

vait placé du demandeur. Enfin, si le dit demandeur a dès le début accusé Morand ou Bellora, c'est qu'il avait déjà eu à se plaindre de leurs procédés et qu'au moment où il a été frappé ils étaient au premier rang des spectateurs.

Toutefois, malgré ces considérations, qui auraient dû peut-être engager la Cour d'appel à accepter plutôt la version de la première instance, le Tribunal de céans ne peut aller aussi loin que d'admettre que la dite Cour s'est mise en contradiction avec les pièces du dossier en considérant qu'il n'est pas certain que Reichlen ait été blessé au moyen de la bûche lancée par Delacombaz. Il y a donc lieu, pour le Tribunal fédéral, de s'estimer lié par cette constatation, et d'admettre, avec la Cour d'appel, que l'auteur du coup fatal n'a pu être déterminé d'une manière certaine, c'est-à-dire qu'on ignore si c'est Delacombaz ou un autre.

Dans cette situation, le recours en réforme ne peut être accueilli et la confirmation de l'arrêt d'appel s'impose. Il est certain en effet que Delacombaz n'a pas été le seul agresseur de Reichlen ; Morand et Bellora en étaient aussi, et même ils ont eu dans la bagarre un rôle bien plus actif que Delacombaz, lequel ne s'y est trouvé mêlé que tout à la fin et n'a agi que par imprudence. C'est surtout la résistance de Morand aux ordres de Reichlen et son obstination à maintenir la porte ouverte qui a donné le signal de la rixe ; Bellora, de son côté, a été l'un des premiers à prêter main-forte à Morand. Tous deux ont ainsi, autant et plus que Delacombaz, pris part aux voies de fait et il ne pouvait leur échapper qu'au cours de celles-ci un mauvais coup pouvait facilement atteindre Reichlen.

Or, dans son arrêt en la cause Häfziger contre Iten et consorts (*Rec. off.* XXV, II, p. 817 et suiv.), qui présente certainement beaucoup d'analogie avec le cas actuel, le Tribunal fédéral a posé en principe que ceux qui ont provoqué une batterie ou qui y ont participé d'une manière active peuvent être déclarés responsables du dommage qui en est résulté, à teneur de l'art. 60 CO., surtout lorsque l'auteur du coup fatal n'a pu être déterminé. Il n'existe donc certainement pas de

motifs, en l'espèce, de libérer Morand et Bellora de toute responsabilité, surtout alors que, dans le système admis en première ligne par la Cour d'appel, ils peuvent être *eux-mêmes* les auteurs directs du coup qui a blessé Reichlen. En tout cas ils ont provoqué ou prolongé la batterie alors qu'ils savaient ou devaient savoir qu'elle pouvait entraîner une lésion du demandeur.

4. — Quant à la quotité des dommages-intérêts dus éventuellement à Reichlen, les recourants n'ont pas critiqué le chiffre admis par la Cour d'appel et il n'y a, par conséquent, pas lieu de modifier celui-ci. Il en est de même quant à la proportion en laquelle les trois défendeurs doivent supporter entre eux la condamnation, c'est-à-dire quant aux limites dans lesquelles celui qui aura payé sera admis à exercer son recours contre ses coobligés.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt rendu entre parties par la Cour d'appel de Fribourg, le 18 juillet 1900, est maintenu.

90. Urteil vom 3. November 1900 in Sachen Wegmann-Hauser gegen Schweizerische Gesellschaft für elektrotechnische Industrie.

Kauf auf ratenweise Lieferung. — Mangelhaftigkeit der ersten Lieferung ; wann berechtigt sie zum Rücktritt des Käufers vom Vertrage ? Behauptete Arglist des Verkäufers.

