

faut prendre en considération que Guidanti était un simple journalier, qu'il n'avait pas comme tel du travail assuré d'une manière permanente, que selon toute apparence il ne pouvait gagner 3 fr. 24 c. par jour que pendant la belle saison, qu'enfin il était faible et maladif et exposé par là à des chômages forcés pour cause de santé. Si l'on tient compte de ces diverses considérations, la rente annuelle de 900 francs allouée par le jugement cantonal est trop élevée et doit être réduite à 800 francs.

Les premiers juges ont fixé le point de départ de la rente au 19 juin 1893, jour de l'accident. En même temps ils ont, conformément à ce que prescrit l'art. 5 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1875, alloué au lésé le remboursement de ses frais de traitement, à raison de 1 fr. 50 c. par jour, à compter de la même date. Ces dispositions peuvent à première vue paraître trop favorables à Guidanti, en ce sens que pour la durée de son séjour à l'hôpital il touchera 1 fr. 50 c. par jour, somme avec laquelle il pourra s'acquitter vis-à-vis de l'hôpital de tout ce qu'il doit pour le logement, l'entretien et les soins médicaux qu'il y a reçus, et qu'en outre, pour la même période, il touchera la rente qui lui sera allouée. Elles paraissent toutefois justifiées par la considération que si Guidanti avait pu travailler, il n'aurait probablement pas dépensé tout son salaire pour son entretien, mais en aurait épargné une partie, et, en outre, par cette autre considération, qu'il aura à supporter une dépense assez forte pour suppléer par des moyens artificiels à la perte de sa jambe droite.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est admis en ce sens que la rente viagère due par la Compagnie du Jura-Neuchâtelois à Joseph Guidanti est réduite à huit cents francs, payables par trimestre et d'avance à partir du 19 juin 1893. Le jugement du tribunal cantonal de Neuchâtel est confirmé pour le surplus quant au fond et quant aux dépens.

## VI. Obligationenrecht. — Code des obligations.

106. Urteil vom 5. Juli 1895 in Sachen Bär & Cie.  
gegen Brown, Boveri & Cie.

A. Durch Urteil vom 30. März 1895 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau erkannt: Die Beklagten werden verurteilt, den Klägern zu bezahlen:

a. 683 Fr. 15 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 10. August 1894;

b. die Differenz zwischen dem Zins zu 5 % und dem Depositenzins (2 1/2 %) von dem Betrage der klägerischen Fatturen vom 12. Juni und 1. August 1894, d. h. von 5437 Fr. 20 Cts. und zwar für die Zeit vom 28. Dezember 1894 bis 20. Februar 1895 mit 20 Fr.

Mit allen weiteren Begehren werden die Kläger abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag gestellt, es sei ihr auch der vom Handelsgericht abgewiesene Entschädigungsbetrag von 803 Fr. 40 Cts. samt Zins zuzusprechen. Eventuell solle die Sache zur Eröffnung des Beweisverfahrens über den Umfang des Entschädigungsanspruches an die erste Instanz zurückgewiesen werden. Ferner seien den Beklagten alle Kosten aufzuerlegen.

C. In der heutigen Hauptverhandlung wiederholt der Anwalt der Berufungsklägerin diese Anträge. Er bemerkt sodann, daß es auf einer Verschreibung beruhe, wenn bei seiner Schadensberechnung die deutsche Mark zu 124,40 Cts. angesetzt worden sei. Der Vertreter der Berufungsbeklagten beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils. Er erklärt sich mit der Korrektur bezüglich des Markkurses einverstanden und bringt an, derselbe sei jetzt, wie zu Anfang des Prozesses, 123,6 bis 123,65.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Anfangs März 1894 wurde zwischen den Parteien ein Vertrag abgeschlossen, wonach die Klägerin die Lieferung von

