

Gründe, die eine Abweichung von der allgemeinen Regel rechtfertigen würden. Gerade im Hinblick auf die Versicherungsgesellschaften wurde die Bestimmung des Art. 51 in erster Linie in das Gesetz aufgenommen. Es erschien als unbillig, dass diese den Schaden auf *ex lege* haftende Personen sollten abwälzen können, während sie doch die Schadensmöglichkeiten in ihre Prämien einkalkulieren, und sich auf diese Weise bis zu einem gewissen Grade zum Voraus für künftige Schäden bezahlt machen können.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Klage wird abgewiesen.

**69. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Oktober 1921**  
i. S. Pärli & C<sup>ie</sup> gegen Meyer-Wittig.

Vertragsübernahme : Wesen und Voraussetzungen. Beweislast.

A. — Unterm 12. Februar 1917 bestellte die Kommanditgesellschaft E. Meyer & C<sup>ie</sup>, Stock- und Pfeifenfabrik in Laufen bei der Klägerin 100,000 Stück eiserne Stockspitzen zum Preise von 85 Fr. das Tausend, 20,000 Stück sofort lieferbar, der Rest auf Abruf. In Ausführung dieser Bestellung machte die Klägerin in der Folge mehrere Teillieferungen.

Im Juni 1917 gab die Schweiz. Pfeifen- und Stockfabrik Laufen A.-G. durch ein gedrucktes Zirkular bekannt, dass sie auf 1. Mai 1917 den Betrieb der Pfeifen- und Stockfabrik E. Meyer & C<sup>ie</sup> in Laufen übernommen habe. Ein entsprechendes Rundschreiben erliess auch die Firma E. Meyer & C<sup>ie</sup>, in welchem sie bemerkte, dass ihre Firma zufolge dieser Uebernahme in Liquidation getreten sei. Gestützt hierauf fakturierte die Klägerin am 18. Juli 1917 eine Teillieferung von 20,500

Stockspitzen der neuen A.-G. Schweiz. Pfeifen- und Stockfabrik, worauf ihr diese mit Schreiben vom 21. Juli 1917 ihr Erstaunen über die ohne Abruf erfolgte Sendung ausdrückte und gleichzeitig mitteilte, dass sie ihr inskünftig ohne vorgängige Verständigung gelieferte Ware zur Verfügung stellen werde. Unterzeichnet war die Zusage vom Direktor der A.-G., E. Meyer-Wittig, dem unbeschränkt haftenden Teilhaber der Firma E. Meyer & C<sup>ie</sup> in Liquidation. Mit Antwort vom 25. Juli 1917 rechtfertigte sich die Klägerin durch Berufung auf eine mit einem gewissen Roman gehabte Besprechung, worauf ihr die A.-G. unterm 26. Juli 1917 neuerdings erklärte : « ohne unser Einverständnis nehmen wir keine Sendung mehr an. » Auch dieser Brief war von Direktor Meyer-Wittig unterzeichnet.

Am 4. Oktober 1917 sodann schrieb die A.-G. als Antwort auf einen nicht bei den Akten liegenden Brief der Klägerin vom 29. September 1917, dass sie die Fabrik- liegenschaften nicht wie ursprünglich vorgesehen zu Eigentum, sondern nur pachtweise übernommen habe. Die Firma E. Meyer & C<sup>ie</sup> in Liquidation bestehe rechtsgültig weiter. Die A.-G. habe sich nur freiwillig anboten, die Bezahlung zu übernehmen ; dies könne sie aber nur tun, sofern ihr auf friedlichem Wege eine Verständigung mit der Klägerin gelinge ; andernfalls müsste sich diese an die Firma E. Meyer & C<sup>ie</sup> in Liquidation halten. Ein Recht, die A.-G. zu betreiben, stehe der Klägerin nicht zu, da ihr die A.-G., wie schon öfters betont, nichts schulde. Unterzeichnet war dieses Schreiben von den Prokuristen Weber und Meyer.

