

ist, beseitigt worden, so daß dieser nicht zur Entstehung gelangte. Es ergibt sich hieraus, daß der Versicherer durch Subrogation in die Rechte des Versicherten gegenüber dem Schädiger einen Anspruch aus Art. 58 vermöge der eigenartigen Natur des Verpflichtungsgrundes, auf dem dieser Anspruch beruht, schlechterdings gar nicht erwerben kann.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird abgewiesen, dagegen diejenige der Beklagten für begründet erklärt, und demnach in Abänderung des Urteils des Obergerichtes des Kantons Unterwalden ob dem Wald die Klage gänzlich abgewiesen.

#### 46. Urteil vom 1. Juni 1900 in Sachen Brand & Cie. gegen Gröner & Cie.

*Kauf. Abschluss zwischen Abwesenden (Art. 5 O.-R.). — Lieferung einer andern als der bestellten Ware. Genehmigung der Ware als Vertragsgegenstand? — Schadenersatz; Erfüllungsinteresse, Art. 110 ff. O.-R.*

A. Durch Urteil vom 2. April 1900 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt das erstinstanzliche Urteil in seinem Dispositiv bestätigt.

B. Gegen dieses Urteil haben die Kläger und Widerbeklagten unter Einreichung einer begründenden Rechtschrift die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen:

„Es seien die Urteile des Zivilgerichts Baselstadt vom 13. Februar 1900 und des Appellationsgerichts Baselstadt vom 2. April 1900 aufzuheben und die Beklagte, die Firma Gröner & Cie. in Basel, zur Zahlung von 3084 Fr. 55 Cts. samt Zins zu 5% vom Tage der Einreichung der Klage bis zur Zahlung zu verurteilen, und mit ihrer Gegenforderung von 973 Fr. 15 Cts. abzuweisen.

Die Beklagten beantragen in ihrer Beantwortung der Rechtschrift der Berufungskläger, es sei die Berufung abzuweisen und der vorderrichterliche Entscheid zu bestätigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Mit Postkarte vom 9. September 1899 offerierten die Kläger, Brand & Cie. in Antwerpen, den Beklagten, Gröner & Cie. in Basel, 25 Faß boneless hams (gefalgene Schweineschultern) Marke Viles & Robbins, ganz frische Ware zu 72 Fr. per 100 Kilos, worauf die Beklagten am 12. September, um die ihnen unbekannte Marke kennen zu lernen, ein Faß dieser Ware bestellten. Die Kläger antworteten am 13. gl. Mts., sie können nicht gut ein Faß von der Partie von 25 absenden; die 25 Faß seien eben angekommen auf dem Schiff British Queen. Es sei ganz prima Dualität. Wenn die Beklagten die 25 Faß nehmen wollen, so sollen sie morgen frühzeitig telegraphieren. Am 17. September erklärten die Beklagten mit Postkarte, „sie acceptieren die 25 barils des Hauses Viles and Robbins zu 72 Fr., garantiert frisch, borfrei und mit Ursprungscertifikat versehen.“ Die Kläger sandten hierauf 25 Fässer, welche am 22. September in Basel ankamen. Am 28. September teilten die Beklagten den Klägern mit, sie hätten 10 Fässer probeweise geöffnet und bei viere den Inhalt als verdorben konstatiert; sie stellen ihnen deshalb die Sendung zur Verfügung. Die Kläger nahmen die Stellung zur Disposition nicht an, erklärten sich aber bereit, die Sache in geschäftsmäßiger Weise zu untersuchen und die schlechten Fässer zurückzunehmen; die Beklagten sollen ihnen mitteilen, wie viel Fässer sie beanstanden, die Kläger werden dann selbst die zurückgestellten untersuchen lassen. Die Beklagten ersuchten nun die Kläger am 2. Oktober, sie telegraphisch von ihrem Einverständnis damit zu benachrichtigen, daß sie die ihnen konvenierenden Fässer behalten und die übrigen zu Disposition der Kläger ins Lagerhaus der Schweiz. Centralbahn zurückschaffen; worauf die Kläger mit Postkarte vom 3. Oktober antworteten, die Beklagten sollen ihnen umgehend mitteilen, welche Fässer sie beanstanden, die Kläger werden dieselben dann untersuchen lassen und zurücknehmen, wenn die Reklamation begründet sei. Nun telegraphierten die Beklagten den Klägern, sie werden eine gesundheitspolizeiliche Expertise vornehmen lassen, und ersuchten die Kläger, wenn sie hiemit nicht einverstanden seien, eine andere Verfügung zu treffen. Da dies nicht geschah, verlangten die Beklagten am 6. Oktober eine amtliche Untersuchung durch den

Kantonstierarzt in Basel. Dieser konstatierte, daß 18 Fässer verdorbene Ware und auch der Rest keine gute Qualität mehr enthielten; er verfügte zugleich, daß die Ware innert acht Tagen aus der Schweiz ausgeführt werden müsse, ansonst die Konfiskation erfolgen werde. Die Beklagten stellten nun den Klägern die 25 Fässer nochmals zur Verfügung und verbrachten sie, da die Kläger darüber nicht verfügten, in das eidgenössische Zollniederlassungshaus. Da die Kläger ihnen das Recht hiezu bestritten und ihren Zweifel darüber aussprachen, ob die vom Kantonstierarzt untersuchte Ware das von ihnen gelieferte Fleisch sei, verlangten die Beklagten eine vorsorgliche Expertise. Der gerichtlich bestellte Experte stellte unter Zuziehung des Grenztierarztes, des Lagerhausverwalters der S.-E.-B. und des Zollbeamten, der die Ware verzollt hatte, am 21. Oktober fest, daß der Inhalt sämtlicher 25 Fässer nicht mehr als menschliches oder tierisches Nahrungsmittel verwendbar sei; es sei möglich, daß 15 Fässer, deren Inhalt jetzt in saure Gährung übergegangen sei, zur Zeit der Ankunft noch annehmbar gewesen seien, bei den übrigen 10 Fässern, in denen das Fleisch bereits in Fäulnis übergegangen sei, könne dies nicht angenommen werden. Die Gesundheitspolizei verfügte nun die Konfiskation der sämtlichen 25 Fässer. Am 16. November 1899 klagten die Kläger gegen die Beklagten auf Bezahlung des Kaufpreises für die denselben verkaufte Ware mit 3084 Fr. 55 Cts. (inbegriffen die Protestkosten eines zurückgegangenen Wechsels) nebst 5% Prozeßzinsen. Sie behaupteten, die Ware sei in gutem Zustande in Basel angekommen; die Expertise vom 9. Oktober beweise dagegen nichts, da die Beklagten die Ware damals längst im Besitz gehabt, und die Identität der untersuchten mit der von den Klägern stammenden nicht mehr festgestellt werden könne. Da die Beklagten die ihnen nach Art. 248 D.-R. obliegende sofortige Feststellung des Zustandes der Ware versäumt haben, seien sie beweispflichtig dafür, daß die behaupteten Mängel schon zur Zeit der Empfangnahme vorhanden gewesen seien.

Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage und widerklagweise Verurteilung der Kläger zur Zahlung von 973 Fr. 15 Cts. nebst Zinsen, nämlich 600 Fr. 75 Cts. Speditionsauslagen für Fracht und Zoll, 32 Fr. 40 Cts. für doppelte Ca-

mionage und 340 Fr. für entgangenen Gewinn. Sie behaupteten, die Kläger haben den Kaufvertrag nicht erfüllt, indem sie andere Ware lieferten, als sie verkauften: Die gelieferte Ware stamme, wie aus den Klagbeilagen ersichtlich sei, gar nicht aus dem am 11. September 1899 in Antwerpen angekommenen Schiff British Queen, sondern aus dem Schiff «British Trader», welches schon Mitte August in Antwerpen angelangt sei. Die Kläger haben daher statt frischer Ware aus dem Schiff British Queen Ware geliefert, die bereits volle fünf Wochen in Antwerpen, und zwar bei der heißesten, für diesen Handelsartikel ungünstigsten Jahreszeit gelagert habe. Die Beklagten bestritten ferner, daß sie den Zustand der Ware zu spät festgestellt und zu spät reklamiert haben; nicht sie, sondern die Kläger haben eine Feststellung hinauszuziehen versucht. Durch die wiederholte Anerkennung schlechter Ware zurückzunehmen, haben die Kläger die grundsätzliche Berechtigung und die Rechtzeitigkeit der Reklamation anerkannt. Bei der Ankunft und Ablieferung der Ware haben die Beklagten die darauf haftenden Spesen für Fracht und Zoll u. s. w. bezahlen müssen, laut Nota der Spediteure mit 600 Fr. 75 Cts., welche Rechnung am 25. September beglichen worden sei. Die doppelte Camionage von der Bahn in das Magazin der Beklagten und wieder zurück in das Entrepot habe 32 Fr. 40 Cts. gekostet. Diese Auslagen seien für die Beklagten völlig nutzlos geworden. Durch die Lieferung schlechter Ware sei ihnen aber auch die Möglichkeit einer Verwertung mit Gewinn entgangen. Gleich nach dem Kaufabschluß habe die Ware im Preise zu steigen angefangen. Schon am 26. September 1899 hätten die Kläger selbst die gleiche Ware boneless hams der Marke Viles & Robbins zum Preise von 80 Fr. per 100 Kilos ab Antwerpen offeriert. Zur gleichen Zeit und dann anfangs Oktober seien Offerten dieser Ware eingelangt bis zu 85 1/4 Fr. per 100 Kilos, resp. ab Hamburg bis zu 36 Mk. und 36 1/2 Mk. per 50 Kilos = 90—91 Fr. per 100 Kilos. Die Beklagten hätten somit gute Ware, wie gekauft, sofort nach Eintreffen mit schönem Gewinn weiterverkaufen können. Dieser Gewinn sei ihnen entgangen durch die vertragswidrige Lieferung. Die Differenz zwischen dem von den Klägern selbst anerkannten Preise von 80 Fr. per 100 Kilos und dem Kaufpreis mache 8 Fr. per 100 Kilo aus; den Beklagten sei somit, da laut der

Faktur der Kläger das Nettogewicht der ganzen Partie 4250 Kilos betragen habe, an Gewinn ein Betrag von 340 Fr. entgangen. Die Kläger beantragten Abweisung der Widerklage. Sie machten geltend, daß beim schließlichen Abschluß des Vertrages es sich nicht mehr um die mit dem Schiffe British Queen angekommene Ware handeln konnte, da die Beklagten die von den Klägern ihnen gemachte Offerte nicht innert der gesetzten Frist angenommen hatten; wenn daher einige Tage später die Beklagten Lieferung von 25 Faß boneless hams verlangt haben, so sei das eine neue Offerte gewesen, die ihrerseits von den Klägern angenommen worden sei. Übrigens beharren die Kläger darauf, daß die Ware bei Absendung von Antwerpen gut gewesen sei; ein Beweis, daß sie in Basel verdorben angekommen, sei nicht erbracht. Was die Rückvergütung der Zollauslagen anbelange, so können die Beklagten sie schon deshalb nicht fordern, weil sie die Ware, wenn sie verdorben war, sofort hätten refusieren sollen, wodurch der Zoll erspart worden wäre. Die doppelte Camionage seien die Kläger unter keinen Umständen zu zahlen verpflichtet. Die Beklagten haben nicht nötig gehabt, die Ware wieder ins Entrepot zurückzubringen, und die schließliche gerichtliche Expertise hätte ebensogut im Magazin der Beklagten stattfinden können. Es sei nicht bewiesen, daß die Ware im Preise gestiegen sei; ebenso nicht, daß die Beklagten die Ware hätten verkaufen können; denn die von ihnen produzierten Offerten seien bloß Verkaufs- und keine Kaufsofferien. Aber selbst abgesehen hiervon, hätten die Beklagten doch nur einen Anspruch auf Schadenersatz, wenn sie auch dargethan hätten, daß die Kläger wirklich unbrauchbare und schlechte Ware geliefert haben, was nicht der Fall sei. Beide kantonalen Instanzen haben die Klage abgewiesen, und die Widerklage in dem geltend gemachten Betrage gutgeheißen.