100 Tonnen Dynamobleche an die Beklagte übernahm, in bis anhin gelieferter Qualität, viereckig, von der Façon  $1000 \times 2000 \times 0,5$  m/m., zum Grundpreise von 26 Fr. 50 Cts. per 100 Kg. Der Beklagten war Spezifikationsfrist bis Ende 1894 eingeräumt; in ihrem Bestätigungsschreiben vom 7. März behielt sich dieselbe vor, die Bleche auch in andern als den angeführten Dimensionen, „unter Aufrechnung der entsprechenden Differenz,“ beziehen zu können. Laut den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Klägerin verstehen sich nämlich die Preise im Handel mit Blechen von den sogenannten Lagerformaten, die immer vorrätig sind und auf die die Fabrikation besonders eingerichtet ist, und zu diesen gehörte auch die obgenannte Dimension. Wird von diesen Lagerformaten erheblich abgewichen, so tritt ein Zuschlags- oder Überpreis ein. Die Klägerin bestellte nun ihrerseits bei dem Walzwerk in Attendorn, Westphalen, 100 Tonnen Feinbleche, auf Grund der Skalabedingungen des deutschen Feinblechverbandes, und führte in den Monaten Mai und Juni 1894 einige Aufträge der Beklagten auf Grund des Vertrages vom März gleichen Jahres aus. Als die Beklagte am 12. Juni einen weitem Auftrag auf Grund dieses Vertrages erteilte, der sich auf lauter Rundbleche, also Extradimensionen, bezog, machte die Klägerin mit Brief vom 13. Juni darauf aufmerksam, daß zwar in dem Vertrage vom 2. März Abweichungen von dem gewöhnlichen Handelsformat  $1000 \times 2000 \times 0,5$  m/m. vorgesehen seien, aber nur gegen Bezahlung des üblichen Aufpreises. Zur Vermeidung von Mißverständnissen teilte sie die für diesen Abschluß in Betracht kommenden Bestimmungen des deutschen Feinblechverbandes mit, wonach beispielsweise runde und halbrunde Bleche, 1,37 m/m. und dünner, 30 % über dem Nummernpreis berechnet werden. Gleichzeitig meldete sie, daß sich in den beiden Fakturen vom 10. Mai und 4. Juni Irrtümer eingeschlichen hätten, und sandte dafür neue Fakturen, worin der ursprünglich zu niedrig angelegte Grundpreis richtig gestellt und überdies der Überpreis für Extradimensionen erhöht, d. h. nach der Skala des deutschen Feinblechverbandes berechnet wurde. Die Beklagte retournierte jedoch am folgenden Tage diese abgeänderten Fakturen mit dem Bemerkten, sie könne die Erhöhung nicht anerkennen, da dieselbe mit ihren

seitherigen Bezugsbedingungen nicht im Einklang stehe. In der folgenden Korrespondenz verdeutlichte sie ihren Standpunkt dahin, daß der Vertrag vom 2. März auf Grund der früheren, bei der Klägerin gemachten Bezüge abgeschlossen sei und diese daher keine höheren Preise für Extradimensionen beziehen dürfe als früher. Die Klägerin beharrte dabei, daß für die Berechnung der Überpreise die Skala der deutschen Walzwerke maßgebend sei, und ersuchte die Beklagte mit Brief vom 19. Juli um Abgabe einer Erklärung, ob sie diese Zuschläge bezahlen und ihre Fakturen anerkennen wolle, indem sonst der letzte Auftrag (vom 12. Juni) nicht ausgeführt werde. Die Beklagte trat hierauf nicht ein und antwortete am 20. Juli, sie habe aus dem Brief der Klägerin mit Entrüstung ersehen, daß diese ihre Aufträge vom 5. und 12. Juni dem Werk nicht einmal in Nota gegeben habe. Die betreffenden Bleche seien für Maschinen bestimmt, welche die Beklagte bei hoher Konventionalstrafe rechtzeitig abliefern müsse, was durch das unqualifizierbare Verhalten der Klägerin verunmöglicht worden sei. Beklagte habe deshalb die beiden Aufträge sofort einem andern Werke übersandt, annulliere die der Klägerin gegebene Bestellung und mache sie für den Schaden verantwortlich. Die Klägerin protestierte gegen das Vorgehen der Beklagten und behauptete, beide Bestellungen seien dem Werk sofort aufgegeben worden; eine bestimmte Lieferfrist sei nicht festgesetzt worden. Die Beklagte nahm dann die am 5. Juni bestellte Lieferung am 1. August entgegen, hielt aber im übrigen an ihrem Standpunkt fest und erklärte, keine Zahlungen mehr zu machen, so lange die Klägerin nicht ihrer Auffassung betreffend die Berechnung der Überpreise beitrete. Ein weiterer Auftrag ist von der Beklagten nicht mehr erteilt worden, so daß von den im Vertrage bestimmten 100,000 Kg. von ihr nur 52,739 Kg. abgenommen wurden, 47,261 Kg. also nicht zur Lieferung kamen.

2. Mit Klage vom 10. Dezember 1894 verlangte die Klägerin von der Beklagten Bezahlung der Differenz zwischen dem ursprünglichen und dem rektifizierten Betrag der Fakturen vom 10. Mai und 4. Juni, der Faktur vom 12. Juni und derjenigen vom 1. August 1894. Ferner machte sie geltend, durch die Weigerung, weitere Aufträge zu erteilen, habe die Beklagte den Ver-

trag gebrochen und sei hiefür schadenersatzpflichtig. Ihren Deckungskauf mit dem Walzwerke habe die Klägerin zu folgenden Bedingungen abgeschlossen:

Grundpreis per 1000 Kg. . . . .	Ab 115 —
Dazu laut Stala 40 % Zuschlag, weil die Bleche 0,5 m/m. Feinheit hatten . . . .	" 46 —
Zusammen	Ab 161 —
Oder die Mark zu 124,40 Cts., per Kg. . .	Fr. 19 86
Frachtbasis Singen bis Baden . . . . .	" 2 44
Eingangszoll . . . . .	" 2 50
Zusammen	Fr. 24 80
Die Beklagte habe versprochen . . . . .	" 26 50
Gewinn der Klägerin . . . . .	Fr. 1 70

Für die nicht zur Ablieferung gelangten 47,261 Kg. hätte daher der Gewinn der Klägerin 803 Fr. 40 Cts. betragen, welchen die Beklagte zu vergüten habe.

3. Die Beklagte beantragte in ihrer Antwort, die Klage sei, soweit sie 5525 Fr. 44 Cts. fordere, zur Zeit, und soweit sie mehr fordere, gänzlich abzuweisen; sie brachte an: Die Bestellung vom 2. März 1894 sei nur die Fortsetzung bereits bestehender Geschäftsverbindung gewesen, und es sei dabei von dem frühern Verkehr nur insoweit abgewichen worden, als man den Grundpreis von 26 Fr. 25 Cts. auf 26 Fr. 50 Cts. erhöht habe. Die Fakturen vom 12. Juni und 1. August 1894 werden grundsätzlich anerkannt, weil nach dem vereinbarten Grundpreise von 26 Fr. 50 Cts. berechnet. Die Überpreise werden dagegen insoweit bestritten, als sie von dem frühern Verkehr abweichen. Allerdings sei weder beim Geschäftsabschluß vom 2. März, noch bei Einzelaufgabe von Extraformaten, über die Höhe der Aufpreise eine besondere Vereinbarung getroffen worden, allein nur deshalb, weil die frühern Ansätze gelten sollten. Höhere Überpreise hätten besonders vereinbart werden sollen. Da die Klägerin den Auftrag vom 5. Juni zu spät und denjenigen vom 12. Juni gar nicht ausgeführt habe, sei die Beklagte mit schwerem Verluste bedroht. Diese beiden Aufträge hätten nämlich zu großen Maschinen-

lieferungen an die Stadt Kaiserslautern und an ein Elektrizitätswerk dienen sollen. Die Verspätung habe die Beklagte ihren Abnehmern gegenüber in Verzug gebracht, so daß sie nun hohe Konventionalstrafe und Schadenersatzforderungen zu gewärtigen habe. Mit Rücksicht hierauf deponierte die Beklagte die an sich anerkannten Beträge der Fakturen vom 12. Juni und 1. August 1894, um sich eventuell daran erholen zu können. In der Duplik gab die Beklagte sodann die Erklärung ab, daß sie durch die Verspätung keinen Schaden erlitten habe. Die deponierte Summe sei daher ausbezahlt worden. Danach beschränkte sich die Bestreitung der Klage auf die Forderung von 683 Fr. 15 Cts. (Differenz zwischen der ersteren Faktur vom 10. Mai und der durch Berechnung höherer Überpreise erfolgten Abänderung derselben), sowie auf die Schadenersatzforderung wegen Nichterfüllung des Vertrages.

