

considération, en ce sens qu'il doit avoir pour conséquence d'exclure, en l'espèce, l'application de l'art. 54 CO., et l'aggravation de responsabilité que cette disposition prévoit. Quelque lourde, en effet, qu'ait été la faute de Jules Pellet, elle ne revêt néanmoins pas un caractère de gravité *exceptionnelle* qui justifierait une aggravation de la responsabilité civile du défendeur, surtout si l'on tient compte de la faute signalée dans la mauvaise organisation du tir, et notamment de ce que toute confusion eût été rendue impossible, et l'accident certainement évité si l'on avait organisé les signaux conformément au règlement d'infanterie.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

I. — Le recours de veuve Pellet est partiellement admis, et le jugement rendu entre parties par la Cour civile de Vaud, le 20 avril 1898, est réformé en ce sens que Jules Pellet est condamné à payer à la prédite demanderesse et recourante veuve Félicie Pellet née Badel une somme de quatre mille francs (4000 fr.), avec intérêt à 5 % l'an dès le 13 août 1897, date de la notification de la demande.

II. — Le recours exercé par Jules Pellet, par voie de jonction, contre le même jugement, est écarté.

53. Urteil vom 3. Juni 1898 in Sachen Pott gegen Steffen.

Kauf. — Lieferung auf Abruf; verspätete Lieferung; Verzicht auf dahieriges Rücktrittsrecht. — Mängelrüge. — Verzicht auf Wandelung? — Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Mängel und wegen verspäteter Lieferung.

A. Durch Urteil vom 23. Februar 1898 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt :

Der Beklagte habe dem Kläger an die Klageforderung 2135 Fr. 26 Cts. nebst Verzugszins zu 5 % seit 18. März 1895, ab-

züglich des bezahlten Betrages von 398 Fr. 43 Cts., zu bezahlen. Mit der Mehrforderung sei der Kläger abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formgemäß die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag: Es sei zu erkennen, der Beklagte habe dem Kläger 4116 Fr. 57 Cts. zu bezahlen, nebst Zins zu 5 % seit dem 18. März 1895, abzüglich bezahlte 398 Fr. 43 Cts.

C. Der Beklagte hat sich der Berufung des Klägers rechtzeitig angeschlossen. Er stellt die Anträge:

1. Es seien die vom angefochtenen Urteil dem Kläger gutgesprochenen 60 Fr. für Montage, Reisespesen u. abzuerkennen;

2. Es seien folgende vom angefochtenen Urteil wegerkannte Posten der beklagtschen Schadenersatzrechnung gutzusprechen:

1. Für Fracht- und Zollespesen, anstatt 138 Fr. 19 Cts. 173 Fr. 28 Cts.

2. Für Abfuhr von der Bahn 20 Fr.;

3. Für Auslagen an Mechaniker Ulmi 24 Fr. 50 Cts.;

4. Vergütung für Zeitverräumnis und Arbeit des Sohnes Oskar Steffen 65 Fr. 72 Cts.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Laut Vertrag von 19. Januar 1894 bestellte der Beklagte J. Steffen, Papierwaarenfabrikant in Wolhusen, beim Kläger, Ernst Pott, Maschinenfabrikanten in Barmen, eine neue Briefumschlag- (Couvert-) Maschine zum Preise von 1800 Mark, zahlbar in Barmen; und am 27. Januar 1894 wurde zwischen den Parteien ein weiterer Vertrag geschlossen, wonach der Kläger dem Beklagten zu liefern hatte: eine kurze Zeit gebrauchte Schlußklappenmaschine mit zwei neuen und einer ein wenig gebrauchten Bürste zum Preise von 1238 M., netto ab Barmen. Die letztere Maschine war aufzuputzen, nötiges war zu reparieren, und sie war mit Patentausstreichapparat zu versehen, so daß sie bezüglich Leistungsfähigkeit einer neu gebauten Maschine gleichkäme, wofür der Kläger die Garantie übernahm. Außerdem hatte der Kläger zwei Ausstanzmesser zum Preise von zusammen 118 M. 75 Pf. zu liefern. Der Versandt beider Maschinen hatte auf Abruf innert 3 bis 4 Monaten zu erfolgen; der Kläger leistete bezüglich der zweiten Maschine Garantie für solide Verpackung, die franco zu-

bzw. WandelungsEinrede des Beklagten bezüglich der Gummiermaschine als begründet, ebenso von der Gegenforderung des Beklagten die Posten Nr. 1, 2, 4, sowie in reduziertem Betrage Nr. 3 und 5 sowie 7, nicht dagegen Nr. 6, insgesammt eine Summe von 490 Fr. 28 Cts., und gelangte so dazu, den Beklagten zur Bezahlung weiterer 1509 Fr. 72 Cts. — über die schon gezahlten 398 Fr. 43 Cts. hinaus — nebst Zins zu 5% seit 18. März 1895 — zu verpflichten. Die zweite Instanz gründet ihr sub Fakt. A mitgeteiltes Urteil im Kerne auf folgende Erwägungen: Der Beklagte sei zum Rücktritte vom Vertrage bezüglich der Gummiermaschine schon wegen verspäteter Lieferung berechtigt, so daß die Frage, ob die Annahme wegen Mängel verweigert werden dürfe, nicht zu untersuchen sei; immerhin sei „diesbezüglich in thatsächlicher Beziehung auf die erstinstanzlichen Ausführungen zu verweisen.“ Damit fallen auch die Forderung von 12 Fr. 50 Cts. für Kiste und Verpackung sowie von 124 Fr. (sic) für Montage dahin; dagegen seien für die Auslagen für den Monteur dem Kläger 60 Fr. zuzusprechen. Von der Gegenforderung des Beklagten hat sie Posten Nr. 1 im reduzierten Betrage von 138 Fr. 19 Cts. gutgeheißen, Posten 2, 3, 4 und 5 teils wegen mangelnden Nachweises, teils deshalb, weil der Beklagte nach der Annahmeverweigerung keinen Grund zu diesen Auslagen gehabt habe, abgewiesen, bei Posten 6 das erstinstanzliche Urteil wegen Nichtappellation seitens des Beklagten bestätigt, endlich bezüglich des Postens 7 das erstinstanzliche Urteil aus materiellen Gründen bestätigt.

2. Was zunächst die heute noch bestrittenen Forderungen des Klägers betrifft, so qualifiziert sich die hauptsächlichste derselben als Kaufpreisforderung für die laut Vertrag vom 27. Januar 1894 dem Beklagten vom Kläger verkaufte Schlußklappengummiermaschine. Denn daß sich dieser Vertrag als Kaufvertrag, und nicht etwa als Werkvertrag darstellt, kann keinem Zweifel unterliegen: verabredet war die Lieferung einer bestimmten fertigen Sache, und die vom Kläger noch vorzunehmenden Arbeiten, wie Aufspüßen, Reparieren einzelner Teile u. s. w., sind nur als Nebenleistungen anzusehen, die dem Geschäfte nicht etwa den Charakter des Werkvertrages zu verleihen vermögen. Der Be-

klage glaubt nun aus zwei Gründen zur Annahme der genannten Maschine und demnach zur Zahlung des Kaufpreises nicht verpflichtet zu sein: einmal wegen verspäteter Lieferung derselben, und sodann wegen Mängel zugeicherter Eigenschaften und wegen Vorhandensein solcher Mängel, die ihre Tauglichkeit zum Gebrauche aufheben.

