

vorzubehalten; Sache der Rückbürgen wäre es gewesen, diesen Schein zurückzufordern, wenn sie im Glauben standen, die ursprüngliche Bürgschaft sei aufgehoben worden. Die Unterlassung der Rückforderung legt daher den Schluß nahe, daß auch sie an eine Neuerung der Bürgschaft nicht gedacht haben.

10. Rechtlich durchaus unerheblich ist die Tatsache, daß die Eidgenössische Bank in ihrer Forderungsanmeldung im Konkurse des Hauptschuldners ausschließlich auf den Bürgschein vom Jahre 1885 Bezug genommen hat; sie konnte selbstverständlich nur auf dieses Beweismittel Bezug nehmen, welches an Stelle des früheren getreten war.

11. Was sodann die Einrede der Verwirkung wegen unterlassener Nachladung des Beklagten zum Konkurs des Hauptschuldners betrifft, so ist dieselbe bereits durch die Vorinstanz durch den Hinweis darauf widerlegt worden, daß eine solche Regreßanzeige nach dem eidgenössischen Obligationenrecht nicht erforderlich war.

12. Bezüglich der weiteren Einrede, dahin gehend, der Kläger habe anlässlich der Festsetzung des von jedem einzelnen Bürgen zu zahlenden Betrages auf die Geltendmachung der Rückbürgschaft verzichtet, stellt die Vorinstanz fest, daß eine solche Verzichtleistung nicht nachgewiesen sei. Etwas Weiteres hat der Beklagte in dieser Richtung nicht geltend gemacht, als daß die bezüglichen Summen von den Bürgen, und so auch vom Kläger à fonds perdu bezahlt worden seien. Daß er hiebei die Meinung gehabt habe, der Kläger verzichte damit auch auf sein Rückgriffsrecht gegenüber dem Rückbürgen, ist vom Beklagten in keiner Weise glaubhaft gemacht worden und darf daher, da Verzichte nicht zu vermuten sind, nicht angenommen werden. Aus dem letztern Grunde erscheint im weitern auch völlig unerheblich, daß Kläger mit der Geltendmachung der Rückbürgschaft etwas lange zugewartet hat.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung des Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und daher das Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 5. Mai 1894 in allen Teilen bestätigt.

### 100. Urteil vom 22. September 1894 in Sachen Weißer gegen Kund.

A. Durch Urteil vom 25. Juni 1894 hat das Appellationsgericht von Baselstadt erkannt: Es wird das erstinstanzliche Urteil bestätigt. Das erstinstanzliche Urteil lautete: Es wird die Forderung des Beklagten an den Kläger gemäß Betreuung Nr. 12,182 vom 23. Februar 1894, soweit sie 2611 Fr. 07 Cts. und Zins zu 5 % seit 1. Januar 1894 übersteigt, aberkannt. — Das weitere Rechtsbegehren des Klägers wird abgewiesen.

B. Gegen ersteres Urteil erklärte der Kläger die Berufung an das Bundesgericht, indem er beantragte, es sei der Beklagte prinzipiell für den Schaden haftbar zu erklären, welcher dem Kläger infolge Lieferung von Lampen an seine Konkurrenz seit 26. November 1892, eventuell seit 1. Juni 1893 bis zur Zeit der Anhebung der Klage, 24. März 1894, entstanden sei. Ferner sei den vom Kläger behufs Feststellung dieses Schadens gestellten Beweisansprüchen gemäß Art. 82 D.-G. Folge zu geben, und die zuzusprechende Schadenersatzsumme mit der anerkannten Forderung von 2711 Fr. 07 Cts. samt Zins zu verrechnen, letztere demgemäß ganz oder teilweise abzuerkennen.

Der Beklagte beantragt Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im November 1892 übertrug die Firma Welsbach & Williams in Wien, welche damals das Patent des Dr. C. Auer für Gasglühlicht exploitierte, den Alleinverkauf ihrer Artikel bis auf weiteres dem heutigen Kläger B. Weißer in Basel, wogegen dieser sich verpflichtete, alle auf das Gasglühlicht bezüglichen Artikel und Glaswaren von der genannten Firma zu beziehen und außerhalb Basels nichts zu verkaufen. Laut Circular vom Juni 1893 ging dann die Firma Welsbach & Williams mit allen Aktiven in das Eigentum der neugegründeten „Österreichischen Gasglühlicht-Aktiengesellschaft“ über. Letztere errichtete darauf unterm 1. Juli gleichen Jahres in Zürich eine Centralstelle für den Betrieb ihrer Fabrikate und ernannte den heutigen Beklagten B. Kund zu ihrem dortigen Generalrepräsentanten, der alle ge-