A. Durch Urteil vom 17. August 1900 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt :

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Dagegen ist der Beklagte verpflichtet, die von der Sendung vom 18. Januar 1900 bereits bezogene Ware à raison von

352 Fr. für 1000 Kilo Karbid und 4 Fr. per Büchse zu ersetzen.

3. Begehren 1 der Widerklage wird abgewiesen.

4. Die Klägerin ist in Gutheißung von Begehren 2 und 3 der Widerklage verpflichtet, dem Beklagten 867 Fr. nebst Zins à 5 % seit 20. Dezember 1899 zu bezahlen und die auf der zweiten Sendung erwachsenen Spesen zu ersetzen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit den Anträgen: Die Widerklage sei im vollen Umfange gutzuheißen, und zwar schon auf Grundlage der jetzigen Akten, eventuell nach Durchführung des Beweisverfahrens vor der kantonalen Instanz, an welche in diesem Falle die Sache zurückzuweisen sei.

C. In der heutigen Verhandlung erneuert und begründet der Vertreter des Beklagten diese Berufungsanträge. Als Punkte, über welche eventuell das Beweisverfahren durchzuführen sei, bezeichnet er speziell: daß die erste Lieferung nur 232 L. Acetylen per Kilogramm Calciumkarbid ergeben habe; daß der Beklagte Ware mit konstanter Gehaltsmenge bedürfe, weil die Kontrollapparate, welche anzeigen sollen, ob und wie viel Calciumkarbid nachzufüllen sei, auf der Voraussetzung einer solchen Konstanz beruhen; daß endlich das Personal der Klägerin Kenntnis von der Mangelhaftigkeit der zweiten Lieferung gehabt habe.

Der Vertreter der Klägerin trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 29. Juli 1899 schlossen die Klägerin und der Beklagte (der Fabrikant von Acetylenapparaten ist), einen Vertrag ab, wonach jene diesem 150 Tonnen (zu 100 Kg.) Calciumkarbid mit einer garantierten durchschnittlichen Gasausbeute von 300 L. per Kg. Karbid zum Preise von 400 Fr. pro Tonne verkaufte, zahlbar netto Kassa, ohne Abzug. Die Lieferung hatte in verschiedenen monatlichen Raten in den Monaten September 1899 bis August 1900 zu erfolgen, in Metalleylindern von circa 60 Kg. Inhalt, und es würden für diese Büchsen 4 Fr. per Stück berechnet. Aus den „Allgemeinen Bestimmungen“ des Vertrages sind folgende hervorzuheben: „Jede Lieferung gilt als

ein besonderes Geschäft und ist die Erfüllung, Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung einer Lieferung ohne Einfluß auf die andere. Die zu liefernde Ware wird von der Verkäuferin erst nach einer genauen Prüfung auf ihre vertragliche Gehaltsmenge hin zur Versendung gebracht.“ Die erste Lieferung erfolgte in einem Waggon von 10,000 Kg. (150 Büchsen) am 20. September 1899, und es wurde dem Beklagten dafür Rechnung im Betrage von 4200 Fr. gestellt. Mit Brief vom 7. November gleichen Jahres teilte der Beklagte der Klägerin mit, das gelieferte Karbid sei durchaus minderwertig, indem es nicht einmal 240 L. Acetylen ergebe. Die Klägerin antwortete am 9. gleichen Monats, sie gebe zu, daß „eine Minderwertigkeit“ vorliege, infolge unliebsamer Schwankungen in der Kraftlieferung für ihre Fabrik in Luterbach; doch könne sich diese Minderwertigkeit nur auf einzelne Büchsen beziehen; sie sei bereit, dem Beklagten auf dem minderwertigen Karbid eine entsprechende Bonifikation zu gewähren. Am 6. Dezember schrieb sie ihm dann, sie wäre in der Lage, die zwei Wagen sendungen, die pro Dezember vorgemerkt seien, im Laufe dieses Monats zum Versandt zu bringen, und sehe einer baldigen Antwort entgegen. Der Beklagte erwiderte jedoch am 8. gleichen Monats, die Qualität der gelieferten (ersten) Wagenladung Karbid habe sich bisher als durchaus minderwertig gezeigt; für eine Sendung von 1000 Kg. seien ihm bereits 20 % (86 Fr. 70) abgezogen worden; in seinem Hause habe er bei Verwendung von größeren und kompaktern Stücken nur 230 L. erzielt; er habe seiner Zeit den hohen Preis nur acceptiert wegen der Garantie eines Minimums von 300 L., und da nun die Klägerin dieser Garantie in keiner Weise gerecht geworden sei, verzichte er auf das Abkommen, bezw. auf weitem Karbidbezug; nach Abwicklung des Verkaufes der ersten Wagenladung werde er der Klägerin mitteilen, auf welche Vergütung er Anspruch mache. Die Klägerin erwiderte am 11. Dezember, sie habe ohne weiteres zugeben müssen, daß in Luterbach während einiger Zeit Karbid erzeugt worden sei, welches die kontraktlich garantierte Ausbeute nicht enthalten habe; die Analysen bei den jeweiligen Tagesproduktionen variieren zwischen 240 bis 300 L. per Kg., die Klägerin sei bereit, dem Beklagten in voller Weise gerecht zu

werden; dagegen könne von einem Rücktritte des Beklagten vom Vertrag schon im Hinblick auf dessen Bestimmung, wonach jede Lieferung als ein besonderes Geschäft gelte, keine Rede sein, so daß die Klägerin den „Verzicht“ des Beklagten auf den Vertrag nicht annehmen könne; sie werde daher die beiden pro Dezember bestellten Wagenladungen dem Beklagten gegen Ende dieses Monats ab Thuis zugehen lassen. Am 8. Januar 1900 schrieb die Klägerin dem Beklagten, sie habe den Versandt der zwei Wagenladungen Karbid im Dezember 1899 unterlassen können, da sie für die Ware anderweitig Verwendung gefunden habe; dagegen werde sie nun einen Wagen an den Beklagten in circa 8 Tagen und den andern Ende Januar 1900 abrollen lassen. Der Beklagte antwortete mit Brief vom 16. gleichen Monats, er betrachte den Vertrag als dahingefallen, da die Klägerin zugeständenermaßen wissentlich minderwertiges Karbid geliefert habe und sich damit „mehr als nur einen Vertragsbruch“ habe zu Schulden kommen lassen; er werde kein Karbid von der Klägerin mehr beziehen, bevor ihm 20% auf der ersten Wagenladung zurückvergütet sei, und wenn er nachher wieder von der Klägerin kaufen sollte, so würde das keinesfalls auf Grund des dahingefallenen Vertrages geschehen. Am 18. Januar wurde jedoch eine zweite Wagenladung von 10,000 Kg. abgesandt und dem Beklagten dafür wiederum Rechnung im Betrage von 4200 Fr. gestellt; gleichzeitig teilte die Klägerin dem Beklagten mit, sie nehme dessen Rücktritt vom Vertrage nicht an. Der Beklagte stellte die Ware im Lagerhaus der Petroleum-Lagergesellschaft in Zürich III zur Disposition der Klägerin. Die erste Lieferung hat er unbestrittenermaßen am 20. Dezember 1899 bezahlt.

2. Die Klägerin hat nun vom Beklagten mit der vorliegenden Klage die Bezahlung der zweiten Lieferung verlangt, wobei sie indessen 867 Fr. als Vergütung auf der ersten Lieferung abzog, so daß sie ursprünglich 3333 Fr. forderte, nebst Zins zu 5% seit 12. Februar 1900 (Datum der friedensrichterlichen Weisung); in der Hauptverhandlung vor erster Instanz hat sie jedoch ihre Klageforderung auf 2901 Fr. reduziert, gemäß folgender Rechnung:

Reduktion des Fakturabetrages auf	Fr. 3168
Wert der Büchsen	„ 600
	<hr/>
	Fr. 3768
ab Rabatt auf erster Sendung	„ 867
	<hr/>
Guthaben der Klägerin	Fr. 2901