4. Die Vorinstanz hat die von der Klägerin vorgenommene Berechnung der Überpreise als die richtige anerkannt und demgemäß die auf die abgeänderte Faktur vom 10. Mai gegründete Forderung von 683 Fr. 15 Cts. geschützt. Sie gieng davon aus, daß der Vertrag vom 2. März als ein Rechtsgeschäft für sich zu betrachten sei, welches mit den frühern Lieferungen in keinerlei Beziehungen stehe. Wenn daher für Extradimensionen eine „entsprechende Preisdifferenz“ vereinbart worden sei, so sei darunter nicht die bei frühern Lieferungen bezahlte, sondern die zur Zeit der künftigen Lieferungen nach den jeweiligen Marktverhältnissen bestehende, allgemein übliche zu verstehen. Wäre es wirklich die Absicht der Parteien gewesen, daß die bei frühern Lieferungen berechnete Preisdifferenz auch für die Bestellung vom März 1894 gelten solle, so hätte dies ausdrücklich vorbehalten werden müssen. Dagegen ist die Schadenersatzforderung der Klägerin von der Vorinstanz gänzlich abgewiesen worden, in der Erwägung, daß zwar die Weigerung der Beklagten, den geforderten Überpreis zu bezahlen, der Klägerin begründete Veranlassung gegeben habe, die ausschließlich Extradimensionen betreffende Bestellung vom 12. Juni zu sistieren, daß aber die Klägerin ein nicht unerhebliches Mitverschulden an der vorzeitigen Vertragsaufhebung treffe. Denn nachdem die Beklagte bei Bestätigung ihrer Ordre sich vorbehalten

hatte, auch Extradimensionen zu entsprechendem Aufpreisen zu beziehen, wäre es vom Standpunkte einer sorgfamen Geschäftsführung aus Pflicht der Klägerin gewesen, vor Beginn der Lieferungen auf genaue Fixierung des Überpreises zu dringen, und sich nicht mit der angeführten, ganz unbestimmten Ausdrucksweise zu begnügen. Dieser Unterlassung sei es zuzuschreiben, daß später hinsichtlich der Überpreise Uneinigigkeiten entstehen konnten, welche zur Auflösung des Vertrages geführt haben.

5. Die Kompetenz des Bundesgerichtes ist vorhanden. Zwar erreichte der Streitwert bereits bei der erstinstanzlichen Urteilsfällung die für die Berufung an das Bundesgericht erforderliche Höhe von 2000 Fr. nicht mehr, da die Beklagte in der Duplik die Klage bis auf die Forderung von 683 Fr. 15 Cts. laut Faktur vom 10. Mai, und die Schadenersatzforderung von 803 Fr. 40 Cts. anerkannt hatte; allein maßgebend für die Berechnung des Streitwertes ist nach Art. 59 D.-G. nicht die zur Zeit der Urteilsfällung bestehende Differenz, sondern diejenige, welche sich aus den von den Parteien in Klage und Antwort vor dem erstinstanzlichen Gerichte angebrachten Rechtsbegehren ergibt. Unter Klage und Antwort kann nun einzig die Klage- und Antwortschrift, nicht auch die Replik und Duplik verstanden werden, wenigstens sofern letztere nicht, wie z. B. nach zürcherischem Recht, als Bestandteil von Klage und Antwort erscheinen. Das ist aber nach aargauischen Rechte nicht der Fall. Nach diesem Rechte erscheinen Klage und Antwort als ganz bestimmte Prozeß- resp. Parteihandlungen mit besonderer Bedeutung, deren Inhalt gesetzlich vorgeschrieben ist und an welche sich erhebliche prozessuale und materielle Folgen knüpfen. Nach § 92 der aargauischen Prozeßordnung darf die Replik nichts anderes als die Verneinung oder Berichtigung der in der Antwort vorgebrachten Thatsachen, soweit sie nicht als wahr anerkannt werden, enthalten, und § 93 ibidem weist der Duplik lediglich die Verneinung oder Berichtigung der in der Replik enthaltenen Behauptungen zu, so daß Replik und Duplik nicht als Bestandteile des eigentlichen Klage- bzw. Antwortvorbringens aufgefaßt werden können. Es ist daher für die Bestimmung des zur Berufung erforderlichen Streitwertes unerheblich, daß laut der in der Duplik abgegebenen Er-

klärung der Beklagten nicht mehr 2000 Fr. streitig geblieben sind, sondern es kommt einzig darauf an, ob gemäß den Anträgen der Antwort ein 2000 Fr. übersteigender Betrag der Klageforderung bestritten worden sei, und dies war hier der Fall; allerdings ging der Antrag der Beklagten hinsichtlich des Forderungsbetrages von 5525 Fr. 44 Cts. nicht von vorneherein auf gänzliche Abweisung, sondern nur auf Abweisung zur Zeit, allein auch dieser modifizierte Abweisungsantrag begründete, trotz der gerichtlichen Hinterlegung des Betrages, einen Streitwert im angegebenen Betrage, zumal der Antrag auf Abweisung der Klage zur Zeit damit begründet wird, daß der Beklagten ein Gegenanspruch zustehe, den sie noch nicht zu beziffern in der Lage war, dessen mögliche Höhe sie jedoch auf den Betrag der bestrittenen Summe ansetzte. Die Rechtsbegehren in Klage und Antwort begründeten also in der That einen Streitwert von über 2000 Fr. Was sodann die in Art. 56 D.-G. enthaltenen Voraussetzungen der Berufung an das Bundesgericht anbelangt, so sind sie augenscheinlich gegeben, indem es sich um ein nach dem eidgenössischen Obligationenrecht zu beurteilendes Streitverhältnis handelt.

6. In der Hauptsache ist heute nur noch die Schadenersatzforderung wegen entgangenen Gewinns streitig. Sie stützt sich auf die unbestrittene Thatsache, daß die Beklagte von den im Vertrage bestimmten 100,000 Kg., für welches Quantum ihr bis Ende des Jahres 1894 Spezifikationsfrist eingeräumt war, für 47,261 Kg. keine Spezifikation erteilt hat. Was nun zunächst die Pflicht der Beklagten zur Spezifikation anbetrifft, so kann dieselbe heute nicht mehr ernstlich in Frage gestellt werden. Beide Parteien gehen mit der Vorinstanz darin einig, daß der Vertrag vom 2. März 1894 perfekt geworden sei, und bezüglich des streitigen Punktes, nach welcher Skala die Überpreise für Extradimensionen zu berechnen seien, hat sich die Vorinstanz dahin ausgesprochen, daß hiefür nach dem Vertrage die von der Klägerin zur Anwendung gebrachte Skala, als die allgemein übliche, als maßgebend erscheine. Da sich die Beklagte bei dem vorinstanzlichen Urteil beruhigt hat, ist auf diese Frage nicht mehr weiter einzutreten, sondern es muß davon ausgegangen werden, daß die Klägerin berechtigt gewesen sei, die nach der von ihr angewen-

deten Skala sich ergebenden Überpreise zu verlangen. Steht dies aber fest, so erscheint die Weigerung der Beklagten, weitere Spezifikation zu geben, als unbegründet. Dieselbe kann sich nicht darauf berufen, daß die Klägerin die Bestellung vom 5. Juni verspätet und diejenige vom 12. Juni gar nicht ausgeführt habe. Abgesehen davon, daß die Beklagte, auch unter der Voraussetzung, diese Behauptung sei tatsächlich richtig, noch keineswegs berechtigt gewesen wäre, ohne weiters vom Vertrage zurückzutreten, ergibt sich aus den Akten, daß bei der am 5. Juni aufgegebenen Bestellung von einer Verspätung nicht die Rede sein kann, indem die Festsetzung einer bestimmten Lieferfrist nicht nachgewiesen wurde, und daß sodann die Bestellung vom 12. Juni einfach deswegen nicht zur Ausführung gelangt ist, weil die Beklagte dieselbe selbst annulliert hat. Allerdings hatte die Klägerin in ihrem Schreiben vom 21. Juni erklärt, sie sistiere diese Lieferung so lange, als die Beklagte die geforderten Überpreise nicht anerkenne, allein an eine bestimmte Lieferfrist war die Klägerin auch hier nicht gebunden, und die Beklagte hätte daher, wenn sie wegen Sistierung dieser Bestellung vom Vertrage zurücktreten wollte, der Klägerin nach Vorschrift des Art. 122 D.-R. zur Vornahme der Lieferung Frist ansetzen sollen. Da sie dies unterlassen und die Bestellung einfach annulliert hat, so ist sie nicht berechtigt vom Vertrage zurückzutreten und ihrerseits die Erfüllung desselben zu verweigern.