trossenen Vereinbarungen mit Rechten und Pflichten übernahm; immerhin sollten die Zahlungen für die von genannter Gesellschaft bis 30. Juni 1893 gelieferten Waren direkt an die Gesellschaft geleistet werden. Unterm 27. Juli 1893 kam dann zwischen Kläger und Beklagten eine Übereinkunft zu Stande, deren wesentliche Bestimmungen dahin gingen: Der Generalrepräsentant B. Kund trat dem Kläger Weißer gegenüber in alle Verbindlichkeiten der Österreichischen Gasglühlicht-Aktiengesellschaft ein, so daß letzterem gegen diese Firma keinerlei Ansprüche mehr zustanden. Weißer erhielt bis auf weiteres den ausschließlichen Vertrieb des Gasglühlichtes für die Stadt Basel, Bistal und Rheinfelden und verpflichtete sich, die bezüglichen Artikel ausschließlich von der Generalrepräsentanz der genannten Gesellschaft zu beziehen, welche ihrerseits Lieferung zu bestimmten Preisen zusagte, u. s. w. Mit Schreiben vom 8. August 1893 teilte sodann der Direktor der gleichen Gesellschaft dem heutigen Kläger mit, daß dessen Vertragsverhältnis zur Gesellschaft laut deren Übereinkunft mit Kund nur im Einverständnis mit genanntem Direktor gekündet werden dürfe. Unterm 12. August 1893 richtete Weißer ein Schreiben an die Zürcher Generalrepräsentanz, worin er sich darüber beklagte, es werde in seiner nächsten Nachbarschaft Gasglühlicht zu jedem Preis verkauft; das Licht sei das Gleiche wie aus Wien und er könne nicht herausbringen, wo es herkomme, u. s. w. Zugleich bat er um Untersuchung der Sache. Unterm 17. August 1893 antwortete die Direktion der Gesellschaft, es werde dortseits mit der Abgabe von Lampen und Glühkörpern so strenge verfahren, daß es ihr unmöglich erscheine, daß Lampen auf legalem Wege an die Konkurrenz des Weißer gelangt sein könnten. Am 14. September 1893 stellte die Gasglühlicht-Aktiengesellschaft dem Weißer für bis 1. Juli gleichen Jahres gelieferte Waren Rechnung, die zu ihren Gunsten einen Saldo von 1337 Fl. 15 Kr. österreichischer Währung aufwies. Unterm 25. gleichen Monats erklärte B. Weißer, obigen Saldo als richtig befunden zu haben; im gleichen Schreiben machte er die Gesellschaft darauf aufmerksam, seine Konkurrenz habe 3000 Glühkörper von Wien mitgebracht und lache die offiziellen Vertreter einfach aus. Mit Schreiben vom 1. Oktober 1893 teilte sodann B. Kund dem