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und Widerklage mit folgenden Begehren erhoben: 1. Der Kaufvertrag vom 29. Juli 1899 sei als aufgehoben zu erklären. 2. Die Klägerin und Widerbeklagte sei zu verpflichten, dem Beklagten und Widerkläger 867 Fr. nebst Zins zu 5% seit 20. Dezember 1899 zu bezahlen; 3. ihm die entstandenen und noch entstehenden Auslagen mit Bezug auf die zweite Lieferung zu ersetzen. Der Hauptverhandlung vorgängig wurde im Einverständnis der Parteien eine Expertise über die Qualität des Karbides der zweiten (Januar)-Sendung angeordnet. Als Resultat der in Basel in Gegenwart von Vertretern beider Parteien vorgenommenen Prüfung ergab sich „eine durchschnittliche Acetylenausbeute von 264 L. aus 1 Kg. Karbid bei 15° C und 760 mm. Barometerstand“ (nach deutscher Norm); auf den mittlern Barometerstand von Zürich (727 mm.) umgerechnet dagegen ein Gesamtmittel von 277 L. Die von den Parteien geltend gemachten Standpunkte sind, soweit notwendig, aus den nachfolgenden Erwägungen ersichtlich. Die Begründung des vorinstanzlichen Urteils läßt sich kurz dahin zusammenfassen: Die Mangelhaftigkeit einzelner Lieferungen berechtige nach dem Wortlaut des Vertrages nicht zum Rücktritte vom Vertrage. Immerhin könnte die betreffende Vertragsbestimmung von der Klägerin dann kaum angerufen werden, wenn ihr bezüglich der bei den ersten Lieferungen zu Tage getretenen Mängel ein doloses Verhalten zur Last gelegt werden müßte. Dafür liegen indessen nicht genügende Anhaltspunkte vor (was des nähern ausgeführt wird). Widerklagebegehren 1 sei daher abzuweisen. Bezüglich der Januarlieferung für sich allein betrachtet frage es sich, ob der Beklagte zur Wandelung oder bloß zur Preisminderung berechtigt sei; gemäß den „Normen des deutschen Acetylenvereins für den Karbidhandel“ müßte nun ein weniger als 265 L. Gas ergebendes Karbid vom

Käufer nicht abgenommen werden, und der Beklagte sei daher, da die Expertise nur einen Ertrag von 264 L. ergeben habe, zur Wandelung befugt; es sei nicht etwa der „herrschende“ Luftdruck und die „herrschende“ Temperatur zu Grunde zu legen, sondern Normal-Luftdruck und Temperatur. Widerklagebegehren 2 sei schon gemäß der Anerkennung der Klägerin gutzuheissen, und die Gutheißung von Widerklagebegehren 3 folge aus dem Rechte der Wandelung. Dagegen habe der Beklagte für das bereits bezogene Karbid aufzukommen, und zwar genüge es in Anbetracht des geringen Quantums, den Preis desselben in direktem Verhältnis zur Qualität zu reduzieren.

3. Streitig ist in der bundesgerichtlichen Instanz einzig noch das erste Rechtsbegehren der Widerklage, womit der Beklagte verlangt, daß der Vertrag vom 29. Juli 1899 als aufgehoben erklärt werde. Der Beklagte beansprucht damit das Recht auf einseitigen Rücktritt vom Vertrag, oder das Recht, dessen sofortige Auflösung, Wandelung, zu verlangen; und er leitet dieses Recht daraus her, daß die zwei ersten Lieferungen von der Klägerin mangelhaft und dolos ausgeführt worden seien. Wird bei der Entscheidung dieses Begehrens vorerst vom Vorhandensein einer Arglist abgesehen, so stellt sich die Frage so, ob bei einem Kaufe, der in ratenweisen Lieferungen zu erfüllen ist, die Mangelhaftigkeit einzelner Lieferungen den Käufer zum Rücktritt vom ganzen Vertrage berechtige. Diese Frage ist dann zu bejahen, wenn sich aus der Mangelhaftigkeit der ersten Lieferung ergibt, daß der Verkäufer überhaupt nicht im Stande ist, vertragsgemäß zu liefern; andernfalls aber folgt aus der Mangelhaftigkeit einzelner Lieferungen nicht das Recht auf Aufhebung des ganzen Vertrages; das ergibt sich wohl aus der ganz allgemeinen Bestimmung des Art. 255 D.-R., die sich zwar nicht ausdrücklich auf Käufe, die in ratenweisen Lieferungen zu erfüllen sind, bezieht, aber auf diese gewiß ebenso sehr zutrifft, wie auf Kaufverträge um mehrere zusammen verkaufte Sachen, oder über Gesamtsachen. Jene Voraussetzung nun, daß sich aus der Mangelhaftigkeit der ersten Lieferung die Unmöglichkeit der vertragsgemäßen Erfüllung aller späteren Lieferungen ergebe, trifft vorliegend nicht zu; es ist sehr wohl möglich, daß anfänglich ungünstige Verhältnisse in

der Fabrik eine mangelhafte Produktion verursachten (wie die Klägerin das auch selbst zugibt), daß aber diese ungünstigen Verhältnisse später gehoben werden und die Fabrikation verbessert wird. Ist sonach schon nach dem Gesetze der Anspruch des Beklagten auf Wandelung des ganzen Vertrages — vom Falle der Arglist der Klägerin immer abgesehen — unbegründet, so ist für die Abweisung dieses Anspruches im vorliegenden Falle entscheidend die Bestimmung des Vertrages, wonach jede einzelne Lieferung als ein besonderes Geschäft zu gelten hat und die Erfüllung, Nichterfüllung oder mangelhafte Erfüllung der einen ohne Einfluß auf die andere sein soll. Nach dem Gesagten kann keinem Zweifel unterliegen, daß diese Vertragsbestimmung vollständig zulässig ist, wie sie denn auch wohl mit den besondern Verhältnissen der Calciumkarbidfabrikation in engem Zusammenhange steht. Davon, daß diese Bestimmung sich nur auf die Quantität, nicht aber auf die Qualität der einzelnen Lieferungen beziehe (wie der Beklagte geltend gemacht hat), kann schon nach ihrem ganz allgemeinen Wortlaute keine Rede sein, und es ist denn auch offensichtlich, daß die Klägerin gerade mit Rücksicht auf die Möglichkeit schwankender Produktion bezüglich der Qualität auch für diesen Fall alles Interesse an einer derartigen Bestimmung hatte.

4. Der Beklagte macht aber weiterhin namentlich geltend, die Klägerin habe bei Ausführung der ersten beiden Lieferungen arglistig gehandelt, und er stützt seinen Anspruch auf Wandelung des ganzen Vertrages besonders hierauf. Die Vorinstanz scheint denn auch anzunehmen, daß dieser Anspruch, das Vorhandensein der Arglist vorausgesetzt, begründet wäre. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden. Es mag dahingestellt bleiben, ob für deren Abweisung wiederum die oben (Erw. 3) erwähnte Vertragsbestimmung beigezogen werden kann; denn jedenfalls folgt ihre Unbegründetheit aus dem Gesetze. Allerdings wäre der ganze Kaufvertrag wegen Betruges anfechtbar, wenn sich dieser Betrug auf den Abschluß des Vertrages beziehen würde, wenn also die Verkäuferin den Käufer durch betrügerische Handlungen zum Abschlusse des Vertrages bewogen hätte. Das fällt aber hier außer Betracht; die behauptete Arglist der Verkäuferin wäre jedenfalls nur auf eine einzelne Lieferung gegangen, und es wäre