Am 14. November 1919 stellte die Klägerin der A.-G. Rechnung für eine weitere Lieferung von 21,056 Stück Stockspitzen im Betrage von 1966 Fr. 20 Cts. Mit von Direktor Meyer-Wittig unterzeichnetem Schreiben vom 17. November 1919 machte sie aber die A.-G. darauf aufmerksam, dass sie sich nur für ein kleines Kistchen Ware bezugsbereit erklärt habe ; mehr werde sie nicht

abnehmen. Daraufhin gelangte die Klägerin am 19. November 1919 an Meyer-Wittig als Direktor der A.-G. persönlich und verlangte Abnahme der in Erfüllung des mit ihm abgeschlossenen Vertrages gelieferten Ware; für den Unterlassungsfall drohte sie ihm mit rechtlichen Schritten. Mit Zuschrift vom 19. Februar 1920 teilte ihr die A.-G. mit, dass sie den Fakturabetrag von 1966 Fr. 20 Cts. im Laufe des Monats Februar nicht bezahlen könne, dagegen gewillt sei, einen Eigenwechsel per 31. März 1920 auszustellen; sie sei auch bereit, den Rest der Ware abzunehmen, obwohl sie hiefür noch keine Verwendung habe. Die Klägerin erklärte sich hiemit am 21. Februar 1920 einverstanden.

Mit Schreiben vom 17. November 1920 bestritt die A.-G. in der Folge nochmals die Rechtspflicht zur Abnahme der Ware und fügte wörtlich bei: « Wir verweigern somit jede Zahlung an Sie und würden eine eventuelle Sendung von Stacheln Ihnen zur Verfügung stellen. »

Im Dezember 1920 vereinigte sich die A.-G. Pfeifen- und Stockfabrik Laufen mit zwei andern Firmen zur Brunner-Pfeifenfabriken A.-G. in Laufen.

B. — Mit der vorliegenden Klage belangte die Klägerin E. Meyer-Wittig als unbeschränkt haftenden Teilhaber der Kommanditgesellschaft E. Meyer & C<sup>ie</sup> auf Abnahme von 25,228 Stück Stockspitzen und Bezahlung eines Betrages von 2346 Fr. 20 Cts., nebst 5½% Zins seit 9. Dezember 1920, eventuell Bezahlung einer richterlich festzusetzenden Summe nebst 5½% Zins seit einem richterlich zu bestimmenden Zeitpunkt.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage im wesentlichen mit der Begründung, dass die unterm 29. August 1917 ins Handelsregister von Laufen eingetragene Schweiz. Pfeifen- und Stockfabrik A.-G. mit Uebernahme der Kommanditgesellschaft E. Meyer & C<sup>ie</sup> in Aktiven und Passiven auch deren Verpflichtungen der Klägerin gegenüber übernommen habe; jedenfalls aber habe sie durch ihr Verhalten den am 12. Februar 1917

von der Firma E. Meyer & C<sup>ie</sup> abgeschlossenen Vertrag im Einverständnis mit der Klägerin übernommen.

C. — Mit Urteil vom 24. Mai 1921 hat der Appellationshof des Kantons Bern die Klage abgewiesen. In der Begründung wird ausgeführt, dass es sich nicht um eine Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven durch die A.-G. Schweiz. Pfeifen- und Stockfabrik Laufen handeln könne, da die nach Art. 181 OR erforderliche Publikation unterblieben sei. Dagegen liege eine durch konkludente Handlung erfolgte Einzelschuldübernahme vor, durch welche die frühere Schuldnerin, E. Meyer & C<sup>ie</sup>, von ihren Vertragspflichten befreit worden sei; denn durch die gewechselte Korrespondenz habe die neugegründete A.-G. deutlich zu erkennen gegeben, dass sie als Rechtsnachfolgerin der Genannten den Vertrag erfüllen wolle, und die Klägerin habe sich damit einverstanden erklärt, indem sie mit der A.-G. über weitere Bezüge unterhandelt, an dieselbe geliefert und von ihr Zahlung entgegengenommen habe, wie sich aus den Schreiben vom 21., 25. und 26. Juli 1917 und 10. und 17. November 1919 ergebe. In der Zuschrift der A.-G. an die Klägerin vom 4. Oktober 1917 werde allerdings der Standpunkt einer unverbindlichen Zahlungsübernahme vertreten. Allein eine solche könne nicht als der wirklichen Parteimeinung entsprechend angenommen werden. Um nicht als Schuldnerin zu gelten, hätte die A.-G. die erste auf ihren Namen ausgestellte Faktur vom 18. Juli 1917 zurückweisen müssen; sie habe dieselbe aber am 21. Juli 1917 entgegengenommen und in der Folge bezahlt. Darin liege eine stillschweigende Anerkennung ihrer Schuldnerenschaft. Ebenso habe sie die Sendung vom 14. November 1919 angenommen und bezahlt, und gerade durch ihre Bemängelung der Ware im Briefe vom 9. Dezember 1919 bewiesen, dass sie sich als Rechtsnachfolgerin der Firma E. Meyer & C<sup>ie</sup> betrachte. Dass auch die Klägerin diese Auffassung geteilt habe, gehe aus ihrem Schreiben vom 19. November