Weißer mit, er habe aus einer offiziellen Liste der Gasglühlicht-Aktiengesellschaft entnommen, daß diese unter andern auch an die Basler Firma G. Kiefer & Cie. direkt mehrere hundert Lampen geliefert habe; wenn von solchen Firmen Bestellungen einlaufen sollten, so werde er sie, falls alle Garantien für Preishaltung, zc. geboten seien, nicht zurückweisen können. Unterm 2. Oktober 1893 drohte hierauf Weißer dem Kund, er werde gegenüber direkten Lieferungen an Basler Häuser in Wien vorstellig werden. Einerseits beharrte Kund unterm 7. gleichen Monats auf dem Inhalt seines Schreibens vom 1., und erklärte dann wieder unterm 20. Oktober 1893 ausdrücklich, er werde einigen Basler Firmen liefern, die schon früher direkte Kunden des Wiener Hauses waren. Diese Erklärung wurde mit Schreiben Kunds vom 21. Oktober bestätigt. Mit Schreiben vom gleichen Datum erwiderte Weißer, daß er die von Kund in Aussicht gestellte Lieferung von Gasglühlicht an andere Basler Installateure als Vertragsbruch betrachte, für welchen er ihn verantwortlich machen werde, nachdem er sich vorerst in dieser Sache nach Wien gewendet. Unterm 12. Dezember 1893 teilte die Österreichische Gasglühlicht-Aktiengesellschaft dem Weißer unter Bezugnahme auf die Faktur vom 14. September gleichen Jahres mit, sie habe ihr Guthaben von 1337 Fl. 15 Kr. per 30. dieses Monats auf ihn entnommen. Weißer antwortete hierauf unterm 14. gleichen Monats, indem er bat, nicht auf ihn abzugeben, er werde nach Neujahr direkt durch den Basler Bankverein regulieren. In der Folge zeigte die mehrgenannte Gesellschaft unterm 3. Januar 1894 dem Weißer an, sie habe ihre obgenannte Forderung an ihn dem Kund abgetreten; dieser verlangte darauf unterm 6. gleichen Monats Bezahlung des betreffenden Betrages sowie weiterer 259 Fr. 75 Cts. für bei ihm bezogene Waren. Von letzterem Betrag anerkannte Weißer nur 232 Fr. als an Kund geschuldet an und setzte letzteren davon in Kenntnis. Nachdem Kund unterdessen eine Bestellung Weißers vom 15. Dezember 1893 betreffend 100 Glühlampen unausgeführt gelassen hatte, und Reklamationen in Wien erfolglos geblieben waren, teilte Kund schließlich unterm 17. Januar 1894 dem Weißer mit, daß das Übereinkommen vom 27. Juli 1893 als erloschen zu betrachten sei und

die Vertretung für das Auerlicht ihm, dem Weißer, nicht mehr zustehe.

Rund leitete darauf für die Beträge von 232 Fr. nebst Zins à 5 % seit 30. Dezember 1893, und 1337 Fl. 15. Kr. österreichischer Währung, umgerechnet in 2941 Fr. 73 Cts. nebst Zins à 5 % seit 1. Juli 1893, gegen B. Weißer Vertreibung ein, gegen welche jedoch letzterer Rechtsvorschlag erhob. Als sodann provisorische Rechtsöffnung gewährt wurde, klagte Weißer gemäß Art. 83 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs auf Auerkennung der Forderung von 2941 Fr. 73 Cts., unter Kostenfolge.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage und Auerkennung seiner Forderung im Betrage von 1337.15 à 202.76 Fl. ö. W. = 2711 Fr. 07 Cts., unter Kostenfolge.

Es ergingen sodann die sub Fakt. A erwähnten Urteile, von denen dasjenige der Vorinstanz im wesentlichen wie folgt motiviert ist: Die erste Instanz habe in zutreffender Weise in der vorbehaltlosen Schuldanerkennung des Klägers vom 14. Dezember 1893 den Verzicht auf eine Entschädigungsforderung wegen Lieferung von Waren an Konkurrenten erblickt. Es unterliege keinem Zweifel, daß Kläger schon seit längerer Zeit, des Bestimmtesten jedenfalls durch die eigene Mitteilung des Beklagten vom 20. Oktober 1893, von der Tatsache Kenntnis hatte, daß auch andere (Basler-)Firmen von dem Beklagten und der hinter ihm stehenden Gesellschaft bedient wurden. Wenn er dennoch im Dezember dem ihm zugestellten Rechnungssaldo gegenüber keinen Vorbehalt der Entschädigung machte, so erkläre sich dies eben aus der prekären Stellung, die ihm der für ihn fatale Vertrag gegeben und die ihn fortwährend zu einem unbestimmten Auftreten veranlaßt hatte, indem er nie wagte, entschieden seinen Widerspruch geltend zu machen, um nicht Gefahr zu laufen, daß ihm der Vertrieb der Ware von der Gesellschaft überhaupt entzogen werde. Diesbezüglich seien die Ausführungen der ersten Instanz sowie der daraus gezogene Schluß richtig und daher zu bestätigen. Betreffs der geforderten Entschädigung für nicht gelieferte Glaskörper habe das Gericht in den Akten keine Anhaltspunkte für eine mathematische Berechnung gefunden, und verspreche auch eine Expertise keinen

Erfolg. Jedenfalls erscheine eine bezügliche Forderung von 1000 Fr. als übertrieben, und sei kein Grund vorhanden, über die von der ersten Instanz hiefür gesprochenen 100 Fr. hinaus zu gehen.

