

fragen, ob nicht der letztere deshalb für den eingetretenen Schaden verantwortlich erklärt werden könnte, weil er den Verunglückten veranlasste, zu einer so gefährlichen Zeit den Abstieg zu unternehmen, während das Hinaufschaffen der Putzmittel sehr wohl auch noch später hätte besorgt werden können, weil also für den erteilten gefahrbringenden Auftrag ein ihn rechtfertigender sachlicher Grund fehlte. In dieser Beziehung fällt aber in Betracht, dass die Hotelunternehmung nach dem von der Vorinstanz als glaubwürdig betrachteten Zeugnis des Josef Bucher nicht etwa verlangt hat, dass Dallape schon jetzt hinunterkomme, sondern nur, dass es so rechtzeitig geschehe, um das Hotel noch auf die Betriebseröffnung an Pfingsten reinigen und instandstellen zu können. Dies wäre aber, da bis dahin noch mehr als zwei Monate verblieben, offenbar auch dann möglich gewesen, wenn Dallape den Abstieg auf einen Zeitpunkt verschoben hätte, wo nach den örtlichen Verhältnissen keine Lawinen mehr zu befürchten waren. Es braucht deshalb nicht untersucht zu werden, ob der erwähnte Grund, wenn der Befehl positiv auf ein Hinunterkommen in der nächsten Zeit gelaute hätte, trotz der Kenntnis des Verunglückten von der ihm daraus erwachsenden Gefahr und der Unmöglichkeit von Schutzmassregeln, die Haftung der Erstbeklagten zu begründen vermocht hätte.

Die auf Art. 339, 41 OR. gestützte Schadenersatzklage der Kläger ist somit mangels Vorliegens der unerlässlichen Voraussetzung — kausale Verletzung einer Vertragspflicht oder aquilisches Verschulden auf Seite des Dienstherrn — abzuweisen. Da der Streit sich von Anfang an ausschliesslich um sie und nicht um den nie bestrittenen nebenhergehenden Anspruch von 1000 Fr. aus der Unfallversicherung zu Gunsten des Verunglückten drehte, müssen folgerichtig die Kosten aller Instanzen den Klägern auferlegt werden. Die letzteren werden demnach auch jene Summe von 1000 Fr. von der Zweitbeklagten nicht voll beanspruchen, sondern es wird diese davon

gemäss Art. 11 der allgemeinen Versicherungsbedingungen der Polize ihre Kosten aus dem vorliegenden Prozesse abziehen können, wobei als abzugsfähige Kosten nicht nur die den Beklagten für die verschiedenen Instanzen zuzurechnenden ausserrechtlichen Entschädigungen, sondern auch diejenigen Beträge in Betracht fallen werden, welche sie an Gerichtsgebühren, Zeugengeldern usw. allenfalls der kantonalen Gerichtskasse bereits haben erlegen müssen. Einer besonderen darauf bezüglichen Einschränkung im Dispositiv bedarf es nicht, da sich das fragliche Kompensationsrecht ohne weiteres schon aus der Identität der Parteien in beiden Schuldverhältnissen und der durch das Urteil festgestellten Fälligkeit von Forderung und Gegenforderung ergibt.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass die Zweitbeklagte an die Kläger 1000 Fr. nebst Zins zu 5% seit 16. März 1917 zu zahlen hat, im übrigen dagegen die Klage abgewiesen wird.

65. Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. September 1919
i. S. **Chemische Fabrik Brugg** gegen **C. Kraft & C^{ie}**.

Wesentlicher Irrtum. OR Art. 23 u. 24 Ziff. 1 bis 4.
Ueberprüfbarkeit der Feststellungen der kantonalen Instanz über den inneren Willen der Parteien ?