3. Zu der ersten Einrede des Beklagten bemerkt der Kläger in seiner Berufungsschrift mit Recht, sie sei vom Beklagten vor den kantonalen Instanzen gar nie ausdrücklich erhoben worden; denn aus der Rechtsantwort des Beklagten ergibt sich, daß er aus der verspäteten Lieferung nur einen Schadenersatzanspruch, nicht aber ein Rücktrittsrecht hergeleitet hat. Sonach müßte dieser Standpunkt des Beklagten heute schon deswegen, weil er verspätet ist, zurückgewiesen werden. Indessen erscheint er auch materiell als unbegründet. Allerdings ist richtig, daß ein Lieferungstermin in der Weise vereinbart war, daß der Beklagte innert 3—4 Monaten seit Vertragsabschluß abzurufen und der Kläger alsdann zu liefern hatte; nun erfolgte der Abruf zuerst am 5. März, mit Fristansetzung zur Lieferung auf den 15. April, und als die Lieferung weder an diesem Termine, noch an den später vereinbarten Terminen geschah, setzte der Beklagte dem Kläger eine letzte Frist an im Sinne des Art. 122 O.-R., wozu er unzweifelhaft berechtigt war, und es ist endlich auch dieser letzte Termin nicht innegehalten worden. Allein der Kläger wendet nun mit Recht ein, der Beklagte habe auf den Rücktritt vom Vertrage wegen verspäteter Lieferung durch sein nachheriges Verhalten verzichtet: Dieser Verzicht ist in der That daraus zu folgern, daß der Beklagte die Maschine in sein Geschäft bringen, dort aufstellen und Montierungsversuche mit ihr machen ließ, daß er ferner in seinen Reklamationen, die er sofort nach Ankunft der Maschine erhob, ausdrücklich nur auf den mangelhaften Zustand derselben abstellte, daß er endlich in der späteren zahlreichen Korrespondenz der verspäteten Lieferung entweder gar keine Erwähnung that oder wegen derselben sich nur Schadenersatz vorbehielt.

4. Die Begründetheit der zweiten vom Beklagten vorgebrachten Einrede: das Fehlen zugeicherter Eigenschaften und das Vorhan-

denfein solcher Mängel, die die Tauglichkeit der Gummiermaschine zu ihrem zweckentsprechenden Gebrauche aufheben, war vom Beklagten zu beweisen, da er die Maschine als vertragsgemäßen Leistungsgegenstand in Empfang genommen hatte. Darin nun, daß die Vorinstanzen diesen Beweis als auf Grund des Expertengutachtens und der Zeugenaussagen geleistet ansehen, kann weder eine den Grundsätzen des eidgenössischen Rechts widersprechende, noch eine dem Inhalte der Akten widerstreitende Würdigung des Beweisergebnisses gefunden werden, so daß das Bundesgericht an die Annahme der Vorinstanzen gebunden ist. Die Experten führen insbesondere aus, die Maschine leide an einem Konstruktionsfehler, darin bestehend, daß die Leitbänder zu wenig Adhäsion gegen einander haben, so daß die gummierten Couverts zwischen der Ablauf- und der Aufstufstelle der Bänder zu wenig gehalten seien, sich unregelmäßig über einander verschieben und teilweise stürzen und unbrauchbar werden; und dieser Fehler sei schon vor Übergabe der Maschine an den Beklagten vorhanden gewesen. Der Kläger macht nun allerdings geltend, nach dem Expertengutachten sei als ein Hauptfaktor für den schädlichen Einfluß auf das richtige Funktionieren der Maschine der Umstand anzusehen, daß der Beklagte der Maschine eine ungenügende Unterlage gegeben und diese schädliche Erschütterungen hervorgerufen habe. Allein hiergegen ist zu bemerken, daß diese Erschütterungen nach dem Gutachten nur den weiteren Mangel bewirkten, daß die Couverts oben durch den Ausstreichapparat nicht richtig fortgeleitet wurden; den Konstruktionsfehler berührt dieser Umstand in keiner Weise. Wenn der Kläger weiterhin den Gegenbeweis für die Tauglichkeit der Maschine damit angetreten hat, daß sie früher bei einem gewissen Plange tabellos gearbeitet habe, so ist dem gegenüber darauf hinzuweisen, daß einmal der Beweis der Identität der Maschine, die sich bei Plange befand, mit der dem Beklagten gelieferten nicht rechtsgenügend hergestellt erscheint, da sie von einem einzigen Zeugen, und zwar von einem Angestellten des Klägers, behauptet wird, und sodann insbesondere, daß mit der Maschine vor der Rücknahme bei Plange und der Lieferung an den Beklagten Veränderungen vorgenommen worden sind. Unter diesen Umständen kann der vom Beklagten zu seinen Gunsten geführte

