehabte Qualität bestätigt; somit soll Schaller das Ausfallsmuster der ersten fünf Waggons vorlegen, welche er anerkannte, u. s. w.“ Aus dieser Korrespondenz ergibt sich zur Evidenz, daß auch der Kläger von der Auffassung ausgegangen ist, daß die streitigen Kaufverträge auf Grund des Verkaufsmusters vom 9. Mai 1893 abgeschlossen worden seien; dieser in der angeführten Korrespondenz zum Ausdruck gebrachten Auffassung gegenüber ist er mit seiner erst im Prozesse geltend gemachten Interpretation nicht mehr zu hören.

4. Da nach feststehendem Rechtsgrundsatz der Verkäufer zu beweisen hat, daß er vertragsmäßige Waare angeboten habe, kann hienach die vorliegende Klage nur gutgeheißen werden, sofern dem Kläger der Beweis gelungen ist, daß die Qualität der dem Beklagten angebotenen Lieferungen dem Verkaufsmuster vom 9. Mai 1893 entspreche. Nun stellt die Vorinstanz freilich fest, daß alle vom Kläger in Genf und Morges eingelagerten Partien Weizen, wozu auch die streitigen, dem Beklagten angebotenen Lieferungen gehörten, von einer und derselben Schiffsladung herkommen, und daß diese Ladung auf ein einheitliches Muster an

die Abnehmer verkauft worden ist, und es hat denn auch die Vorinstanz auf Grund des Expertengutachtens festgestellt, daß diejenigen Partien Weizen, welche Beklagter in Luzern zur Verfügung gestellt hat, und welche in den Lagerhäusern von Genf und Morges zu seiner Disposition gehalten worden sind, von wenigstens annähernd gleicher Qualität waren, wie diejenigen Partien, welche früher dem Beklagten selbst, sowie dessen Kunden geliefert und vom Beklagten als musterkonform erklärt worden waren. Danach besteht kein Zweifel, daß Kläger vollkommen loyal gehandelt hat. Allein der ihm obliegende Beweis ist hiemit nicht erbracht; denn die Experten gelangen immerhin nicht dazu, die Konformität der angebotenen Waare mit dem Verkaufsmuster zu bejahen, sondern konstatieren einen, wenn auch nicht großen, doch bemerkbaren Unterschied. Daß eine absolute Übereinstimmung bei Waare der vorliegenden Gattung überhaupt nicht zu erzielen, und die von den Experten konstatierten Unterschiede von so untergeordneter Bedeutung seien, daß im Handelsverkehr darauf kein Wert gelegt werde, wäre vom Kläger nachzuweisen gewesen. Ein solcher Nachweis fehlt, und es muß daher auf Grund der Expertise angenommen werden, Kläger habe den ihm obliegenden Beweis, seinerseits vertragsmäßige Erfüllung angeboten zu haben, nicht erbracht.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen, und daher das Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 19. Februar 1896 in allen Teilen bestätigt.

142. Urteil vom 21. Juli 1896 in Sachen Bogner gegen Unfallversicherungsgesellschaft La Préservatrice.

A. Durch Urteil vom 23. Mai 1896 erkannte die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich: Die Klage wird abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat Namens des Klägers Advokat Dr. Richard Lang in Zürich rechtzeitig Berufung an das Bundesgericht eingelegt und die Anträge gestellt: 1..... 2. Es sei die Weiterziehung des Klägers dahin für begründet zu erklären, daß die Beklagte verpflichtet wird, an den Kläger zu bezahlen 4967 Fr. 75 Cts. nebst 5 % Zins seit 1. Mai 1895. 3. Eventuell beantragt der Rekurrent Rückweisung der Akten an die Vorinstanz [behufs Abnahme der anerbundenen Beweise].

C. Heute nimmt Advokat Dr. Lang, Namens des Klägers, die erwähnten Anträge unter Ziff. 2 und 3 auf. Der Vertreter der Beklagten, Dr. Knyf, trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Karl Bogner war seiner Zeit bei dem Schreinermeister Jos. Meier in Zürich III als Arbeiter angestellt. Der letztere hatte am 11. September 1894 mit der Versicherungsgesellschaft La Préservatrice in Paris einen Versicherungsvertrag abgeschlossen. Nach Art. 1 der allgemeinen Police-Bedingungen garantierte die Gesellschaft (gegen eine Prämie von 3 % des Gesamtbetrages der bezahlten Löhne) die civilrechtliche Haftbarkeit, welche den Versicherungsnehmer laut den schweiz. Bundesgesetzen vom 25. Juni 1881 und 26. April 1887 trifft, nach Maßgabe der Unfälle, die seinen (in Art. 3 näher bezeichneten) Angestellten oder Arbeitern zustoßen, während sie auf seine Rechnung in seinem Geschäfte arbeiten; diese Garantie sollte jedoch weder den sechsfachen Jahreslohn des verunglückten Arbeiters, noch den Betrag von 6000 Fr. übersteigen. Art. 8 der Police sodann lautete: „Jeder Unfall ist durch den Versicherungsnehmer oder „seinen Vertreter, am Sitze der Gesellschaft oder der Agentur, „binnen 24 Stunden anzumelden. Die Anzeige muß enthalten: