

Quant au grief de la défenderesse tiré de la dispense de témoigner accordée au notaire Wyss, il échappe à l'examen du Tribunal fédéral parce que cette dispense, aussi bien que le prononcé de la deuxième instance cantonale sur ce point, sont basés sur les dispositions de la procédure civile bernoise, et non sur le droit fédéral.

4. Dans sa plaidoirie devant le Tribunal de céans, le conseil de la défenderesse a enfin soutenu que celle-ci posséderait sur les titres litigieux un droit de rétention, parce que le notaire Wyss, en libérant ces titres du droit de gage qui les grevait, aurait agi, sinon en vertu d'une entente avec le demandeur, du moins comme *negotiorum gestor* dans l'intérêt et pour le compte de ce dernier. Ce point de vue ne saurait toutefois être admis. En remboursant le billet de 6200 fr. à la Banque cantonale, le notaire Wyss a payé une dette de la succession Landolt; il a ainsi géré les affaires de cette succession et non celles du demandeur.

La circonstance que ce paiement a eu pour effet de libérer les titres qui garantissaient la dette, de les faire rentrer en possession de la succession et de permettre au demandeur de les revendiquer, ne change rien au caractère de l'opération. Tout au moins faudrait-il, pour qu'il pût être question d'une gestion d'affaires dans l'intérêt du propriétaire des titres engagés, qu'il fût démontré que dans l'intention du notaire Wyss le paiement de la dette n'était que le moyen pour obtenir la libération des titres, véritable but poursuivi. Mais cette preuve, pas plus que celle d'une entente entre Wyss et le demandeur, ne saurait être considérée comme résultant du dossier.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est écarté comme mal fondé et l'arrêt de la Cour d'appel et de cassation de Berne, du 23 juin 1900, est confirmé.

97. Urteil vom 14. Dezember 1900  
in Sachen Gaubert & Cie. gegen Hämmerli.

*Kauf (von Wein). — Wandelungseinrede. Ort der Empfangnahme. Behauptete Verspätung, Unwirksamkeit und Verwirkung der Mängelrüge (Art. 246 O.-R.). — Begründetheit derselben; Untauglichkeit der Ware zu dem vorausgesetzten Gebrauche. — Schadenersatzansprüche des Käufers bei Wandelung, Art. 253 O.-R.*

A. Durch Urteil vom 20. Oktober 1900 hat das Obergericht des Kantons Zug erkannt:

Es sei das Urteil des Kantonsgerichts vom 11. Juli 1900 in allen Teilen bestätigt.

B. Gegen dieses Urteil hat der Anwalt der Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt und folgende Anträge gestellt:

1. Es sei die vom Obergericht des Kantons Zug abgewiesene Klage auf Bezahlung von 4564 Fr. 30 Cts. nebst Zins à 5% von 3212 Fr. 80 Cts. seit 28. Februar 1899 und von 1351 Fr. 50 Cts. seit 31. März 1899 gutzuheissen.

2. Es sei die vom Beklagten widerklageweise geltend gemachte Forderung von 1703 Fr. 20 Cts. nebst Zins seit 27. Januar 1899 als nicht rechtsbeständig abzuweisen.

C. In der heutigen Hauptverhandlung erneuert der Anwalt der Kläger die schriftlich gestellten Berufungsanträge. Der Anwalt des Beklagten beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im November 1897 schloß der Beklagte J. Hämmerli, Weinhändler in Zug, mit den Klägern, J. B. Gaubert & Cie. in Sar, Provinz Alicante, einen Kaufvertrag ab über 2500 Hektoliter weißen spanischen Weines, Daimiel 12 $\frac{1}{2}$ —13 Grad alkoholhaltig zu 20 Fr. der Hektoliter ohne Fassung, an Bord Alicante zu liefern, nach den Instruktionen des Beklagten. Nachdem verschiedene Teillieferungen stattgefunden hatten, kamen die Parteien im Herbst 1898 überein, daß der Rest von 300 Fässern in neuem Wein (vom Jahrgang 1898) und zu den Preisen der

neuen Ernte geliefert werden solle. Gestützt hierauf bestellte der Beklagte im November 1898 eine Partie von 30 Fässern, worüber die Kläger am 25. gl. Mts. Faktura ausstellten « 30 demi-muids vin blanc Daimiel 1898 = 12 $\frac{1}{2}$ —13 $^{\circ}$  contenant ensemble 173 h., 34 l. à 18 fr. 50 cts. l'hectolitre nu, bord Alicante 3206 fr. 80 cts. » Die Überfendung nach Zug erfolgte durch die Spediteure Semler & Gerhardt in Genua; am 13. Dezember 1898 langte die Ware in Zug an, und wurde am 15. Dezember im Lagerhauskeller des dortigen Güterbahnhofes, welchen der Beklagte gemietet hatte, gelagert. Der Beklagte ließ den Wein durch den Kantonschemiker untersuchen, welcher konstatierte, daß derselbe unverhältnismäßig viel schweflige Säure (74,24 mgr. per Liter) enthalte, und deswegen beanstandet werden müsse. Der Beklagte teilte am 28. Dezember diesen Befund dem Kommissionär Sulzberger in Zürich mit; Sulzberger übermittelte die Anzeige den Klägern, und versuchte gütliche Unterhandlungen, die jedoch zu keinem Resultat führten. Der Beklagte stellte die Sendung den Klägern zur Verfügung unter Vorbehalt seiner Schadenersatzansprüche, woraufhin die Kläger im Juni 1899 beim Kantonsgericht Zug gegen ihn eine Forderung von 4564 Fr. 30 Cts. nebst Zins zu 5% von 3212 Fr. 80 Cts. seit 28. Februar 1899 und von 1351 Fr. 50 Cts. seit 31. März 1899 geltend machten, nämlich:

3206 Fr. 80 Cts. laut Faktur vom 25. November 1898 für 30 Fässer Wein;

6 Fr. Retourspesen laut Wechsel pro 28 Februar nebst Zins; 151 Fr. 50 Cts. Miete von 30 Fässern à 1 Fr. 50 Cts. per Tag, für 101 Tage vom 20. Dezember 1898 bis 31. März 1899;

1200 Fr. Preis für 30 Fässer à 40 Fr.

Der Beklagte bestritt die Klage, da die Sendung wegen des angegebenen übermäßigen Gehaltes an freier schwefliger Säure nicht empfangbar gewesen und daher den Klägern mit Recht zur Verfügung gestellt worden sei. Mittelft Widerklage forderte er von den Klägern für ausgelegte Fracht- und Zollspesen 1703 Fr. 20 Cts., Spesen für Einlagerung bis 27. Februar 1899 Fr. 100, Entschädigung für entgangenen Nutzen 800 Fr., 5% Zins von

1703 Fr. 20 Cts. seit Dezember 1898 und weiteren Lagerzins seit dem 27. Januar 1899 im Betrage von 20 Fr. per Tag.

Mit Urteil vom 11. Juli 1900 hat das Kantonsgericht, gestützt auf die ihm vorliegenden Befunde des zugerischen Kantonschemikers vom 25. Dezember 1898 und 26. April 1899 und auf die erhobenen Expertisen die Klage abgewiesen und die Widerklage im Betrage von 1703 Fr. 20 Cts. Fracht- und Zollspesen, nebst Zins zu 5% seit 27. Januar 1899, 50 Fr. für Einlagerung des Weines, und 1 Fr. per Tag seit 27. Januar 1899 für Lagerzins gutgeheißen. Das Obergericht hat dieses Urteil durch die eingangs Fakt. A mitgeteilte Entscheidung bestätigt.

2. (Hier wird ausgeführt, daß die Kompetenz des Bundesgerichts gegeben sei bez. des anzuwendenden Rechts speziell mit der Begründung, die Parteien hätten sich ausschließlich auf das eidg. Obligationenrecht berufen.)

3. Der auf Erfüllung des streitigen Kaufes gerichteten Hauptklage stellt der Beklagte die Wandelungsineinde, verbunden mit Schadenersatzansprüchen gemäß Art. 253 D.-R. entgegen. Die Kläger bestreiten sowohl die Zulässigkeit als die Begründetheit dieser Einrede. Sie machen in erster Linie geltend, der Wein sei nach dem Vertrag zu liefern gewesen „an Bord Alicante“; dort habe der Beklagte ihn abzunehmen, und auf seine Empfangbarkeit zu prüfen gehabt; nachdem einmal die Verschiffung in Alicante stattgefunden, brauchten sich die Kläger auf eine Beanstandung nicht mehr einzulassen. Diesem Standpunkt ist die Vorinstanz mit Recht nicht beigetreten. Aus der Bestimmung des Vertrages, daß die Ware an Bord Alicante zu liefern sei, folgt nicht ohne weiteres, daß der Käufer die Prüfung auf deren Empfangbarkeit hin dort vorzunehmen gehabt habe. Nach Art. 246 D.-R. soll der Käufer, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang thunlich ist, die Beschaffenheit der empfangenen Ware prüfen und allfällige Mängel derselben dem Verkäufer sofort anzeigen. Die Prüfungs- und Rügepflicht des Käufers tritt also erst ein, wenn der Käufer die Ware „empfangen“ hat. Unter der „Empfangnahme“ im Sinne des Art. 246 ist aber das tatsächliche Annehmen des Kaufgegenstandes zu verstehen, der Vorgang, welcher dem Käufer die Möglichkeit gewährt, über die Sache tatsächlich zu verfügen und deren Be-

schaffenheit zu prüfen. Hienach hat in concreto die Empfangnahme durch den Beklagten nicht in Alicante, sondern erst an seinem Wohnsitz in Zug, wohin die Fässer übersendet werden sollten, stattgefunden. Denn in Alicante, wo die Kläger die Ware dem Spediteur zur Weiterendung zu übergeben hatten, besaß der Beklagte, wie ihnen wohl bekannt war, keinen Vertreter, der die ordnungsmäßige Prüfung der Ware hätte vornehmen können, und es liegt auch nichts dafür vor, daß nach Meinung der Parteien etwa der Spediteur sich mit dieser Aufgabe hätte befassen sollen, so daß also in der zum Zwecke des Weitertransportes erfolgten Übernahme durch den Spediteur in Alicante eine billigende Erklärung über die Empfangbarkeit nicht erblickt werden kann. Hieran vermag die Thatsache nichts zu ändern, daß die Kläger dem Beklagten anlässlich der Reklamation über eine frühere Sendung am 17. Januar 1898 geschrieben hatten, die Klausel « bord Alicante » bedeute, daß sie nach Ablieferung in Alicante keine Verpflichtungen haben; denn diese erst nach Abschluß des Kaufvertrages abgegebene einseitige Erklärung der Kläger war für den Beklagten nicht verbindlich. Daraus, daß der Beklagte dagegen keine Opposition erhob, durften die Kläger nicht schließen, daß er mit ihnen einig gehe, und sich der Verpflichtung, die Ware jeweilen schon in Alicante zu prüfen, unterwerfen wolle.

4. Der Beklagte ist somit der ihm nach Art. 246 D.-R. obliegenden Untersuchungs- und Rügepflicht rechtzeitig nachgekommen, wenn er die Sendung nach deren Ankunft in Zug, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgang thunlich war, auf ihre Beschaffenheit prüfte, und die sich dabei ergebenden Gewährsmängel den Klägern sofort anzeigte. Dies ist nun thatsächlich geschehen. Die Fässer langten am 12. Dezember in Zug an und wurden am 15. Dezember in den von ihm gemieteten Lagerhauskeller der Nordostbahn gelagert. Am 21. Dezember nahm der Kantonschemiker an den ihm übergebenen Mustern die Probe vor, und übersandte hierauf dem Beklagten das Gutachten. An welchem Tage die Mitteilung des Gutachtens erfolgte, konnte nicht genau festgestellt werden; in seiner Zeugendeposition erklärte der Kantonschemiker, es könne den 25., 26., ja den 28. Dezember gewesen sein. Am 28. Dezember erstattete der Beklagte dem Kom-