7. Die Schadenersatzforderung der Klägerin setzt nun aber weiter voraus, daß die Beklagte in Verzug gekommen sei. Gemäß allgemeiner Regel müßte hiefür vorliegen, daß die Klägerin entweder ihrerseits bereits erfüllt oder die Erfüllung angeboten habe (Art. 95 D.-R.), und daß im weitern die in Art. 122 geforderte Fristansetzung zur nachträglichen Erfüllung stattgefunden habe. Nun konnte aber die Klägerin wegen der besondern Natur dieses Kaufgeschäftes ohne Mitwirkung der Beklagten die Erfüllung ihrerseits nicht bewerkstelligen; damit die Klägerin die Erfüllung anbieten konnte, mußte die Spezifikation seitens der Beklagten vorangegangen sein. Wenn daher die Beklagte die Spezifikation unterließ, verunmöglichte sie bereits hiedurch die Erfüllung des Vertrages, und es ist daher diese Unterlassung dem

Annahmeverzug gleich zu stellen. In dem Annahmeverzug liegt aber zugleich der Zahlungsverzug; denn mit der Erklärung, nicht annehmen zu wollen, bekundet der Käufer auch den Willen, nicht zahlen zu wollen. Die Klägerin war hienach berechtigt, gemäß Art. 122 D.-R. vorzugehen, und nach fruchtlosem Ablauf der zur nachträglichen Erfüllung angeetzten Frist ihrerseits vom Vertrage zurückzutreten und Schadenersatz zu verlangen. Dieses Verfahren hat sie allerdings nicht eingeschlagen; eine Fristansetzung gemäß Art. 122 D.-R. ist ihrerseits nicht erfolgt. Allein diese Fristansetzung ist dann nicht erforderlich, wenn dieselbe zur Erreichung des damit zu verfolgenden Zweckes zum vornehmerin nutzlos erscheint, also insbesondere dann, wenn der Schuldner bereits deutlich seinen Willen, nicht zu erfüllen, bekundet hat. Dies trifft nun im vorliegenden Falle augenscheinlich zu.

8. Die Gründe, aus welchen die Vorinstanz ein Mitverschulden der Klägerin an der Nichterfüllung des Vertrages herleitet, können nicht als stichhaltig bezeichnet werden. Die Vorinstanz führt diesfalls aus, nachdem die Beklagte bei ihrer Bestätigung der Ordre sich den Bezug von Extradimensionen zu entsprechenden Aufpreisen vorbehalten habe, wäre es vom Standpunkte einer sorgfamen Geschäftsführung aus Pflicht der Klägerin gewesen, vor Beginn der Lieferungen auf genaue Fixierung des Überpreises zu dringen. Dieses Argument ist offenbar irrig; hinsichtlich des Vorbehaltes betreffend Extradimensionen „zu entsprechenden“ Aufpreisen sind nur zwei Annahmen möglich. Entweder war diese Bezeichnung zu unbestimmt, um den Kaufpreis ohne nachträgliche Vereinbarung der Parteien feststellen zu können, und dann war überhaupt der Kaufvertrag nicht rechtsverbindlich zu stande gekommen; oder aber, sie genügte zur objektiven Bestimmbarkeit des Kaufpreises; damit war der Vertrag perfekt geworden und es bestand alsdann für den Verkäufer keine Pflicht mehr zur Verdeutlichung.

