

44. Urteil vom 26. Mai 1906 in Sachen **Kieni**,
Bekl. u. Hauptber.-Kl., und **Erben Bonderer**, Interven. d. Bekl.,
gegen **Gemeinde Tamins**, Kl. u. Anschluß-Ber.-Kl.

*Schadenersatz aus unerlaubter Handlung: Abwälzung eines Bussen-
erkenntnisses auf den wirklichen Täter. Art. 50, 51, 60 Abs. 1 OR.
— Verjährung? Art. 69 Abs. 2 eod. — Kauf. Rücktritt des Ver-
käufers, Art. 122, 123 und 124; 106, 108 OR. Verzicht des Ver-
käufers auf Erfüllung. — Vollmacht der Gemeindeorgane zu Kaufs-
abschlüssen etc., kantonales Recht, Art. 38 und 719 OR.*

A. Durch Urteil vom 16. Dezember 1905 hat das Kantons-
gericht des Kantons Graubünden erkannt:

Unter teilweiser Gutheißung der klägerischen Appellation wird
der Beklagte, J. C. Kieni, als solidarisch haftender Teilhaber der
gewesenen einfachen Gesellschaft Kieni & Bonderer, pflichtig er-
klärt, der Klägerin, Gemeinde Tamins, einen Gesamtbetrag von
4363 Fr. 75 Cts. als Schadenersatz zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil haben rechtzeitig und formrichtig der
Beklagte die Berufung und die Klägerin die Anschlußberufung an
das Bundesgericht ergriffen, der Beklagte mit dem Antrag:

Es sei die Klage abzuweisen, soweit sie den Betrag von 1659 Fr.
75 Cts. übersteigt; —

die Klägerin mit dem Antrag:

1. Kieni habe nicht nur 1504 Fr. für die zurückgelassenen
minderwertigen Stämme zu bezahlen, sondern auch 540 Fr. als
Ersatz für den gegen den klaren Wortlaut und Sinn des Kauf-
vertrages erfolgten Abzug für Splitterholz und für faules Holz.

2. Kieni sei pflichtig, der Gemeinde Tamins zu ersetzen den
Betrag, den er und sein Gesellschafter Bonderer als unrechtmäßi-
gen Gewinn aus den Waldungen gezogen haben, im ganzen
7000 Fr., eventuell eine Summe nach richterlichem Ermessen.

C. In der heutigen Verhandlung haben die Vertreter der Par-
teien je Gutheißung der eigenen und Abweisung der gegnerischen
Berufung beantragt. Dabei hat der Vertreter des Beklagten er-
klärt, er handle zugleich auch im Namen der Intervenienten, deren
Vollmacht er produziert hat.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Dem vorwürfigen Zivilprozeß liegt im wesentlichen folgen-
der Tatbestand zu Grunde:

Im Januar 1899 erlitten die „Kunkels-Waldungen“ der Klä-
gerin beträchtlichen Schaden durch Windwurf und Schneedruck.
Behufs Verkaufs der zu Schaden gekommenen, teils liegenden,
teils stark entgipfelten oder dürr gewordenen Stämme ließ die
Gemeinde im Mai eine Stempelung und Taxation derselben vor-
nehmen. Am 15. August erhielt sie die in § 15 der kantonalen
Forstordnung vom 30. Juni 1877 vorgefehene Verkaufsbewillig-
ung des Kleinen Rates. Das Holz wurde nun zum Verkaufe
auf dem Stock ausgeschrieben. Am 28. August wurden der Ge-
meindeversammlung die hierauf eingegangenen Kaufsofferten vor-
gelegt. Es wurde keine derselben angenommen, wohl aber, wie
das Protokoll sagt, „schließlich der endgültige Verkauf dem Vorstand
übertragen in dem Sinne, daß mit den Offerenten unterhandelt
werde, und soviel als möglich aus dem Holz zu ziehen.“ Am
4. September kam sodann zwischen dem Gemeindepräsidenten na-
mens der Klägerin als Verkäuferin und dem heutigen Beklagten
sowie dem Rechtsvorgänger der Intervenienten als Käufer ein
Kaufvertrag zum einheitlichen Preise von 9 Fr. per Festmeter zu
Stande. Das Kaufsobjekt wurde dabei einfach als „eine Partie
Windwurf- und Schneedruckholz“ bezeichnet. Aus dem Kaufver-
trag sind folgende Bestimmungen hervorzuheben:

a) „Alles gezeichnete und gestempelte Holz muß bis auf 12 Cm.
„am dünnen Ende nachgenommen werden.“

g) „Bis Mitte Dezember laufenden Jahres ist sämtliches Holz
„auf die Lagerplätze zu liefern. Während das Vieh auf die Herbst-
„weide getrieben wird, ist das Riesen einzustellen.“

i) „Ist das Holz auf den Lagerplätzen, so wird es in üblicher
„Weise gemessen, wobei die Käufer unentgeltlich Hilfe zu leisten
„haben.“

k) „Für weichrotes Holz wird ein Abzug nach Übereinkunft
„gemacht, hartrotes Holz und Splitterholz wird voll gemessen.“

Von dem Inhalte des Vertrages erhielten die übrigen Gemeinde-
organe, insbesondere auch der Förster, wie die Vorinstanz kon-
statiert, „zunächst keine Kenntnis“.

In der Folge ergab sich

a) daß 29 Stämme gefällt und weggeführt worden sind, welche mit einer ältern Stempelung als derjenigen vom Mai 1899 versehen waren und deren Wert mehr als 9 Fr. per Festmeter betrug;

b) daß 143 Stämme gefällt und weggeführt worden sind, welche überhaupt keine Stempelung trugen und ebenfalls mehr als 9 Fr. per Festmeter wert waren;

c) daß ferner 1003 mehr als 9 Fr. per Festmeter repräsentierende Stämme gefällt und weggeführt worden sind, welche mit einer nach dem 4. September vorgenommenen Stempelung versehen waren;

d) daß 1504 oder 1505 im Mai 1899 gestempelte, gegenüber dem Einheitspreise von 9 Fr. per Festmeter minderwertige Stämme von den Käufern nicht bezogen, sondern von der Klägerin weggeschafft und anderweitig veräußert worden sind;

e) daß für „hartrotes und Splitterholz“ 540 Fr. vom Kaufpreis in Abzug gebracht worden sind.

Durch Dekret des Kleinen Rates vom 26. April 1901 wurde die Klägerin wegen des sub a und b hievor erwähnten Tatbestandes mit 1600 Fr. gebüßt.

Im Mai 1901 erhob hierauf die Gemeinde gegen die beiden Käufer eine „Denunzie“ (Strafklage), wobei sie adhäsionsweise „Festsetzung der ihr durch die Schuldigen zu zahlenden Schadenersatzsumme“ verlangte.

In Erledigung dieser „Denunzie“ erkannte das Kantonsgericht von Graubünden am 13. Mai 1902 als Strafgericht:

1) „Johann Castisch-Kieni hat sich des Betruges in einem Betrage von über 850 Fr. schuldig gemacht.“

2) „Dafür wird er bestraft mit 5 Monaten Gefängnis und 5jähriger Einstellung in den bürgerlichen Ehren und Rechten nach Verbüßung der Strafe.“

3) „Johann Castisch-Kieni hat den von ihm gestifteten Schaden zu ersetzen. — (Kosten).“

2. Der vom Kantonsgericht als Zivilgericht der Klägerin zugesprochene Betrag setzt sich zusammen aus 2859 Fr. 75 Cts. Schadenersatz wegen der Nutzung von 143 nicht gestempelten und 29

altgestempelten Stämmen, einerseits, und 1504 Fr. Schadenersatz wegen Nichtbezuges minderwertigen, im Kaufe inbegriffenen Holzes (1504 oder 1505 Stämme) anderseits. In obigem Betrag von 2859 Fr. 75 Cts. ist ein Posten von 1200 Fr. = $\frac{3}{4}$ der der Klägerin wegen der Nutzung der 172 Stämme auferlegten Buße enthalten.

Indem der Beklagte und Hauptberufungskläger Reduktion der Urteilssumme auf 1659 Fr. 75 Cts. beantragt, bestreitet er, wie aus seiner Berufungserklärung ersichtlich ist, von den vorinstanzlich zugesprochenen Posten nur noch diejenigen von 1200 Fr. = $\frac{3}{4}$ der der Klägerin auferlegten Buße und von 1504 Fr. Schadenersatz wegen Nichtnutzung von 1504 oder 1505 minderwertigen Stämmen.