Gegen dieses Urteil machte Kläger auf dem Berufungswege beim Bundesgericht im wesentlichen Folgendes geltend: Die Auslegung seiner Zuschrift vom 14. Dezember 1893 als Verzicht auf seine Entschädigungsforderung sei rechtsirrtümlich. Ein solcher Verzicht sei weder ausdrücklich ausgesprochen worden, noch aus den Umständen abzuleiten. Am 14. Dezember habe sich Kläger noch fest auf die Unterstützung des Wiener Hauptgeschäftes verlassen, von dem er auch annahm, daß es die Aufhebung der Agentur durch Rund niemals genehmigen werde. Diese Genehmigung sei denn auch bis zur Stunde nicht erfolgt und Kläger habe sich nach dieser Richtung alle Rechte gewahrt. Als Rund am 1. Oktober 1893 ihm anzeigte, daß er auch an die Konkurrenz zu liefern beabsichtige, habe Kläger davor gewarnt und mit Geltendmachung seiner Rechte gedroht. Diese Erklärung habe nun Kläger weder ausdrücklich noch stillschweigend zurückgenommen; man könne auch von ihm nicht verlangen, daß er sie auch noch am 14. Dezember 1893 hätte wiederholen und seine Entschädigungsansprüche aus etwaiger Vertragsverletzung neuerdings hätte vorbehalten sollen. Die Zuschrift vom 14. Dezember 1893 habe nicht den Zweck gehabt, eine Schlußabrechnung zu genehmigen oder eine auf den gesamten Inhalt der gegenseitigen Rechtsbeziehungen bezügliche Willenserklärung abzugeben. Vielmehr habe es sich nur um einen einzelnen Posten eines größeren Geschäftsverkehrs gehandelt, und könnten daher in die betreffende Willenserklärung nicht Dinge hineingelegt werden, die sich, wie eben die Schadenersatzforderung, auf den gesamten Geschäftsverkehr bezögen. Die Annahme des Appellationsgerichtes, daß Kläger jedenfalls am 20. Oktober 1893 von den vertragswidrigen Lieferungen an seine Konkurrenz erfahren habe, könne selbst wenn sie richtig wäre, nichts zu Ungunsten des Klägers beweisen. Denn der Kläger habe seinerseits darauf vertrauen dürfen, daß die Gegenpartei seine Reklamation kenne, und habe, da er kein Accept gab, noch immer hoffen können, seinen Anspruch eventuell später geltend

machen zu können, wenn der Schaden sich als erheblich genug darstelle. Jedenfalls habe Kläger aus der Korrespondenz nicht ersehen können, wie hoch sich der Schaden belaufen werde. Übrigens stehe die Annahme, daß Kläger am 14. Dezember 1893 von einer während der Vertragsdauer tatsächlich erfolgten Lieferung an die Konkurrenz gewußt habe, im Widerspruch mit den Akten. Kund spreche in allen seinen Briefen davon, er werde liefern, aber nirgends davon, daß er geliefert habe. Im Schreiben vom 1. Oktober, wo von mehreren hundert an Kiefer gelieferten Lampen die Rede sei, handle es sich um solche Lampen, welche vor Übertragung des Alleinverkaufsrechts an Weißer anderen Firmen geliefert worden sein sollten. Es falle endlich in Betracht, daß Kläger Weißer vom Hauptgeschäfte Wien aus auf seine Reklamationen hin beruhigt worden sei.

Der Berufungsbeklagte führt hiegegen in der Hauptsache Folgendes aus: Die Vorinstanzen hätten tatsächlich festgestellt, daß der Berufungskläger unzweifelhaft schon seit längerer Zeit, nämlich anfangs Oktober 1893, jedenfalls aber durch die eigene Mitteilung des Berufungsbeklagten vom 20. Oktober, davon Kenntnis hatte, daß letzterer bzw. die Gasglühlicht-Aktiengesellschaft auch an andere Basler Firmen Waren lieferte. An diese Feststellung sei das Bundesgericht gebunden; dieselbe stehe auch mit den Akten nicht in Widerspruch, wie denn auch der Kläger selbst zum Beweise der vertragswidrigen Lieferung an seine Konkurrenz sich auf die betreffenden Akten, speziell das Schreiben des Berufungsbeklagten vom 1. Oktober 1893 berufe. Der kantonale Richter ziehe nun aus obiger Tatsache folgende Schlüsse: Trotzdem Kläger schon im Oktober 1893 alle Veranlassung gehabt hätte, seine heutige Ersatzforderung geltend zu machen, habe er sich noch im Dezember mit der Abrechnung der Gasglühlicht-Aktiengesellschaft vorbehaltlos einverstanden erklärt und ein Zahlungsverprechen abgegeben. Unter diesen Umständen könne er jetzt nicht mehr auf eine Verrechnung zurückkommen, sondern sei ein Verzicht auf die ihm damals schon bekannte Gegenforderung anzunehmen. Diese Schlussfolgerungen enthielten nun keinen Rechtsirrtum. Wenn Kläger behaupte, er habe am 14. Dezember keine Schlussabrechnung genehmigen wollen, so ergebe sich im Gegensatz hiezu aus den Akten, daß die vertraglichen Beziehungen zwischen