9. Die Schadenersatzklage ist nach dem Gesagten grundsätzlich gutzuheißen. Das Quantitativ derselben ist nicht streitig. Was speziell die Umrechnung der Mark in Franken anbelangt, so hat der Vertreter der Beklagten heute die Richtigkeit der von der Klägerin geltend gemachten Korrektur anerkannt. Danach ist die

Schadenersatzforderung im vollen Betrage von 803 Fr. 40 Cts zuzusprechen, nebst dem geforderten Zins zu 5 % vom 31. März 1895 an.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird als begründet erklärt und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 30. März 1895 dahin abgeändert, daß die Beklagte noch als Schadenersatz zu bezahlen hat 803 Fr. 40 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 31. März 1895.

107. Arrêt du 5 juillet 1895 dans la cause Lötcher  
contre Ganz.

Au commencement de juin 1890, Jean Lötcher, maréchal à Pully, a souscrit un acte de cautionnement portant :

« Le soussigné Jean Lötcher, à Pully (Vaud), déclare par les présentes, — à l'occasion d'un prêt de 10 000 francs (dix mille francs) que G. Ganz, boulanger, a fait à M. Oscar Hirs-Lötcher, aubergiste à Winterthur, — s'engager avec les autres cautions, M. Fritz Frauenfelder, aubergiste à Winterthur, M<sup>me</sup> Frauenfelder-Hirs, à Winterthur, et M. Vetterli, au *Bœuf*, à Wagenhausen, qui se sont engagés tous solidairement à répondre en cas de besoin comme cautions et « Selbstzahler, » s'engageant de la même manière que les autres cautions.

« Winterthur, le 3 juin 1890.

« (signé) Jean Lötcher. »

Le texte original allemand de cet acte est conçu comme suit :

« Der Unterzeichnete, Johann Lötcher, in Pully, Waadt, erklärt sich hiemit, bei einem Darlehen für Herrn Oskar Hirs-Lötcher, Wirth in Winterthur, Fr. 10 000 (zehntausend Franken), welche G. Ganz, Bäcker, dem Herrn Hirs-Lötcher

geliehen hat, mit den übrigen Bürgen, Herrn Fritz Frauenfelder, Wirth in Winterthur, und Frau Frauenfelder-Hirs Winterthur, und Herrn Vetterli, zum *Ochsen*, in Wagenhausen, welche sich sämmtlich, solidarisch, in nöthigem Fall als Bürgen und Selbstzahler zu haften haben, in gleicher Weise wie die übrigen Bürgen zu haften.

« Winterthur, den 3. Juni 1890.

« (signé): Johann Lötcher. »

Cet acte fut rédigé à Winterthur par le créancier lui-même, qui le remit à la femme du débiteur, dame Hirs-Lötcher, laquelle l'adressa par la poste pour signature à son père, Jean Lötcher à Pully.

La signature des autres cautions mentionnées dans l'écrit du 3 juin fut donnée dans un acte distinct, daté du 2 juin, qui ne fut pas communiqué à Jean Lötcher.

Le débiteur n'ayant pas fait honneur à ses engagements, le créancier s'adressa pour être payé aux cautions Fritz Frauenfelder et dame Frauenfelder-Hirs, mère du débiteur. Les poursuites qu'il dirigea contre elles aboutirent à un acte de défaut de biens en ce qui concerne le mari Frauenfelder. Quant à dame Frauenfelder, son mari fit opposition en son nom au commandement de payer et nia toute obligation en vertu de l'acte de cautionnement signé par elle, alléguant que pour s'engager valablement elle aurait dû, en vertu du § 599 du Code civil du canton de Zurich, être autorisée par un tuteur *ad hoc*, ce qui n'avait pas eu lieu.

G. Ganz communiqua le résultat de ses poursuites à Jean Lötcher, par lettre du 6 février 1893, en l'avisant qu'il aurait à payer, avec sa cocautation Vetterli, la somme de 10 000 francs, plus l'intérêt au 4 1/2 % dès le 3 mai 1891, sous déduction de 800 francs, produit de la vente du mobilier du débiteur. En conséquence il l'invitait à lui faire parvenir dans les huit jours sa part de la susdite somme.

Lötcher n'ayant pas obtempéré à cette invitation, Ganz requit des poursuites contre lui pour être payé du montant total du cautionnement, avec intérêt au 4 1/2 % du 3 mai 1891, sous déduction de 1300 francs reçus à compte le 30 octobre