Über die Substanzierung der beiden Anschlußberufungsbegehren vergl. Erw. 5 und 6 hienach.

3. Seinen Antrag auf Streichung des vorinstanzlich zugesprochenen Postens von 1200 Fr. begründet der Beklagte und Hauptberufungskläger damit, daß nicht ersichtlich sei, aus welchem Rechtsgrunde eine gegen die Gemeinde ausgesprochene Buße auf jemand anders abgewälzt werden könne; auch wenn das kleinrätliche Bußendekret nicht den eigentlichen Schuldigen oder nicht den Hauptschuldigen sollte getroffen haben, so berechtigte dies die gebüßte Gemeinde doch nicht, auf dem Zivilwege von dem angebliehen Hauptschuldigen Ersatz der Buße zu verlangen.

Nun ist es allerdings richtig, daß, wenn die Gemeinde als der Übertretung der Forstordnung selber schuldig gebüßt worden wäre, sie den Beklagten nicht zivilrechtlich auf Ersatz der Buße belangen könnte und zwar auch dann nicht, wenn sie nachzuweisen in der Lage wäre, daß die betreffende Übertretung vom Beklagten und nicht von ihr begangen worden sei: Der Zivilweg ist nicht dazu da, um allfällige Mißgriffe der Straf- oder Administrativjustiz auszugleichen. Indessen ist, wie sich bei genauerer Prüfung des kleinrätlichen Bußendekretes ergibt, die Klägerin nicht wegen eigener Übertretungen der Forstordnung, ja nicht einmal wegen Duldung oder Begünstigung von solchen, sondern einzig und allein wegen der objektiven Tatsache bestraft worden, daß in ihren Waldungen derartige Übertretungen „vorge-

kommen sind". Die Motivierung des mehrerwähnten Dekretes enthält freilich nebenbei auch die Bemerkung, es sei „ein derartiger Unfug in diesem Umfange nur dadurch möglich" gewesen, „daß die Kontrolle seitens der Gemeinde eine offenbar mangelhafte war". Allein hieraus wurden keine weiteren positiven Schlüsse gezogen; insbesondere wurde nicht etwa hiemit die Verfüllung der Gemeinde (statt der Käufer) in eine Buße oder das hohe Maß dieser letztern (10 Fr. per Festmeter) begründet; im Gegenteil scheint das gesetzliche Bußmaximum deshalb gewählt worden zu sein, weil der Käufer Kieni, also der heutige Beklagte, wie sich das Dekret ausdrückt, „selber Förster ist und als solcher die „Forstordnung kennt und gezeichnete von ungezeichneten oder altgestempelten Stämmen genau zu unterscheiden weiß."

Ist somit die Klägerin nicht deshalb gebüßt worden, weil ihre Kontrolle eine mangelhafte war, sondern deshalb, weil in ihren Waldungen Übertretungen der Forstordnung vorgekommen sind, so ist sie nach Art. 50 OR berechtigt, von den Urhebern dieser Übertretungen Ersatz des ihr dadurch zugefügten Schadens, also u. a. Ersatz der über sie verhängten Buße zu verlangen.

Nun konstatiert die Vorinstanz in dem angefochtenen Urteil in nicht aktenwidriger Weise, „daß die widerrechtliche Nutzung des größten Teils (drei Viertel) der bewußten 172 Stämme durch die Käufer (also den heutigen Beklagten und den Rechtsvorgänger der Intervenienten) erwiesen ist." Es erscheinen somit in der Tat die Käufer Kieni & Bonderer zu drei Vierteln als die Urheber des der Klägerin zugefügten, durch den Betrag der Buße dargestellten Schadens. Für eine in absichtlich oder fahrlässig mangelhafter Kontrolle seitens der Gemeindeorgane liegende Mitschuld der Klägerin, welche nach Art. 51 OR eine weitere Herabsetzung der Entschädigung rechtfertigen würde, bieten die Akten keine genügenden Anhaltspunkte. Allerdings hatte der Kleine Rat in seinem Bußendekret die bereits erwähnte Bemerkung fallen lassen, es sei „ein derartiger Unfug in diesem Umfange nur dadurch möglich gewesen, daß die Kontrolle eine „offenbar mangelhafte war"; allein die Vorinstanz, auf deren tatsächliche Feststellungen es in erster Linie ankommt, hat in dem angefochtenen Urteil keine Handlung oder Unterlassung der Ge-