1919 hervor, worin sie der A.-G. mit rechtlichen Schritten wegen Nichteinhaltung ihrer Verbindlichkeiten drohte, sowie aus ihrer Zuschrift vom 21. Februar 1920, worin sie schrieb: « Wir notieren uns Ihr Versprechen, die Restanz Spitzen in zwei Malen Mitte April und anfangs Juni beziehen zu wollen. »

D. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Gutheissung der Klagebegehren.

E. — Der Beklagte hat Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — In Uebereinstimmung mit der Vorsintanz ist davon auszugehen, dass eine Uebernahme des Geschäftes der Firma E. Meyer & C<sup>ie</sup> mit Aktiven und Passiven durch die Schweiz. Pfeifen- und Stockfabrik A.-G. im Sinne von Art. 181 OR nicht erfolgt ist; es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden.

2. — Zu Unrecht hat sich aber die Vorinstanz bei Prüfung der Frage, ob die A.-G. anderweitig aus dem im Streite liegenden Verträge vom 12. Februar 1917 verpflichtet worden sei, darauf beschränkt, zu untersuchen ob eine Schuldübernahme im Sinne von Art. 175 ff. OR vorliege. Denn, wenngleich die Verpflichtungen des Käufers gegenüber dem Verkäufer Gegenstand einer Schuldübernahme sein können, so gilt dasselbe doch nicht auch von dem ganzen obligatorischen Verhältnis des Käufers zum Verkäufer; denn dieses schliesst, dem Wesen des Kaufvertrages als eines zweiseitigen Vertrages entsprechend, stets auch Rechte des Käufers in sich, die kraft einer Schuldübernahme dem Dritten — vorliegend der A.-G. — nicht zustehen würden. Entscheidend ist daher, ob die A.-G. in die durch Vertrag begründete Rechtsstellung des Beklagten in ihrer Gesamtheit, Rechte

und Pflichten umfassend, eingetreten und damit zur Vertragspartei geworden sei.

Dieser Eintritt eines Dritten in ein zweiseitiges Rechtsverhältnis an Stelle des einen Vertragsteils kann nun nur erfolgen unter der Voraussetzung, dass der andere Vertragsteil sich hiemit einverstanden erklärt. Danach trifft daher den Beklagten, der behauptet, an den erwähnten Vertrag nicht mehr gebunden zu sein, die Beweislast einmal für den Abschluss eines Vertrages zwischen der A.-G. und der Firma E. Meyer & C<sup>ie</sup>, wonach diese aus dem Vertragsverhältnis entlassen und durch erstere als Vertragspartei ersetzt worden ist, und weiter für den Abschluss eines Vertrages zwischen der Klägerin und der A.-G., wonach die letztere sich als Vertragspartei anboten und von der Klägerin angenommen worden ist.

a) Irgendwelche Beweise nun für eine Vereinbarung auf Vertragsübernahme zwischen der A.-G. und der Firma E. Meyer & C<sup>ie</sup> liegen nicht vor. Weder wurden bezügliche Aktenstücke ins Recht gelegt, noch ist Zeugenbeweis beantragt worden. Es kann sich daher nur fragen, ob eine solche aus der zwischen der Klägerin und der A.-G. gewechselten Korrespondenz oder dem Verhalten der A.-G. zu folgern sei. Auch dies ist zu verneinen, ganz abgesehen davon, dass es an sich gewagt erscheinen müsste, aus dem Verhalten dieser beiden allein auf ein Abkommen zwischen einer derselben mit einem Dritten (der Firma E. Meyer & C<sup>ie</sup>) zu schliessen. Nach Erhalt der beiden Zirkulare vom Juni 1917, worin der Uebergang des Betriebes der Firma E. Meyer & C<sup>ie</sup> an die neu gegründete A.-G. mitgeteilt und gleichzeitig der unbeschränkt haftende Teilhaber der Kommanditgesellschaft Meyer-Wittig als Direktor der A.-G. mit Einzelunterschrift vorgestellt wurde, hat die Klägerin die Lieferungen allerdings an die A.-G. adressiert, die sie entgegennahm und bezahlte. Allein hiebei ist festzustellen, dass die Korrespondenz zunächst ausschliesslich vom Beklagten selbst ausging und ihr daher angesichts dessen Doppelstellung