Expertenbeweis, welcher noch unterstützt wird durch den sachverständigen Zeugen Ulmi und die Bescheinigung von Rutenkolk, durch den Gegenbeweis des Klägers nicht entkräftet werden. Aus dem Gesagten folgt das Recht des Beklagten zur Wandelung des Kaufes mit Bezug auf die Gummiermaschine.

5. Der Kläger nimmt nun aber eventuell den Standpunkt ein, der Beklagte habe auf Wandelung verzichtet und nur einen Anspruch darauf, daß der Kläger die Maschine in gehörigen Stand stelle. In dieser Beziehung ergibt sich aus dem Vertrage und der Korrespondenz, daß der Beklagte sich solche Änderungen hatte zu gefallen lassen, welche durch die Montage bewirkt werden konnten; um solche Veränderungen handelt es sich jedoch in casu nach dem Inhalte der Expertise nicht, vielmehr kann nach demselben nur durch gründliche Reparatur vielleicht eine befriedigende Funktion der Maschine erzielt werden. Irrelevant ist dem gegenüber auch die Aussage des Zeugen Rutenkolk, er sei vom Beklagten an der Fortsetzung seiner Arbeit verhindert worden, ganz abgesehen von der Frage der Glaubwürdigkeit dieser Zeugenaussage. Auch die Berufung darauf, daß nach den Grundsätzen der bona fides der Käufer verpflichtet sei, bei Lieferung von subtilen Maschinen die sogenannten Nachbesserungen anzunehmen, hält nicht Stich, da es sich eben um einen tiefgreifenden Konstruktionsfehler handelt, der durch den Monteur nicht verbessert werden kann, und bei derartigen weitläufigen Nachbesserungen, die mit Unzuverlässigkeiten verbunden sind, dem Käufer nicht zugemutet werden darf, zuerst nur Nachbesserungen zu verlangen (vgl. Bolze, Entsch. des Reichsgerichtes, Bd. 8, Nr. 479).

Ist nach den Ausführungen in Erwägungen 4 und 5 der Beklagte zur Annahme der Gummiermaschine nicht verpflichtet, seine Wandelungseinrede vielmehr begründet, so folgt daraus die Abweisung der Kaufpreisforderung des Klägers, ohne daß die Begründetheit der anderweitigen Mängelrügen des Beklagten zu untersuchen wäre.

6. Die zweite heute noch streitige Forderung des Klägers besteht aus 124 Mark, Ersatz der Auslagen für den Monteur zum Zwecke der Montage der Briefumschlagmaschine. Die grund-

sätzliche Begründetheit dieser Forderung ergibt sich aus dem Vertrage vom 19. Januar und den Briefen des Beklagten vom 16. August und 8. Oktober 1894. Im Quantitativ aber ist die Reduktion auf 60 Fr. — die den Verhältnissen angemessen erscheint — von keiner Seite angefochten worden, so daß es hiebei zu belassen ist.

7. Übergehend zu den Gegenforderungen des Beklagten, ist in erster Linie zu bemerken, daß der Kläger, nachdem die Wandelungseinrede gutgeheißen ist, dem Beklagten grundsätzlich verpflichtet ist zum Ersatze desjenigen Schadens, der aus der mangelhaften Lieferung unmittelbar entstand. Hieher gehören die Gegenforderungsposten Nr. 1, 2, 3, 4 und 5:

a. Nr. 1, Ersatz der Fracht- und Zolispesen, ist von der Vorinstanz aus dem Grunde nur im reduzierten Betrage von 138 Fr. 19 Cts. zugesprochen worden, weil diese Spesen für beide Maschinen haben getragen werden müssen und mangels einer Auscheidung anzunehmen sei, sie betreffen auf jede derselben die Hälfte. Diese Feststellungen und Ausführungen sind weder aktenwidrig noch rechtsirrtümlich, erscheinen gegenteils den Verhältnissen als angemessen, so daß der von der Vorinstanz zugesprochene Betrag zu bestätigen ist.