meindegane konstatiert, durch welche den Käufern die Nutzung der 143 nicht gezeichneten und der 29 altgestempelten Stämme erleichtert worden wäre, wie denn auch das Strafurteil, auf welches in dem vorliegenden Zivilurteil verwiesen wird, sich dahin ausgesprochen hatte, daß Kieni die 172 Stämme unter das andere Holz gemischt habe, „um so die bei der Messung anwesenden „Vertreter der Gemeinde Tamins glauben zu machen, daß sie zu „dem zum Verkaufe bewilligten Holze gehören."

Hat somit der Beklagte — der eine der beiden Schädiger im Sinne von Art. 60 Abs. 1 OR — die Organe der Klägerin absichtlich getäuscht — welche Täuschung vom kompetenten Strafrichter sogar als Betrug qualifiziert und mit 5 Monaten Gefängnis und 5jähriger Einstellung in den bürgerlichen Ehren und Rechten bestraft worden ist —, so liegt keine hinreichende Veranlassung zu einer Ermäßigung der vorinstanzlich auf 1200 Fr. festgesetzten Entschädigung vor. Für diesen Betrag haftet der Beklagte nach dem bereits zitierten Art. 60 Abs. 1 OR in vollem Umfange.

Die vom Beklagten erhobene und bezüglich dieses Postens noch in der Berufungsinstanz aufrecht erhaltene Verjährungseinrede ist nach Art. 69 Abs. 2 OR unbegründet. Denn die Klage wird aus einer Handlung hergeleitet, wegen welcher der Beklagte strafrechtlich verurteilt worden ist und für welche das einschlägige Strafrecht (s. § 54 bündn. StrGB) eine fünfjährige Verjährung vorschreibt. Die Verjährung war daher, als im Jahre 1903 die vorliegende Zivilklage eingereicht wurde, noch nicht abgelaufen, auch abgesehen davon, daß sie offenbar schon durch die Denunzie vom Mai 1901, welche u. a. den Antrag auf Festsetzung des Schadenersatzes enthielt, unterbrochen worden war.

4. Der andere Posten, dessen Streichung der Beklagte und Hauptberufungskläger verlangt, beträgt 1504 Fr. und stellt die Entschädigung dar, welche dem Beklagten vorinstanzlich wegen Nichtnutzung minderwertigen, aber im Kaufe inbegriffenen Holzes auferlegt worden ist.

Die Vorinstanz hat den Zuspruch dieses Postens damit motiviert, daß in der Vertragsbestimmung, wonach „sämtliches Holz bis Mitte Dezember 1899 auf die Lagerplätze zu liefern" war,

die Absicht der Parteien zu erblicken sei, „daß die betreffende von den Käufern geschuldete Handlung eben nur innert dieser Frist und nicht später erfolgen sollte“; die Klägerin sei daher, als Mitte Dezember noch nicht alles Holz weggeschafft war, nach Art. 123 und 124 OR berechtigt gewesen, in Bezug auf das noch im Wald befindliche verkaufte Holz ohne weiteres vom Vertrag zurückzutreten und Schadenersatz zu verlangen; der Schaden betrage 1504 Fr.

Demgegenüber ist zunächst zu bemerken, daß das in Frage stehende Kaufgeschäft, welches seinem ganzen übrigen Charakter nach ja zweifellos kein Firgeschäft, sondern ein Mahngeschäft war, nicht schon durch die angeführte Fristbestimmung in ein Firgeschäft umgewandelt worden ist: es war z. B. offenbar nicht die Meinung der Parteien, daß die Verkäuferin von Mitte Dezember an berechtigt sein solle, sich der Wegschaffung einer im Walde zurückgelassenen Partie Holz zu widersetzen, bloß deshalb, weil diese Wegschaffung einige Tage zu spät erfolge. Die Klägerin war vielmehr, wenn sie aus der Nichtwegschaffung oder nicht rechtzeitigen Wegschaffung des Holzes rechtliche Konsequenzen ziehen wollte, zum allermindesten verpflichtet, die Käufer unter Ansetzung einer Nachfrist im Sinne von Art. 122 OR zur Wegschaffung desselben aufzufordern; und erst, wenn trotz dieser Aufforderung das Holz nicht weggeschafft wurde, konnte es sich für sie allenfalls darum handeln, vom Vertrage zurückzutreten, sofern nämlich das saumselige Verhalten der Käufer überhaupt als Schuldnerverzug und nicht vielmehr als Gläubigerverzug zu charakterisieren war, in welchem letzterem Falle nach Art. 108 OR hätte vorgegangen werden müssen.