Weißer und der Gasglühlicht-Aktiengesellschaft schon seit Juli 1893 aufgehört hatten und abgemacht worden war, daß Zahlungen für die bis 30. Juli 1893 gelieferten Waren an genannte Gesellschaft geleistet werden sollten. Wenn selbe daher dem Kläger ihren Schlußkontokorrent zugesandt und Zahlung verlangt habe, so habe sie damit nichts anderes wollen können, als einerseits ihre eigene Forderung endgültig feststellen und andererseits dem Kläger Gelegenheit geben, seine allfälligen Ansprüche aus dem Vertrage geltend zu machen. Wenn Weißer, entgegen seiner früheren Drohung, damals seine behauptete Schadenersatzforderung nicht geltend machte, so ergebe sich daraus unabweislich, daß er auf selbe verzichten wollte. Was den weitem Einwand betreffe, Kläger habe damals die Höhe des Schadens nicht gekannt, so sei bezüglich derselben auch jetzt nicht mehr Material beigebracht worden, als schon im Dezember 1893 zu Gebote stand und hätte die behauptete Forderung trotzdem schon damals prinzipiell geltend gemacht werden können. Eventuell werde bemerkt, daß Kläger eine Forderung nur aus Vertragsverletzung der Gasglühlicht-Aktiengesellschaft und Kunds, nicht aber der Firma Welsbach & Williams geltend machen könnte, indem die erstgenannte Gesellschaft nicht etwa Rechtsnachfolgerin der letztern sei.

3. Vor den kantonalen Gerichten lagen zwei Punkte im Streit; erstens die Schadenersatzforderung des Weißer wegen vertragswidriger Nichtlieferung von Glühkörpern und zweitens eine solche Forderung der gleichen Partei wegen vertragswidriger Lieferung von Gasglühlichtartikeln an ihre Basler Konkurrenten. Was nun den ersteren Streitpunkt betrifft, so hat derselbe dadurch seine Erledigung gefunden, daß das Urteil der zweiten Instanz, welches dem Kläger aus diesem Grunde 100 Fr. zusprach, in dieser Beziehung von keiner Partei angefochten wurde und daher insoweit in Rechtskraft erwachsen ist. Es fällt somit der erstgenannte Streitpunkt hierseits ganz außer Betracht. Dagegen ist gegen die vorinstanzliche Entscheidung über den zweiten Streitpunkt rechtzeitig und in gesetzlicher Form anher recurriert worden und ist daher die Frage zu beurteilen, ob dem Kläger wegen vertragswidriger Lieferung von Gasglühlichtartikeln an seine Konkurrenten ein Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten zustehe.