von vorneherein nicht volle Beweiskraft zukommen kann. Eine ausdrückliche Erklärung, dass die A.-G. in den Vertrag eingetreten sei, findet sich in der Korrespondenz nicht; ihr Inhalt lässt sich daher ebensogut mit der Auffassung verbinden, dass die A.-G. nur freiwillig, ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zur Annahme und Bezahlung der Sendungen bereit war. Hiefür spricht denn auch überzeugend der Umstand, dass im ersten von andern Vertretern der A.-G. unterzeichneten Schreiben vom 4. Oktober 1917 ausdrücklich darauf verwiesen wird, die A.-G. habe gegenüber der Klägerin keine rechtlichen Verpflichtungen, schulde ihr nichts, sie nehme die Ware nur freiwillig an, wenn sie sich mit der Lieferantin verständigen könne, andernfalls möge sich diese an die rechtsgültig weiterbestehende Firma E. Meyer & C<sup>ie</sup> in Liquidation halten. Diese Auffassung ist vom Beklagten, der vom Inhalt der Zuschrift ohne Zweifel Kenntnis haben musste, da die Sache auch den Verwaltungsrat beschäftigte, in der Folge, soweit die Akten Aufschluss geben, nie als unrichtig bezeichnet worden. Jedenfalls aber hat die A.-G. den in diesem Schreiben vertretenen Standpunkt späterhin weder ausdrücklich noch stillschweigend aufgegeben. Ein Abweichen von ihrer Stellungnahme ist weder in ihrem Schreiben vom 19. Februar 1920, worin sie sich bereit erklärte, die restanzlichen Spitzen abzunehmen, noch in der tatsächlich erfolgten Abnahme zu erblicken. Denn die Annahme der Ware hat die A.-G. mit Ausnahme im Schreiben vom 17. November 1920 nie unter allen Umständen abgelehnt, sondern nur die rechtliche Abnahmepflicht bestritten.

Bei dieser Sachlage ist daher die Vereinbarung einer Vertragsübernahme zwischen der Firma E. Meyer & C<sup>ie</sup> und der neugegründeten A.-G. Schweiz. Pfeifen- und Stockfabrik Laufen nicht als erwiesen anzunehmen.

b) Aber auch den Nachweis eines Vertragsschlusses zwischen der Klägerin und der A.-G. hat der Beklagte nicht erbracht; denn nach der Aktenlage hat die an-

gebliche Uebernehmerin der Klägerin nie eine Mitteilungs über ein internes Abkommen mit der Firma E. Meyer & C<sup>ie</sup> gemacht oder eine Offerte auf Eintritt in das Vertragsverhältnis gestellt. Die Frage, ob dabei diese Uebernahmeofferte auch durch konkludente Handlung erfolgen konnte, kann auf sich beruhen bleiben, da jedenfalls ein konkludentes Handeln in bestimmter, unzweideutiger Weise den Willen der Parteien, für den ursprünglichen Vertragsteil in das Rechtsverhältnis einzutreten, und die neue Vertragspartei unter Entlassung der alten anzunehmen, zum Ausdruck bringen müsste. Dies trifft aber vorliegend, wie erwähnt, nicht zu. Nicht nur hat die A.-G. eine vertragliche Bindung nicht anerkannt, sondern sie schon im Oktober 1917 ausdrücklich bestritten und erklärt, die Ware nur aus freien Stücken bei gegenseitiger Verständigung abnehmen zu wollen. Mangels einer Offerte seitens der A.-G. kann daher von einem Eintritt derselben in das Vertragsverhältnis, auch wenn die Klägerin damit einverstanden gewesen wäre, wofür in der Tat die Akten sprechen, keine Rede sein; umsoweniger lässt denn auch die Tatsache, dass die Klägerin an die A.-G., deren Direktor der Beklagte war, weiterlieferte, den Schluss zu, sie hätte die Firma E. Meyer & C<sup>ie</sup> aus dem Verträge entlassen.

Sind somit die Voraussetzungen einer Vertragsübernahme durch die A.-G. Schweiz. Pfeifen- und Stockfabrik Laufen nicht erfüllt, so folgt hieraus für den Beklagten als unbeschränkt haftenden Teilhaber der unterm 29. Oktober 1918 im Handelsregister gelöschten Kommanditgesellschaft E. Meyer & C<sup>ie</sup> die Verpflichtung zur Erfüllung des am 12. Februar 1917 abgeschlossenen Vertrages.