b. Nr. 2 ist nach dem Urteile der Vorinstanz nicht genügend erwiesen, und dieser Feststellung ist beizutreten, so daß dieser Posten abgewiesen werden muß.

c. Anders verhält es sich dagegen mit Nr. 3 und 4: Diese Auslagen sind durch die Aussagen der Zeugen Ulmi und Rutenkoll ausgewiesen (Nr. 4 im Betrage von 24 Fr. 50 Cts.), so daß sie dem Beklagten vom Kläger mit 92 Fr. 50 Cts. zu ersetzen sind. Gegen die Zusprechung dieser Summe kann nicht etwa eingewendet werden, die Vorinstanz habe festgestellt, ein Nachweis für diese Auslagen liege nicht vor: allerdings läßt die Fassung des diesbezüglichen Motivs der Vorinstanz auch diesen Schluß zu, sie entbehrt jedoch zur Annahme desselben der genügenden Klarheit.

d. Nicht gutgeheißen kann dagegen werden Nr. 5, weil ein Nachweis hiefür nach Feststellung der Vorinstanz mangelt.

8. Der Kläger bestreitet endlich noch die Schadenersatz-

forderung des Beklagten wegen verspäteter Lieferung der Briefumschlag- sowie wegen nicht vertragsgemäßer, eventuell verspäteter Lieferung der Gummiermaschine, die von den kantonalen Instanzen im Betrage von 2000 Fr. gutgeheißen worden ist. Nun ist, wie in Erwägung 3 ausgeführt, thatsächlich richtig, daß der Kläger mit der Lieferung beider Maschinen im Verzuge war; dagegen hat der Beklagte, wie ebendort bemerkt, auf das aus diesem Verzuge des Klägers folgende Recht zum Rücktritt verzichtet. Nicht verzichtet hat er jedoch auf das Recht des Schadenersatzes; ein solcher Verzicht könnte nicht etwa aus der Annahme der Ware gefolgert werden; denn in der handelsrechtlichen Theorie und Praxis und speziell auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist der Grundsatz anerkannt, daß in der vorbehaltlosen Annahme einer verspäteten Lieferung ein Verzicht auf den daraus entspringenden Schadenersatzanspruch nicht liegt, sofern nicht anderweitige Umstände für einen solchen Verzicht sprechen. Derartige Umstände sind nun in casu keine vorhanden; gegenteils hat sich der Beklagte in der Korrespondenz ausdrücklich seine Schadenersatzforderung vorbehalten. Danach ist die Entschädigungsforderung des Beklagten grundsätzlich begründet, sofern ihm ein Schaden entstanden ist. Die Vorinstanz hat nun angenommen, dies sei in der That der Fall, und dem Beklagten wegen entgangenen Geschäftsgewinnes 200 Fr. zugesprochen. Diese Taxation hat der Kläger eventuell nicht materiell, sondern nur von prozessrechtlichen Gesichtspunkten aus angefochten, indem er geltend macht, die erste Instanz habe dem Beklagten aus diesem Titel keinen Schadenersatz zugesprochen, und da der Beklagte hiegegen nicht appelliert habe, sei die zweite Instanz nicht befugt gewesen, in diesem Punkte eine Abänderung des Urteils zu Gunsten des Beklagten zu treffen. Hiegegen ist jedoch zu bemerken, daß die Frage, inwieweit eine kantonale Appellationsinstanz ein an sie appelliertes Urteil abändern kann, prozessualischer Natur ist und daher der Überprüfung des Bundesgerichtes nicht untersteht. Es muß sonach bei den gutgesprochenen 200 Fr. aus diesem Titel sein Bewenden haben.