3. In dieser Beziehung steht zunächst fest, daß zwischen dem

Kläger einerseits und Welsbach & Williams, dann der Osterreichischen Gasglühlicht-Aktiengesellschaft und endlich deren Generalrepräsentanten Kund andererseits seit November 1892 ein Vertragsverhältnis bestand, demzufolge dem Kläger, allerdings nur bis auf weiteres, der Alleinverkauf der Auersehen Gasglühlichtartikel für Basel, später auch für Liestal und Rheinfelden, zugesichert war. Nun stellen die Vorinstanzen übereinstimmend fest, daß trotz dieses Vertrages und während der Gültigkeit desselben die Gasglühlicht-Aktiengesellschaft und später Kund die betreffenden Fabrikate, außer an Kläger, an andere Basler Firmen abgaben. Es ergibt sich diese Tatsache übrigens zur Genüge aus dem zwischen den Parteien gepflogenen Briefwechsel, speziell aus den Briefen vom 1., 20. und 21. Oktober 1893. Im weiteren stellen die Vorinstanzen fest, daß Weizer schon im Oktober 1893, spätestens und mit aller Bestimmtheit seit 20. Oktober 1893 infolge bezüglicher Mitteilung des Beklagten selbst von diesen Lieferungen Kenntnis hatte. Nun hat Kläger dies zwar heute in Abrede gestellt und die betreffende tatsächliche Feststellung als aktenwidrig und daher hierorts unmaßgeblich bezeichnet. In Wirklichkeit ergibt sich jedoch, daß der Beklagte am 1. Oktober 1893 dem Kläger brieflich mitteilte, das Wiener Hauptgeschäft habe an dessen Konkurrenzfirma Kiefer & Cie. in Basel mehrere hundert Lampen geliefert; er selbst, Kund, werde Aufträge solcher Firmen, die wie die vorerwähnte schon direkt mit dem Wiener Hause verkehrt hätten, nicht zurückweisen können. Unterm 20. gleichen Monats wiederholte sodann Kund seine Erklärung, er werde den früheren Kunden seines Wiener Hauses liefern. Dem will nun Kläger zwar entgegenhalten, daß die im erstgenannten Brief als wirklich erfolgt bezeichnete Lieferung vor Abschluß seines Vertrages mit der Gasglühlicht-Aktiengesellschaft stattgefunden habe. Indes entbehrt diese Behauptung jeder aktenmäßigen Grundlage und ist ganz unglaubwürdig. Es muß unter diesen Umständen die vorinstanzliche Feststellung, daß Kläger spätestens im Oktober 1893 von den durch Kund bzw. das Wiener Hauptgeschäft bewerkstelligten Lieferungen Kenntnis hatte, als bindend betrachtet werden. Demgemäß kannte er schon damals die dadurch begangene Vertragsverletzung und wußte zum mindesten von der Gri-

stanz, wenn auch vielleicht nicht vom genauen Betrag der ihm daraus erwachsenden Ansprüche. Nun mahnte ihn die Osterreichische Gasglühlicht-Aktiengesellschaft unterm 12. Dezember 1893 zur Zahlung ihrer am 14. September gleichen Jahres gestellten Rechnung. Diese Rechnung war aber nicht etwa eine solche über ein konkretes, einzelnes Rechtsverhältnis, sondern im Gegenteil eine förmliche Schlussabrechnung über den gesamten zwischen ihr und dem Kläger vom November 1892 bis Juli 1893 gepflogenen Geschäftsverkehr. Wie nun die Vorinstanzen mit Recht hervorheben, hätte Kläger, wenn er seine ihm bekannten Ansprüche aus anläßlich des gleichen Geschäftsverkehrs begangener Vertragsverletzung überhaupt geltend zu machen gedachte, dies gegenüber der erwähnten Schlussabrechnung tun sollen, welche ja eben die definitive Regulierung der zwischen den betreffenden Parteien bestehenden ökonomischen Verhältnisse bezweckte. Einer derartigen Geltendmachung seiner Erfordernisse hätte dann auch nicht entgegengehalten werden können, daß er den Rechnungssaldo vom 14. September bereits unterm 25. gleichen Monats anerkannt habe, indem ihm unter letztgenanntem Datum seine Gegenansprüche gemäß Annahme des Gerichtes wohl noch nicht bekannt waren. Statt jedoch in der oberwähnten Weise gegenüber der Mahnung vom 12. Dezember 1893 seine Gegenansprüche geltend zu machen, erklärte Kläger, wie die Vorinstanz auf Grund der Akten feststellt, mit Brief vom 14. Dezember 1893, er werde nach Neujahr durch den Basler Bankverein direkt regulieren und ersuche daher nicht auf ihn zu trassieren. Dabei unterließ Weizer auch die Formulierung jeden Vorbehalts. Daraus ergibt sich nun, wie die Vorinstanzen in Übereinstimmung mit der Doktrin (Bähr, Anerkennung, S. 242; Regelsberger, Archiv für civilistische Praxis XLVII, S. 153 u. f.) annehmen, die Rechtsvermutung eines Verzichts auf die betreffenden Ansprüche. Daß ein solcher Verzicht sich aus der prekären Stellung Weizers als nur bis auf weiteres bestellter Alleinverkäufer erklären läßt, ist von der Vorinstanz zutreffend ausgeführt worden, und es ist nicht bestritten, daß dieses Motiv die Gültigkeit des Verzichts nicht hindere. Nun könnte zwar die Rechtsvermutung eines Verzichts durch den Nachweis entkräftet werden, daß ein Verzicht in Wirklichkeit gar nicht