daraus nicht zu schließen gewesen, daß sie sich auch auf die andern Lieferungen erstreckt hätte, oder daß sie sich auf den Abschluß des ganzen Vertrages bezöge; soweit sie sich aber auf jene Lieferungen bezieht, ist den Rechten des Käufers mit Wandelung der betreffenden Lieferungen völlig Genüge geleistet. Eine Aufhebung des ganzen Vertrages kann auch aus dem Grunde aus der Arglist bei einzelnen Lieferungen nicht hergeleitet werden, weil es sich beim Kaufe in der Regel nicht um ein Geschäft, bei dem das persönliche Vertrauen der Kontrahenten zu einander von ganz besonderer Bedeutung ist, handelt (anders beim Dienstvertrage, bei der Gesellschaft, beim Auftrage); dem Käufer ist in der Mängelrüge und dem allfälligen Wandelungs- (und Preis-minderungs-) Anspruch in dem oben erörterten Umfange genügend Schutz gewährt. Daß die Möglichkeit der Prüfung auf Seite des Beklagten beinahe ausgeschlossen sei (wie er behauptet hat), ist gewiß unrichtig, da sowohl er wie seine Abnehmer in That und Wahrheit die erste Lieferung geprüft haben. Im Fernern stellt nun aber die Vorinstanz in nicht attenwidriger Weise und ohne Rechtsirrtum fest, daß der Klägerin überhaupt keine Arglist zur Last gelegt werden kann. Die Arglist soll nach den Ausführungen des Beklagten darin liegen, daß die Klägerin bewußt minderwertige Ware geliefert habe. Allein dieser Thatbestand erfüllt den Begriff der Arglist nicht; zu diesem gehört vielmehr eine Täuschung, sei es durch positive unwahre Angaben, sei es durch Verheimlichung u. dgl. Jene Lieferung minderwertiger Ware im Bewußtsein des Minderwertes stellt sich vielmehr lediglich als vorsätzliche ungenügende Vertragserfüllung dar, wogegen dem Käufer die in Art. 243 ff. und 110 ff. O.-R. gegebenen Rechtsmittel gegeben sind.

5. Endlich will der Beklagte seinen Anspruch auf Rücktritt vom ganzen Vertrage noch aus einer analogen Anwendung des Art. 234 O.-R., der dem Käufer im kaufmännischen Verkehr bei Verabredung eines bestimmten Lieferungsstermines im Falle des Verzuges des Verkäufers das Recht des sofortigen Rücktrittes vom Vertrage einräumt, folgern. Von einer analogen Anwendung dieser Bestimmung, die für den Fall des Verzuges gemäß den Lebensverhältnissen im kaufmännischen Verkehr alle Berechtigung hat, auf den Fall mangelhafter Erfüllung kann ganz offenbar keine

Recht sein; die Folgen mangelhafter Erfüllung sind in Art. 243, in Verbindung mit Art. 110 ff. O.-R. vollständig und erschöpfend geregelt. Übrigens würde auch bei analoger Anwendung dieses Artikels aus der mehrfach angeführten Vertragsbestimmung wiederum nur das Recht zum Rücktritt von jeder einzelnen Lieferung, nicht aber vom ganzen Vertrage, folgen.

6. Sonach erscheint denn der heute einzig noch streitige Anspruch des Beklagten nach allen Richtungen als unbegründet, wobei ihm aber, um dies nochmals ausdrücklich zu betonen, für die spätern Lieferungen alle Rechte, speziell die aus mangelhafter Erfüllung folgenden, gewahrt bleiben. Der Rückweisungsantrag des Beklagten erledigt sich nach diesen Ausführungen von selbst im Sinne der Abweisung, da alle Beweisunterlagen nach der hier vertretenen Auffassung für den Endentscheid unerheblich sind.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und somit das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 17. August 1900 in allen Teilen bestätigt.

91. Arrêt du 3 novembre 1900

dans la cause Lorimier contre Mayor.

Cession; dation en paiement, ou vente de créance. — **Garantie légale du cédant**, art. 192 CO. Fardeau de la preuve. Existence juridique des créances cédées. — **Erreur essentielle**. Art. 18 ss. CO.

Les défenderesses, demoiselle Elise Lorimier, à Neuchâtel, dame Marie Berry, née Lorimier, à Bâle, et dame Emilie Steudel, née Lorimier, à Mannheim, sont les héritières de Frédéric Lorimier, décédé le 30 avril 1899. Ce dernier avait, sous date du 7-10 décembre 1896, stipulé avec les héritiers de sa femme défunte, Louise-Henriette née Châtenay, un acte de partage aux termes duquel il déclara reprendre toutes les valeurs appartenant à la communauté et s'engagea en revanche à payer comptant aux dits héritiers la somme de