3. — Was die Höhe der geltend gemachten Forderung anbetrifft, ist davon auszugehen, dass der Preis vertraglich auf 85 Fr. pro 1000 Stück Stockspitzen festgesetzt wurde. Unter Berufung auf die Tatsache, dass die A.-G. den ihr mit Faktur vom 14. November 1919 auf 93 Fr.

erhöhten Preis anerkannt und bezahlt habe, verlangt die Klägerin nun auch 93 Fr. pro 1000 Stück. Der Beklagte hat diese Preiserhöhung eventuell mit Recht bestritten. Denn abgesehen davon, dass die Anerkennung des erhöhten Preises seitens der A.-G. den heutigen Beklagten als Dritten nicht bindet, bezieht sich die mit Schreiben vom 19. November 1919 begründete Preiserhöhung in Gestalt eines Zuschlages von 6% Verzugszinsen nur auf die damals in Frage stehende Lieferung von 21,056 Stockspitzen. Ueber ihre Schadloshaltung für die ihr aus der Abnahmeverzögerung hinsichtlich der noch ausstehenden Vertragsware erwachsenden Nachteile spricht sich die Klägerin in diesem Schreiben nicht aus; es ist daher auf den ursprünglichen Preis von 85 Fr. pro 1000 abzustellen. Dass noch 25,228 Stück zu beziehen sind, ist nicht bestritten, und es ergibt sich demgemäss als Kaufpreisrestanz ein Betrag von 2144 Fr. 38 Cts., wie ihn die Klägerin eventuell geltend machte. Dabei sind selbstverständlich dem Beklagten alle mit der Vertragserfüllung seitens der Klägerin zusammenhängenden Einreden gewahrt.

Als Abrufsfrist erscheint die Zeit bis 19. November 1919 reichlich bemessen, und sind daher von diesem Tage an Verzugszinsen zu dem verlangten Ansatz von 5 ½ % zu berechnen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird begründet erklärt, das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 24. Mai 1921 aufgehoben, und die Klage dahin gutgeheissen, dass der Beklagte verpflichtet wird, 25,228 Stück Stockspitzen abzunehmen und an die Klägerin 2144 Fr. 38 Cts., nebst 5 ½ % Zins seit 19. November 1919 zu bezahlen.

70. Urteil der II. Zivilabteilung vom 6. Oktober 1921

i. S. Dubach gegen Altorfer und Genossen.

Art. 56 ff. OG. Augenschein und Expertise in der Berufungsinstanz. — Haftung für Unfall bei einer Dreschmaschine aus Werkschaden gemäss Art. 58 OR und aus Verschulden gemäss Art. 41 ff. Haftung des Dienstherrn gemäss Art. 339 OR wegen Verwendung eines Knaben an gefährlicher Stelle auf einer Dreschmaschine. Solidare Haftung gemäss Art. 51 OR.

A. — Der im Jahre 1904 geborene Kläger Martin Dubach war im landwirtschaftlichen Betriebe des Beklagten Altorfer angestellt und leistete daselbst am 20. Oktober 1919 beim Dreschen Aushilfe. Das Dreschen erfolgte dabei auf einer mit elektrischem Motor betriebenen Maschine, die dem mitbeklagten landwirtschaftlichen Verein Winkel-Rüti gehörte, der damit bei den Landwirten gegen Stundenlohn zu dreschen pflegte. Am genannten Tage bedienten die beiden Angestellten des Vereins, die Beklagten Albert Kern und Heinrich Meier, die Maschine, und zwar besorgte Kern den vor der Tenne aufgestellten Motor, und Meier hatte die Garben in die Maschine, die in der Tenne aufgestellt war, zu verbringen. Die Hilfgeschäfte wurden vom Beklagten Altorfer, seinem Sohne und seinen Angestellten verrichtet, und zwar fand dabei der Kläger in der Weise Verwendung, dass er am Vormittag auf dem Tische der Maschine, einem schräg vor der Einlassöffnung abfallenden Brett, die aufgelösten Garben auszubreiten und dem ebenfalls auf der Maschine stehenden Drescher zuzuschieben hatte, der sie durch die Einwurföffnung, einem nach vorn mit einem Schutzmantel gedeckten, nach hinten] (gegen den Tisch zu) aber offenen Schlitz, dem innern Getriebe der Maschine zuführte. Als gegen Mittag das Dreschen der Garben beendet war und die Maschine stillestand, wurden, während die übrigen Arbeiter etwas ausruhten, von