gewollt gewesen sei. Recurrent hat denn auch diesen Nachweis versucht; allein was er in dieser Richtung angeführt hat, daß er nämlich am 14. Dezember 1893 von der Existenz und jedenfalls von der Höhe seiner Gegenforderung nichts gewußt habe, und daher nicht habe darauf verzichten können, ist nicht geeignet, den Beweis zu erbringen. Denn die erstere Behauptung steht, wie schon gesagt, mit der attemäßigen tatsächlichen Feststellung in Widerspruch und die letztere Behauptung ist irrelevant. Denn wenn auch Kläger die Höhe des ihm verursachten Schadens damals nicht gekannt hat, so konnte ihn dieser Umstand nicht hindern, wenigstens im Allgemeinen seine Schadenersatzforderung vorzubehalten. Das ist nun nicht geschehen, sondern Kläger hat am 14. Dezember 1893 unbedingt und ohne irgend welchen Vorbehalt Zahlung der beklagischen Forderung versprochen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und es hat in allen Teilen beim Urteil des Appellationsgerichtes von Baselstadt d. d. 25. Juni 1894 sein Bewenden.

101. Arrêt du 21 Septembre 1894 dans la cause  
*Villars contre L'Hoste.*

Ernest Villars, marchand de vins à la Chaux-de-Fonds, a vendu, selon bulletin de commande du 13 Avril 1892, à Joseph L'Hoste, tenancier de la cuisine populaire à Porrentruy, 15 à 20 000 litres de vin rouge à 40 francs l'hectolitre, rendu franco gare Porrentruy, livrable du 13 Avril à fin Décembre 1892, dont quatre pipes livrables déjà fin Avril 1892, payables à 90 jours. En exécution de ce marché, il a expédié, le 2 Mai, 3596 litres et le 22 Octobre, 2807 litres de ce vin rouge, qui ont été acceptés par L'Hoste.

Le 31 Décembre 1892, il lui en a expédié encore 8544 litres, qui arrivèrent à Porrentruy le 4 Janvier suivant. L'Hoste

ayant refusé d'en prendre livraison, Villars a fait consigner la marchandise chez les sieurs von Gunten, camionneurs à Porrentruy.

Par demande remise au président du tribunal de district de Porrentruy, le 10 Février 1893, Ernest Villars a conclu à ce que le défendeur L'Hoste soit condamné :

1° A accepter et prendre livraison des 13 fûts, soit de 8544 litres de vin rouge expédiés par le demandeur au défendeur en gare à Porrentruy, le 31 Décembre 1892, selon facture du dit jour et commande du 13 Avril 1892.

2° Condamner le défendeur à payer au demandeur des dommages-intérêts représentant les droits de magasinage en gare, ainsi que les frais de dépôt en mains tierces ou tous autres frais et préjudice à raison de l'inexécution de la part du défendeur des conventions intervenues entre parties.

A l'appui de ces conclusions, le demandeur articulait, en résumé, ce qui suit :

Le dernier envoi de 8544 litres, objet du litige, a été consigné à la gare de la Chaux-de-Fonds le 31 Décembre 1892; il est arrivé à Porrentruy le 4 Janvier 1893, et le défendeur a été avisé le 5 Janvier. L'Hoste a refusé cette marchandise. Or le 29 Décembre 1892, à l'occasion d'une rectification de compte, le demandeur a avisé L'Hoste qu'une erreur de 568 francs sera déduite dans la facture qu'il doit lui faire pour fin Décembre 1892; il l'avisait, en même temps, qu'en cas de silence de sa part dans les 48 heures, il considérera ce mode de faire comme admis. Pour la sauvegarde des intérêts et sous réserve des droits des parties, le demandeur a pris des mesures afin de conserver le vin expédié, et afin d'éviter de trop grands frais de magasinage, ce vin a été consigné chez von Gunten frères, commissionnaires, à Porrentruy.

Dans sa réponse, le défendeur a conclu à ce que le demandeur soit débouté des fins de ses conclusions, et, reconventionnellement, pour le cas où il serait fait droit aux conclusions du demandeur, à ce que celui-ci soit condamné à payer au défendeur des dommages-intérêts, à raison tant de l'inexécution des conventions intervenues entre parties, de l'expédition