9. Nach dem Gesagten gestaltet sich die Abrechnung zwischen den Parteien folgendermaßen:

Gutgeheißene bezw. anerkannte Forderungen
des Klägers:

Kaufpreis für die Briefumschlag- maschine	Mk. 1800 —
Kaufpreis für die 2 Ausstanzmesser	" 118 75
Ersatzforderung für den Monteur, 60 Fr. (Die Vorinstanz hat hier irrtümlicher Weise 60 Mk. einge- setzt.)	" 48 —
	<u>Mk. 1966 75 = Fr. 2461 45</u>

Gutgeheißene Gegenforderungen
des Beklagten:

Post Nr. 1	Fr. 138 19
" Nr. 3 und 4	" 92 50
" Nr. 6	" 200 —
	<u>Fr. 430 69</u>

so daß ein Saldo zu Gunsten des Klägers
verbleibt im Betrage von Fr. 2030 —
wovon die schon bezahlte Summe von . . . Fr. 398 43
in Abzug kommt, dagegen Verzugszinsen im geforderten Betrage
und vom geforderten Datum an zuzusprechen sind.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird als unbegründet, die An-
schlußberufung des Beklagten dagegen als teilweise begründet
erklärt; demgemäß hat der Beklagte an den Kläger 2030 Fr.
76 Cts. nebst Verzugszins zu 5% seit 18. März 1895 zu be-
zahlen, abzüglich der schon gezahlten 398 Fr. 45 Cts.; die
Mehrforderung wird abgewiesen.

54. Urteil vom 10. Juni 1898 in Sachen
Trüb gegen Maillard.

*Gefälligkeitsindossament, rechtliche Wirkungen. — Wechselberei-
cherungsklage, Art. 813 Abs. 2 O.-R.; Geben der Wechsel an zahlungs-
statt oder zahlungshalber? — Vermuthung für letzteres. — Ziel der
Wechselbereicherungsklage.*

A. Durch Urteil vom 22. März 1898 hat die Appellations-
kammer des Obergerichts des Kantons Zürich die Klage abge-
wiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das
Bundesgericht erklärt mit dem Antrag, unter Aufhebung desselben
die Klage gutzuheissen. Bei der heutigen Verhandlung vor Bundes-
gericht erneuert der Anwalt des Klägers diesen Berufungsantrag.
Der Beklagte ist nicht vertreten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Ein gewisser J. Blumer schuldete dem Beklagten Maillard
für gelieferte Steinhauerarbeiten den Betrag von 4000 Fr. Zur
Deckung dieser Forderung zog der Beklagte am 22. September
1896 vier Wechsel an eigene Ordre von je 1000 Fr. auf Blumer,
fällig Mitte Dezember gl. J., welche Blumer acceptierte. Diese
Wechsel versah der Beklagte mit einem Blankoindossament, und
der Kläger mit seinem Vollindossament an die schweiz. Volksbank.
Der Acceptant löste die Wechsel zur Verfallzeit nicht ein, weshalb
die Volksbank ihren Regreß gegen den Kläger nahm. Dieser ver-
säumte den Regreß gegen den Beklagten, und erhob nun, nachdem
ein Rechtsöffnungsgesuch im Betreibungsverfahren am 21. Okto-
ber 1897 wegen Verjährung des Regreßanspruchs abgewiesen
worden war, im ordentlichen Verfahren gegen den Beklagten Klage
auf Bezahlung von viermal 1009 Fr. 55 Cts. nebst Zins zu
5% seit 15. Dezember 1896, indem er im wesentlichen vor-
brachte: Er habe den Beklagten erst kennen gelernt, als J. Blumer
im September 1896 mit demselben zu ihm gekommen sei, und
der Beklagte ihn ersucht habe, aus Gefälligkeit sein Giro auf die
Wechsel zu setzen, weil die Volksbank dieselben nicht angenommen