A. — Gegenstand des vorliegenden Prozesses bildet ein zwischen den Parteien abgeschlossener Kaufvertrag, welcher von der Klägerin, Chemische Fabrik Brugg A.-G., durch Zuschrift vom 30. Oktober 1918 an die Beklagte, Firma C. Kraft & C^{ie}, wie folgt bestätigt wurde :

« Wir nehmen höflich Bezug auf unsere gestrige telephonische Unterredung mit Ihrem Herrn Kraft, wobei wir Ihnen zur Lieferung innert 14 Tagen verkauften :

- » 2500/3000 kg Kalisalpeter, chemisch rein, keine pflanzen-schädliche Bestandteile enthaltend, zu 5 Fr. 25 Cts.
- » pro Kilo, in Fässern von circa 300 Kilos, welche zu 6 Fr.
- » pro Stück berechnet werden, zahlbar netto Kassa bei Erhalt der Ware. »

Ueber die näheren Umstände des mündlichen Abschlusses gehen die Schilderungen der Parteien auseinander. Insbesondere bestreitet die Beklagte, dass die Klägerin der Preisangabe von 5 Fr. 25 Cts. (ursprünglich 5 Fr. 50 Cts.) beigefügt habe: « pro kg »; sie habe geglaubt, es handle sich um ein zu Düngzwecken geeignetes Abfallprodukt und, da Düngmittel stets pro 100 kg. gehandelt werden, der Preis verstehe sich für 100 (und nicht für 1) kg. Tatsache ist, dass sie Ende Oktober 1918 Dr. Laur in Brugg ein Quantum Salpeter, das sie von der Klägerin zu beziehen gedachte, zu Düngzwecken angeboten hatte, ferner dass sie vom Angebot der Klägerin dem Schätzungsamt des Bauernsekretariats, welches den Wirtschaftsplan für ihre Landgüter ausgearbeitet hatte, Kenntnis gab und es um Angabe des Bedarfs fragte, endlich dass sie auf Veranlassung des Schätzungsamtes sich die Pflanzenunschädlichkeit des Kalisalpeters ausbedungen hat. Dagegen bestreitet die Klägerin, dass die Beklagte ihr je mitgeteilt habe, der Kalisalpeter sei für deren Landgüter in Lauffohr und Schinznach-Bad bestimmt gewesen.

Mit Brief vom 2. November 1918 bestätigte die Beklagte beiläufig den Empfang der Zuschrift der Klägerin vom 30. Oktober, ohne an der Preisfestsetzung (5 Fr. 25 Cts. per kg) Anstoss zu nehmen. Als sie dann aber am 8./9. November die Faktur im Betrage von 16,881 Fr. 35 Cts. erhielt, schickte sie ihren Verwalter zu der Klägerin, um den Preis und die Faktur « richtig stellen » zu lassen. Die Antwort lautete, der Preis sei tatsächlich beim mündlichen Abschluss und in der Verkaufsbestätigung auf 5 Fr. 25 Cts. pro kg bestimmt worden, von Düngsalz sei dabei nicht die Rede gewesen, man habe

angenommen, die Beklagte brauche den Kalisalpeter als Fleischkonservierungsmittel für sich und zur Abgabe an andere.

Hierauf schrieb die Beklagte der Klägerin am 23. November:

« Wir bestätigen unsere mündliche Meldung durch Herrn Verwalter Hess vom 11. crt. und retournieren Ihnen beigeschlossen Ihre Rechnung und Gewichtsnota vom 8. crt. Es handelt sich bei diesem Geschäft um ein Missverständnis, das Ihrem Verkäufer hätte auffallen sollen. Ihre mündliche Offerte lautete deutlich auf 5 Fr. 25 per 100 kg und glaubten wir, es handle sich um Dünger, weshalb wir uns auch die verlangte Garantie betreffs Gehalt geben liessen. Wir sagten ihm, anlässlich Ihrer ersten Anfrage, wir müssen uns vorerst mit den Verwaltern in Lauffohr und Schinznach betreffs Quantum und Verwendbarkeit in Verbindung setzen. Das hätte ihm doch auffallen sollen, da Kalisalpeter in solcher Menge gewiss eher als Dünger als zu Fleischkonservierungszwecken, wozu ja nur ganz geringe Mengen verwendet werden, gebraucht wird. Wir brauchen hiezu gar kein Kalisalpeter und werden die inzwischen bereits abgeholtten Fässer zurückbringen lassen. »

Die Klägerin beharrte jedoch auf Erfüllung des Vertrages und bestritt, dass sie je eine Offerte für Kalisalpeter zu 5 Fr. 25 Cts. pro 100 kg gestellt habe. Da auch die Beklagte am eingennommenen Standpunkte festhielt, den Vertrag als für sie unverbindlich erklärte und die bereits gelieferten vier Fässer der Klägerin zur Verfügung stellte, hob diese die vorliegende Klage an, mit der sie Erfüllung des Vertrages, Abnahme der noch nicht bezogenen acht Fass und Zahlung des Kaufpreises für die ganze Lieferung mit 16,881 Fr. 35 Cts. plus 5% Zins seit Klageeinreichung (11. Dezember 1918) verlangt.

