

**10. Auszug aus dem Urteil der 1. Zivilabteilung
vom 9. Februar 1918 i. S. Keim gegen Munzinger & Cie.**

Genuskauf. — Einrede, dass der Käufer zur Vermeidung bezw. Verminderung des Schadens einen Deckungskauf hätte vornehmen sollen. — Substanziierung dieser Einrede. — Ermittlung des Schadens auf Grund des Weiterverkaufspreises.

Der Beklagte Michael Keim in Zürich schloss im Januar 1916 mit der Klägerin Firma Munzinger & C^{te} in Zürich, zwei Kaufgeschäfte ab : Das erste, vom 11. Januar 1916, betrifft ca. 15,000 kg prima Kokosfett zu 2 Fr. 35 Cts. per Kg., das zweite 10,000 Kg. Schokolade verschiedener Marken zu 2 Fr. 60 Cts. per Kg. Der Beklagte lieferte weder die eine noch die andere Ware, worauf die Klägerin ihn vor Bezirksgericht Zürich um Zahlung eines Schadens von 6000 Fr. belangte, indem sie ausführte, sie hätte inzwischen die Schokolade zu 2 Fr. 80 Cts. per Kg. und das Kokosfett zu 2 Fr. 66 Cts. per Kg. weiterverkauft.

Der Beklagte bestritt weder diese Weiterverkäufe noch die von der Klägerin angegebenen Preise, wandte aber u. A. ein, dass die Klägerin sich anderweitig hätte « eindecken können » und zum Beweise hiefür verlangte er die Einholung eines Gutachtens.

Alle Instanzen wiesen die Einrede ab, das Bundesgericht aus folgender

Erwägung :

Der Beklagte behauptet nicht, dass die verkauften Waren zur Erfüllungszeit einen Markt- oder Börsenpreis gehabt hätten und dass die Klägerin nur berechtigt wäre, auf diesen Preis abzustellen (Art. 191 Abs. 3 OR). Er wendet bloss ein, « dass sie sich anderweitig hätte eindecken können ». Welchen Schluss er aus dieser Behauptung ableiten will, ist nicht ganz klar. Meint er damit, dass die Klägerin, zur Wahrung ihrer Rechte, einen Deckungskauf deswegen hätte vornehmen müssen, weil sie es in ihren Schreiben vom 17. und 31. Januar androhte,

so befindet er sich im Irrtum ; denn diese Anzeige kann nicht als ein Verzicht darauf aufgefasst werden, die Ware weiterzuverkaufen und den Schaden auf die Differenz zwischen dem Ankaufs- und dem Verkaufspreis einzufordern. Will der Beklagte aber sagen, dass ein Deckungskauf, wenn er möglich ist, eine wesentliche Voraussetzung des Schadenersatzanspruches wegen Nichterfüllung sei, so befindet er sich mit der Rechtssprechung des Bundesgerichtes in Widerspruch, die auch in neueren Entscheidungen eine allgemeine Pflicht des Käufers, sich unter allen Umständen einzudecken, wiederholt abgelehnt hat (AS 26 II S. 131, 139 ; 43 II S. 180 u. S. 221 ff. Urteil vom 7. Dezember 1917 in Sachen Kraye gegen Zivy, Erw. 6*). Das Bundesgericht steht auf dem Standpunkt, dass der Käufer, wenn er nicht gemäss Art. 191 Abs. 3 bei Markt- oder Börsenpreis die abstrakte Differenz einklagen will oder kann, entweder die Differenz geltend machen kann, zwischen dem Kaufpreis und einem eventuellen Deckungspreis (Art. 191 Abs. 2 OR), oder die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Preise, um welchen er die Ware weiterverkauft hat (unbeschadet übrigens anderweitiger Schadensberechnung nach Art. 191 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 97). Stellt der Käufer auf letztere Schadenersatzberechnung ab, so steht allerdings dem auf Bezahlung des Schadens belangten Verkäufers einredeweise der Einwand zu, dass durch einen Deckungskauf der Schaden hätte vermieden oder vermindert werden können : der Gläubiger (Käufer) habe daher den seiner Untätigkeit zuzuschreibenden Schaden ganz oder zum Teile an sich zu tragen (siehe insbesondere das vorgenannte Urteil in Sachen Kraye gegen Zivy Erw. 6). Es leuchtet aber ein, dass zur Substanziierung dieser Einrede, deren Beweis dem Verkäufer obliegt, nicht genügt, dem Käufer allgemein entgegenzuhalten, es sei ihm möglich gewesen einen Deckungskauf vorzunehmen. Das Argument ist erst dann schlüssig und der Verkäufer ist nur dann seiner Behauptung