Nun hat aber weder eine Aufforderung im Sinne von Art. 122 OR noch eine Weigerung der Käufer im Sinne von Art. 106 stattgefunden, und es gestatteten auch nicht etwa die Umstände den Schluß, daß die Käufer den Vertrag ihrerseits nicht erfüllen wollten. Es würden also die ursprünglichen Obligationen der Parteien in Bezug auf jenes minderwertige Holz einfach noch fortbestehen, d. h. die Verkäuferin hätte dasselbe bereit zu halten und die Käufer hätten dasselbe abzuholen und zu bezahlen —, wenn nicht — und dies ändert die Situation — jenes Holz

von der Verkäuferin selber weggeschafft und anderweitig veräußert worden wäre.

Es könnte sich fragen, ob in Folge hiervon nicht sogar eine Unmöglichkeit der Erfüllung im Sinne von Art. 145 OR eingetreten sei: wenigstens waren die Käufer, nachdem das Holz von der Verkäuferin selber weggeschafft worden war, nicht mehr in der Lage, den laut Vertrag ihnen obliegenden Transport auszuführen. Indessen genügt es, daß die Handlungsweise der Klägerin jedenfalls einen Verzicht auf ihr Recht, von Kieni & Bonderer die Wegschaffung des Holzes zu verlangen, also einen Verzicht auf die Vertragserfüllung, in sich schließt. Hat aber die Klägerin selber auf die Erfüllung des Vertrages verzichtet, so kann sie nicht nachträglich wegen Nichterfüllung desselben einen Schadenersatzanspruch erheben.

Es ist also in diesem Punkte das angefochtene Urteil im Sinne der Hauptberufung abzuändern.

5. In ihrer Anschlußberufung verlangt die Klägerin zunächst den Zuspruch eines Postens von 540 Fr. für vertragswidrige Abzüge vom Kaufpreis.

Richtig ist, daß trotz der Bestimmung des Kaufvertrages, wonach „hartrottes und Splitterholz“ voll zu messen waren, seitens der Käufer für solches Holz Abzüge im Betrage von 540 Fr. gemacht worden sind. Allein die Vorinstanz konstatiert, daß dies „im Einverständnis mit den abrechnenden Gemeindeorganen“ geschehen ist; obgleich diese dabei vielleicht „nicht vollständig im Rahmen des ihnen gewordenen Verkaufsauftrages handelten“, so könne doch „den Käufern bei Vorhandensein dieser Einwilligung eine Vertragswidrigkeit nicht angelastet“ werden. Die Vorinstanz betrachtet also diejenigen Gemeindeorgane, welche den Abzug von 540 Fr. gestattet haben, als zu dieser Abänderung des Vertrages nach außen bevollmächtigt. An diese, auf der Anwendung kantonalen Rechtes (vergl. Art. 38 und 719 OR) stützende Auffassung des kantonalen Richters ist das Bundesgericht gebunden, und es ist daher ein Zurückkommen auf jene Abzüge ausgeschlossen.

6. Ähnlich verhält es sich mit der größern der beiden in der Anschlußberufung aufrecht erhaltenen Forderungen der Klägerin,

derjenigen von 7000 Fr. für unrechtmäßigen Gewinn der Käufer infolge Bezuges von 1003 nachgezeichneten Stämmen, welche bedeutend mehr wert gewesen seien, als der dafür bezahlte Preis von 9 Fr. per Festmeter.