B. — Gemäss dem Antrag der Beklagten hat das Handelsgericht des Kantons Aargau durch Urteil vom 24. April 1919 die Klage gänzlich abgewiesen.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Aufhebung und auf Guttheissung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Es ist klar, dass wenn die Beklagte glaubte, sie schliesse einen Vertrag über Kalisalpeter zu 5 Fr. 25 Cts. per 100 kg ab, während ihre Erklärung vom 2. November 1918, in Beantwortung des klägerischen Bestätigungsschreibens vom 30. Oktober, auf einen Preis von 5 Fr. 25 cts. per kg deutete, ein gültiger Kaufvertrag nicht vorliegt, nehme man an, dass die innere Willensübereinstimmung und damit nach Art. 1 OR eine Voraussetzung des Vertragsabschlusses gefehlt habe (Willenstheorie), oder dass zwar der Vertrag infolge der Uebereinstimmung der Erklärungen zu stande gekommen sei (Erklärungstheorie), aber ein wesentlicher Irrtum vorliege. Im letzteren Falle liegt das Wesentliche schon darin, dass der Irrtum sich als solcher über den Inhalt der Erklärung erweist, und nicht etwa die Beweggründe zu dieser betrifft. Aber auch die Bestimmungen von Art. 24 Ziff. 1 bis 4 OR würden zutreffen. Es kann in dieser Hinsicht auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Die falsche Vorstellung der Beklagten bezog sich auf die Beschaffenheit der wesentlichen Vertragselemente, in erster Linie der Kaufsache — die Beklagte wollte Kalisalpeter kaufen, der vom Geschäftsverkehr als Düngemittel betrachtet und verwendet wird, nicht das vom Verkehr zu anderer Verwendung bestimmte, chemisch reine und deshalb viel teurere Produkt — ; der Irrtum ist also namentlich auch ein solcher über den Wert der verabredeten Leistung, die Höhe des Kaufpreises, und er ist erheblich, da nach den Umständen anzunehmen ist, dass die Beklagte bei Kenntnis des wahren Sachverhaltes die angefochtene Erklärung nicht abgegeben haben würde (vergl. einen ähnlichen Entscheid des Obergerichts Zürich

vom 18. September 1918 in Z. Rspr. 18 Nr. 127 und die dortigen Zitate).

2. — Fragen kann sich danach ernstlich nur, ob die Beklagte sich wirklich im angegebenen Irrtum befunden habe. Die Vorinstanz hat indessen auf Grund des durchgeführten Beweisverfahrens diese Frage bejaht, indem sie ausführt, aus den von der Beklagten vor Aufgabe der Bestellung getroffenen Massnahmen (Erkundigung beim Bauernsekretariat, Ausbedingung der Pflanzenunschädlichkeit usw.) dürfe unbedenklich geschlossen werden, dass sie wirklich Kunstdünger zu kaufen beabsichtigt und auch zu kaufen geglaubt habe ; durch diesen Irrtum über die Sache sei der andere über den Preis verursacht, denn es stehe fest, dass die Beklagte erst nach Erhalt der Faktur entdeckt habe, dass die von ihr versprochene Leistung sich mit ihrem wirklichen Willen nicht decke, indem sie für die 2500 bis 3000 kg Kalisalpeter 5 Fr. 25 Cts. per kg versprochen habe, anstatt für je 100 kg. Man hat es hier mit einer für das Bundesgericht verbindlichen tatsächlichen Feststellung über den inneren Willen der Beklagten zu tun. Das Bundesgericht hat wiederholt ausgesprochen, dass zu den in Art. 81 Abs. 1 OG seiner Prüfung entzogenen Textstellungen tatsächlicher Verhältnisse nicht nur die Feststellung äusserer Vorgänge, sondern auch diejenige innerer, psychischer, insbesondere diejenige des übereinstimmenden Vertragswillens der Parteien gehöre, und es an eine solche Feststellung dann gebunden sei, wenn diese das Ergebnis einer Beweiswürdigung und nicht einer Auslegung nach juristischen Interpretationsregeln bilde, es wäre denn, die Beweiswürdigung würde bundesgesetzliche Bestimmungen verletzen (AS 23 II S. 1696 f., 43 II S. 779 Erw. 2; WEISS, Berufung S. 177). Da nun im vorliegenden Fall die vorinstanzliche Feststellung sich auf die Würdigung der abgenommenen Beweise stützt und dabei von einem Verstoß gegen bundesrechtliche Beweisregeln nicht die Rede ist, ist ohne weiteres von dieser Feststellung auszugehen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 24. April 1919 bestätigt.

66. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 19 septembre 1919
dans la cause **Tubi** contre **Dætwyler**.

Art. 108 chif. 2 C. O. : Notion du Fixgeschäft, en particulier en matière d'ordres de bourse.

En date du 3 mai 1918 Dætwyler & C^{ie} ont vendu à Albert Tubi 25,000 roubles Kerensky à 100,50 « livrables dans 8 à 10 jours ». Le 15 mai Tubi leur a télégraphié : « Mon achat 25,000 roubles 3 courant ; délai livraison échu ; banque ayant exigé livraison ce jour, annule opération. » Le 16 mai Dætwyler & C^{ie} ont protesté contre cette annulation, en soutenant que leur acheteur aurait dû tout d'abord leur fixer un délai de 1 à 2 jours ; ils l'avaient qu'ils lui faisaient remettre par M. J. Frey à Zurich les 25,000 roubles contre paiement de 25,125 fr.

Tubi ayant refusé de prendre livraison, ils lui ont ouvert action en concluant au paiement de 25,125 fr. contre remise par eux des 25,000 roubles. Le défendeur a conclu à libération ; subsidiairement, il demande à être acheminé à prouver par expertise que, étant donné la formule « livraison 8 à 10 jours », la simple échéance du 10^{me} jour autorise l'acheteur à se départir du contrat.

Les deux instances cantonales ont adjugé aux demandeurs leurs conclusions. Le défendeur a recouru en réforme en reprenant ses conclusions principales et subsidiaires.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

Le recourant invoque la disposition de l'art. 108 ch. 2 CO, suivant laquelle le créancier peut se départir du contrat, sans avoir fixé au préalable au débiteur le délai prévu à l'art. 107 CO pour s'exécuter, « lorsqu'aux termes du contrat l'exécution doit avoir lieu exactement à un terme fixe ou dans un délai déterminé ». Il prétend ainsi que l'achat de roubles conclu par lui était un « Fixgeschäft ».

Le Tribunal fédéral a toujours jugé (v. RO 18 p. 846, 19 p. 902, 32 II p. 334, 42 II p. 243) que, pour qu'il y ait Fixgeschäft, en règle générale il ne suffit pas que le contrat contienne l'indication du jour auquel l'exécution doit avoir lieu ; il faut encore qu'il révèle que, dans l'intention des parties, il ne s'agit pas d'une date approximative, mais que le terme fixé doit être rigoureusement observé. Il convient toutefois d'admettre une dérogation à cette règle générale lorsqu'on se trouve en présence d'un marché portant sur des choses qui, comme les valeurs de bourse, sont sujettes à des variations rapides de cours ; en pareil cas (de même qu'en matière de ventes entre commerçants : v. art. 190 CO), on doit présumer que les parties, qui ont un intérêt évident à limiter le risque de fluctuations de prix, ont entendu que le marché soit exécuté strictement à la date convenue ; en d'autres termes, on doit présumer l'existence d'un Fixgeschäft pour peu que le contrat ait indiqué d'une manière précise la date de la livraison (v. OSER, Note 2 b ; BECKER, Note 9 sur art. 108, Handelsrechtliche Entscheidungen 8 p. 278 consid. 2).

En l'espèce, le recourant ayant acheté des roubles Kerensky, c'est-à-dire des papiers dont la valeur était éminemment variable, le débat se ramène à la question de savoir si la date de la livraison a été bien déterminée dans le contrat. Il est certain que, à s'en tenir aux usages du langage courant, cette question devrait recevoir une