missionär Sulzberger Anzeige von dem Befunde, mit der Erklärung, daß der Wein wegen des zu hohen Gehaltes an freier schwefliger Säure zu beanstanden sei. Wird nun in Betracht gezogen, einerseits, daß es sich hier um Versandtwein handelt, der eine große Transportreise hinter sich hatte, und deshalb, bevor die Prüfung vorgenommen werden konnte, erst eine Zeit lang liegen gelassen werden mußte, um zur Ruhe zu kommen, und daß anderseits der Beklagte, dem die nötigen Fachkenntnisse zu einer ordnungsmäßigen Untersuchung nicht zuzumuten waren, den Befund des Chemikers abwarten mußte, so erscheint die am 28. Dezember erstattete Mängelrüge nicht als verspätet. Mit Unrecht auch haben die Kläger diese Rüge aus dem Grunde als unwirksam bezeichnet, weil sie nicht an sie direkt, sondern an den Kommissionär Sulzberger in Zürich gerichtet gewesen sei. Denn einmal stellt die Vorinstanz aftengemäß fest, daß Sulzberger sich schon früher, und speziell in diesem Geschäft, als Repräsentant der Kläger geriert habe, sodann aber ist entscheidend, daß Sulzberger die Anzeige des Beklagten den Klägern unverzüglich übermittelt hat, so daß sie also auch den Klägern selbst, und zwar rechtzeitig, zugekommen ist. Ist aber die Mängelrüge rechtzeitig in den Besitz der Kläger gekommen, so mußte sie auch dann als wirksam erstattet betrachtet werden, wenn Sulzberger zu deren Entgegennahme nicht ermächtigt gewesen wäre.

5. Unrichtig ist endlich die Einwendung der Kläger, daß der Beklagte das Recht zur Bemängelung und Zurückbietung des Weines verwirkt habe, weil er denselben, statt ihn den Klägern „an Drittmannsort“ zur Verfügung zu stellen, in seinen Keller verbrachte. Daß in der Besitznahme der Ware durch den Käufer grundsätzlich noch keine Anerkennung der Empfangbarkeit derselben erblickt werden darf, geht schon daraus hervor, daß die Prüfungs- und Rügepflicht des Käufers nach Art. 246 D.-R. erst mit dieser Besitznahme, mit dem Empfang der Ware eintritt, der Käufer sich also erst, nachdem er die Ware empfangen hat, darüber schlüssig machen muß, ob er sie als empfangbar annehmen, oder wegen Gewährsmängeln zurückbieten wolle. Es ist auch von den Klägern kein Handelsgebrauch namhaft gemacht worden, gemäß welchem der Käufer gehalten wäre, bei derartiger Ware die

Prüfung etwa bereits auf der Bahnstation vorzunehmen. In der Überführung des Weines in den Keller des Beklagten kann daher, zumal da die Überführung in den gleichen Gebinden erfolgte, ein Verzicht auf die Rückbietung nicht erblickt werden.