Verkauft war laut dem bei den Akten liegenden Verträge „eine Partie Windwurf- und Schneedruckholz“. Sache der den Vertrag ausführenden Gemeindeorgane war es also, die als Schneedruck- und Windwurfholz sich darstellenden Stämme genau zu bezeichnen bezw. sich hierüber mit den Käufern zu verständigen. Ist nun Holz an die Käufer abgegeben worden, dessen Abgabe ursprünglich nicht vorgesehen worden war, ja vielleicht sogar gegen den Willen der Gemeindeversammlung verstieß, so fragt es sich einzig und allein, ob diejenigen Gemeindeorgane, welche den Käufern die Wegnahme dieses Holzes gestatteten, zur Ausführung des Vertrages nach außen kompetent waren. Die Vorinstanz bejaht dies, indem sie erklärt: „Jedenfalls hatten die die Nachzeichnung veranlassenden Gemeindeorgane, auf deren Auslegung „des Vertrages der Ausdehnung seines Gegenstandes nach die „Käufer sich verlassen mußten, das nachgezeichnete Holz darunter „mitinbegriffen.“

An diese Auslegung des einschlägigen kantonalen Rechtes ist das Bundesgericht wiederum gebunden. Sind also die Käufer durch den Bezug der 1003 nachgezeichneten Stämme zum Preise von nur 9 Fr. per Festmeter bereichert worden, so sind sie es nicht ohne Rechtsgrund, sondern infolge eines Dispositionsaktes der hiezu kompetenten Gemeindeorgane.

Die Klägerin hat, namentlich in der heutigen Verhandlung, noch ausgeführt, daß der Verkauf des nachgezeichneten Holzes nach § 19 in Verbindung mit § 15 der kantonalen Forstordnung nichtig gewesen sei, weil für dieses Holz die kleinrätliche Verkaufsbewilligung gefehlt habe. Aber auch in dieser Beziehung handelt es sich ausschließlich um kantonales Recht. Nur wenn gestützt auf Bestimmungen der kantonalen Forstordnung der kantonale Richter ein sonst gültiges Rechtsgeschäft ungültig erklärt hätte, wäre die Frage zu erörtern gewesen, ob und inwieweit die betreffenden Bestimmungen des kantonalen Rechtes mit dem schweizerischen Obligationenrecht verträglich seien (z. B. als Bestimmungen über

die Handlungsfähigkeit der Gemeinden [vergl. die bereits zitierten Art. 38 und 719 OR] oder als Bestimmungen über die dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen [vergl. Huber, Schweiz. Privatrecht, Bd. III, S. 17]). Wo aber, wie hier, der kantonale Richter vom Standpunkt des kantonalen Rechtes aus an einem bestimmten Rechtsgeschäft keinen Anstoß genommen hat, ist es nicht Sache des Bundesgerichtes, zu untersuchen, ob nicht vielleicht vom Standpunkt dieses kantonalen Rechtes doch etwas auszufehen gewesen wäre.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

In teilweiser Guttheilung der Hauptberufung und in Abweisung der Anschlußberufung wird die der Klägerin vom Beklagten zu bezahlende Summe von 4363 Fr. 75 Cts. auf 2859 Fr. 75 Cts. herabgesetzt.

45. Arrêt du 8 juin 1906, dans la cause Faron, déf. et rec.,
contre Barral, dem. et rec.

Louage d'ouvrage. — Accord des parties. Art. 1 et 2 CO. — Admissibilité de la preuve par témoins, art. 9 CO et droit cantonal. **Dol.** Art. 24 CO. Admissibilité de la preuve par témoins, fardeau de la preuve. Erreur, résultat du dol, relative à la solvabilité de la partie co-contractante. Le dol excuse toute négligence, même grossière, de la partie trompée. — Renvoi à l'instance cantonale dans le sens de l'art. 82 al. 2 OJF.

A. — Un acte intitulé « Convention principale », signé le 19 février 1898, à Porrentruy, par les deux parties au présent procès, porte entre autres :

« M. Faron, entrepreneur à Genève, s'engage envers le » père Barral qui accepte, de construire un immeuble d'une » superficie d'environ 1400 mètres, sur un terrain situé à » Immensee (Ecole apostolique de Bethléem), composé d'un » sous-sol, rez-de-chaussée et quatre étages, suivant les » plans dressés par M. Vallat, architecte à Paris, desquels