2. In rechtlicher Beziehung muß es sich in erster Linie fragen, ob die Kläger mit der im Streite liegenden Ware den vereinbarten Kaufgegenstand geliefert haben. Wenn dies nicht der Fall war, die Kläger also andere Ware, als die von den Beklagten gekaufte, geliefert haben, so sind die Kläger schon deshalb nicht berechtigt, den Kaufpreis zu fordern, weil sie selbst den Vertrag nicht erfüllt, bezw. die Erfüllung nicht in gehöriger Weise angeboten haben (Art. 95 D.-R.), und haften den Beklagten überdies

gemäß Art. 110 D.-R. wegen Nichterfüllung des Vertrages auf Schadenersatz. War dagegen die gelieferte Ware diejenige, um welche gehandelt worden ist, so greift alsdann die Frage nach der kaufrechtlichen Gewährleistungspflicht wegen Mängel der Kaufsache Platz, und beurteilt sich somit Klage und Widerklage nach den in Art. 243 ff. D.-R. niedergelegten Grundsätzen.

3. Nun steht fest, daß die Kläger mit Postkarte vom 9. und Schreiben vom 13. September 1899 den Beklagten 25 Fässer boneless hams der Marke Viles & Robbins, welche mit dem Schiff British Queen joeben in Antwerpen angekommen seien, zu 72 Fr. per 100 Kilos angeboten, daß die Beklagten mit Postkarte vom 17. September erklärt haben, sie acceptieren dieses Angebot, und daß die Kläger hierauf ohne weiteres die Faktur ausgestellt und die Ablieferung bewerkstelligt haben. Es besteht hienach kein Zweifel, daß die Parteien über Kauf und Verkauf derjenigen Ware einig geworden sind, welche die Kläger den Beklagten durch jene Schreiben vom 9. und 13. September offeriert haben. Auf Grund dieser Offerte bezog sich der Kauf nicht etwa auf eine bloß allgemein der Gattung nach bezeichnete Ware, sondern auf eine bestimmte Spezies, nämlich auf diejenigen 25 Fässer, welche nach der Erklärung der Kläger joeben mit dem Schiff British Queen in Antwerpen angekommen waren, so daß der Kaufvertrag nur durch die Lieferung dieser Fässer erfüllt werden konnte. Die Behauptung der Kläger, daß sie berechtigt gewesen seien, Ware aus einem andern Schiff zu liefern, weil die Beklagten ihre Offerte nicht sofort, wie sie verlangt hatten, angenommen haben, ist unrichtig. Denn wenn auch die Kläger zur Zeit, als die Beklagten die Annahme erklärten, an ihre Offerte nicht mehr gebunden waren, die Annahmeerklärung der Beklagten somit den Vertrag zunächst noch nicht zum Abschluß brachte, sondern rechtlich als neue Offerte zu betrachten ist, so ist dieser Umstand für die Frage nach dem Inhalt des Vertrages doch vollständig bedeutungslos, indem die in der verspäteten Annahmeerklärung der Beklagten liegende Offerte genau die gleichen Vertragsbedingungen enthielt, wie die Offerte, welche die Kläger gestellt hatten, und die Kläger die Offerte der Beklagten, so wie sie gestellt war, angenommen haben. Aus der von den Klägern

hervorgehobenen Thatsache, daß sie bei Ankunft der Postkarte der Beklagten vom 17. September an ihre eigene Offerte nicht mehr gebunden waren, folgt daher bloß, daß der Vertrag nicht schon in diesem Zeitpunkt, sondern erst durch die nachträgliche Zustimmung der Kläger perfekt wurde. An der Basis, auf welcher die Parteien kontrahiert haben, wurde dadurch nichts geändert.