* AS 43 II S. 784 ff.

tungspflicht nachgekommen, wenn er geltend macht, dass der Ersatzkauf um einen Preis und unter solchen Umständen hätte erfolgen können, die den Schaden vermindert oder abgewendet hätten, m. a. W., dass der Käufer die Ware um einen billigeren Preis hätte erwerben können als er sie weiterverkauft hat und so rechtzeitig, dass ihm möglich gewesen wäre, den Weiterverkauf zu halten.

Im vorliegenden Falle hat sich der Beklagte mit der allgemeinen Behauptung begnügt, dass die Klägerin sich hätte eindecken können : ob und unter welchen Umständen ein solcher Deckungskauf hätte erfolgen können und zur Vermeidung oder Verminderung des Schadens geeignet gewesen wäre, hat der Beklagte nicht behauptet. Die Einrede ist daher nicht genügend substantiiert ; mit Recht ist sie von der Vorinstanz abgewiesen worden. Damit fällt auch der eventuelle Antrag des Beklagten auf Rückweisung der Akten als gegenstandslos dahin.

11. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 1^{er} mars 1918

dans la cause **Marziano** contre **Hôpital cantonal de Genève**.

Le contrat en vertu duquel un malade est reçu dans un établissement officiel d'hospitalisation relève du droit public cantonal.

Francis Marziano est entré à l'Hôpital cantonal de Genève le 14 août 1913, atteint d'une affection pulmonaire et présentant des signes d'infection générale. Son état s'aggravant, on décida de lui faire un abcès de fixation. Il a quitté l'hôpital le 5 mars 1915. Actuellement la jambe gauche est de 8 centimètres plus courte que la jambe droite et le genou est presque complètement ankylosé.

Prétendant que cet état est une conséquence du fait qu'on a trop tardé à ouvrir l'abcès de fixation, Marziano a ouvert action à l'Hôpital cantonal de Genève en concluant au paiement d'une indemnité de 35 000 francs.

L'Hôpital cantonal a conclu à libération en contestant sa légitimation passive ; il expose que sa responsabilité ne saurait être engagée du fait des prétendues négligences commises par le service médical, car l'hôpital, soit la Commission administrative qui en est l'organe, n'a que des fonctions administratives et n'exerce pas de surveillance sur les médecins.

La Cour de Justice civile a, par arrêt du 28 septembre 1917, admis l'exception soulevée par la défenderesse et débouté le demandeur de ses conclusions. Cet arrêt est motivé comme suit :

D'après l'article 55 CCS la personne morale est obligée par les actes de ses organes. Les organes de l'Hôpital sont le directeur et la commission de surveillance instituée par la loi du 21 novembre 1900. Les médecins ne sont pas l'un des organes de l'établissement. Celui-ci reçoit les malades, assure leur entretien, mais n'a pas à intervenir dans le traitement médical qui est dirigé par des professeurs nommés par l'Etat. Si une faute est commise par les médecins traitants, ce sont eux seuls ou l'Etat qui peuvent en être rendus responsables. Les médecins ne rentrent d'ailleurs pas dans la catégorie des commis, employés et ouvriers mentionnés à l'art. 55 CO ; ils ne sont pas les auxiliaires prévus à l'art. 101. Quant à l'art. 97 CO il n'est pas applicable, car s'il y a contrat tacite entre l'Hôpital et le malade, c'est seulement en ce qui concerne l'entretien général, mais non les soins médicaux.

Marziano a recouru en réforme au Tribunal fédéral contre cet arrêt. Il conclut à l'adjudication de ses conclusions ou au renvoi de la cause à l'instance cantonale pour statuer sur le fond.

Considérant en droit :

L'action intentée à l'Hôpital cantonal de Genève a un double fondement, le demandeur prétendant, d'une part, que l'Hôpital a contrevenu à ses obligations con-