4. Gegenstand des zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufvertrages bildeten demnach boneless hams aus dem Schiff British Queen, und da die Kläger nicht bestreiten, daß die von ihnen gelieferte Ware nicht aus diesem Schiff, sondern aus dem British Trader stamme, welcher bereits mehrere Wochen früher (am 16. August) in Antwerpen eingelaufen war, ist somit die Einrede des nicht erfüllten Vertrages begründet, und braucht auf die von den Parteien diskutierte Frage, ob bei der effektiv gelieferten Ware im übrigen die zugesicherten Eigenschaften vorhanden gewesen seien, und ob die Beklagten eine formgerechte Mängelrüge erhoben haben, nicht weiter eingetreten zu werden. Wenn die Kläger in ihrer Berufungsschrift einwenden, der Standpunkt der Beklagten, daß andere Ware, als die gekaufte, geliefert worden sei, müsse deshalb außer Berücksichtigung fallen, weil die Beklagten ihn sofort bei Ankunft der Ware und nicht erst in der gerichtlichen Verhandlung hätten einnehmen sollen, so geht diese Einwendung deshalb fehl, weil laut Feststellung der Vorinstanz die Beklagten jene Thatsache eben erst im Laufe des Prozesses erfahren haben. Es kann daher keine Rede davon sein, daß die Beklagten etwa durch die Abnahme der Sendung die Ware als Vertragsgegenstand genehmigt haben. Der gedachten Feststellung der Vorinstanz steht der von den Klägern hervorgehobene Umstand, daß aus dem Geleitschein ersichtlich gewesen sei, daß die gelieferte Ware schon am 18. Juli 1899 von Amerika abgehandelt worden sei, keineswegs entgegen; denn hieraus könnte höchstens gefolgert werden, daß es den Beklagten, wenn sie die regelmäßige Übersfahrtsdauer in Betracht zogen, möglich gewesen wäre, auf die wirkliche Ankunftszeit der Ware in Antwerpen zu schließen. Hierauf können sich aber die Kläger, welche sich ihrerseits ausschwiegen und es darauf ankommen ließen, ob die Beklagten die Ware für solche, die wirklich aus dem Schiff British Queen stamme, nehmen

werden, nach den Grundsätzen über Treu und Glauben nicht berufen.

5. Infolge der Nichterfüllung des Kaufvertrages sind die Kläger den Beklagten nach Maßgabe von Art. 110 ff. O.-R. schadenersatzpflichtig geworden. Der nach Art. 110 von dem nicht erfüllenden Schuldner zu leistende Schadenersatz besteht in erster Linie in dem Erfüllungsinteresse des Gläubigers. Zur Befriedigung desselben hat der Schuldner dem Gläubiger den Wert der geschuldeten Leistung, abzüglich des Wertes der unterbliebenen Gegenleistung des Gläubigers zu ersetzen. Nun bestimmt sich der Wert des Kaufgegenstandes, da es sich hier um Kaufmannsware handelt, nach dem Preis, den die Ware zur Zeit der vertragsmäßigen Ablieferung hatte, und dieser Preis war, wie die Vorinstanz in unanfechtbarer Weise feststellt, 8 Fr. per 100 Kilos höher, als der Kaufpreis. Die Kläger haben daher den Beklagten, da im ganzen 4250 Kilos gekauft waren, das Erfüllungsinteresse mit  $42,5 \times 8 \text{ Fr.} = 340 \text{ Fr.}$  zu ersetzen. Zu dem nach Art. 110 ff. zu ersetzenden Schaden gehören ferner die nutzlosen Auslagen im Betrage von 600 Fr. 75 Cts., welche die Beklagten für Fracht und Zoll gehabt haben, ebenso die Kosten für doppelte Camionage im Betrag von 32 Fr. 40 Cts. Gegenüber der Behauptung der Kläger, die Beklagten können nur einfache Camionage in Rechnung bringen, weil ein Rücktransport zum Zwecke der zweiten Expertise zwecklos gewesen sei, haben die kantonalen Gerichte mit Recht bemerkt, daß die Beklagten berechtigt gewesen seien, die von den Klägern trotz wiederholter Aufforderung nicht zurückgenommene Ware aus ihrem Magazin zu entfernen und anderwo gut einzulagern. Demnach erscheint aber die Forderung für die doppelte Camionage als begründet.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung der Kläger wird als unbegründet abgewiesen und daher das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom 2. April 1900 in allen Teilen bestätigt.