6. Was die materielle Seite der Mängelkrüge anbelangt, so stellt die Vorinstanz auf Grund der erhobenen Expertisen aktengemäß und für das Bundesgericht verbindlich fest, daß der dem Beklagten gelieferte Wein wegen übermäßigen Gehaltes an freier schwefliger Säure als „Genußwein“ gesundheitschädlich sei. Die Kläger machen dem gegenüber geltend, daß es sich nach der Meinung des Vertrages nicht um „Genußwein“ gehandelt habe, d. h. nicht um Wein, der den Kunden, so wie er geliefert worden, unmittelbar zum Verbrauch abgegeben werden sollte, sondern um sogen. Coupierwein, um Wein, der zum Verschnitt mit anderem bestimmt gewesen sei. Sie behaupten, daß bei solcher, nach der Übung stattfindender Vermischung mit anderem Wein der Gehalt des Getränkes an freier schwefliger Säure sich derart mindere, daß von gesundheitschädlichen Folgen nicht mehr gesprochen werden könne, und deshalb die Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche weder aufgehoben, noch in der Weise geschmälert sei, um eine Gewährspflicht der Verkäufer nach Art. 243 D.-R. zu begründen. Wenn es sich nun fragt, welcher Gebrauch der Kaufsache als der vertraglich vorausgesetzte zu betrachten sei, so ist, soweit sich aus den Vertragsbedingungen nichts abweichendes ergibt, davon auszugehen, daß nach der Parteimeinung die Kaufsache zu demjenigen Gebrauche tauglich sein solle, der im allgemeinen der Natur und der wirtschaftlichen Bestimmung der betreffenden Warengattung entspricht. Da vorliegend Wein verkauft und gekauft war, ohne Beschränkung auf einen speziellen Gebrauch, muß somit bis zum Beweis einer abweichenden Vertragsmeinung angenommen werden, daß der Kaufgegenstand auch unmittelbar zur Verwendung als Genußmittel tauglich sein sollte; denn diesem Zwecke dient die fragliche Warengattung nach ihrer Natur und allgemein wirtschaftlichen Bestimmung. Die Kläger hätten demnach zu beweisen gehabt, daß beidseitig verstanden gewesen sei, daß der gelieferte Wein ausschließlich zum Verschnitt bestimmt sein solle, und es daher genüge, wenn er sich hiezu als

tauglich erweise. Auf Grund des von der Vorinstanz festgestellten Ergebnisses des Beweisverfahrens kann dieser Beweis nicht als geleistet betrachtet werden. Der eine der über diesen Punkt angehörten Experten, Wislmann, erklärt freilich schlechthin, ein spanischer Weißwein, wie der streitige von 12 bis 13° Alkoholgehalt, werde im Großweinhandel als Verschnittwein verkauft und auch als solcher von den Abnehmern gekauft. Wenn auf diese Aussage einzig abzustellen wäre, so müßte allerdings angenommen werden, es habe sich nach der Vertragsmeinung lediglich um Verschnittwein gehandelt; denn der zwischen den Parteien abgeschlossene Lieferungsvertrag ist offenbar als ein zum Großhandel gehörendes Geschäft zu betrachten, und es hätte, unter der bezeichneten Voraussetzung, dem Beklagten nicht entgehen können, daß die Kläger beim Vertragsschlusse voraussetzten, der Wein sei zum Coupieren bestimmt, und besitze deshalb die vertragsmäßigen Eigenschaften, wenn er sich hiezu als tauglich erweise. Nun erklären aber die beiden andern gerichtlichen Experten, B. Lang und Kehlhofer, daß Weine mit 12—13° Alkoholgehalt bei den Abnehmern auch als „Genußwein“ Verwendung finden, und wenn die Vorinstanz hierauf gestützt den den Klägern obliegenden Beweis, daß der Wein lediglich als Verschnittwein verkauft und gekauft worden sei, nicht als erbracht bezeichnet hat, so erscheint diese Annahme weder als aktengewidrig noch als rechtsirrtümlich. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Kaufvertrag ist demnach dahin aufzufassen, daß die Kläger mit demselben die Garantie für Tauglichkeit des zu liefernden Weines nicht bloß zum Verschnitt, sondern auch zum unmittelbaren Gebrauch als Genußwein übernommen haben. Zu diesem letztern Gebrauche hat sich aber die streitige Sendung, wie durch die erhobenen Expertisen außer Zweifel gesetzt worden ist, nicht als tauglich erwiesen, und es ist daher der Wandelauspruch des Beklagten mit der Vorinstanz als begründet zu erklären. Ob der gelieferte Wein, wie der Beklagte behauptet, auch zur Verwendung als Verschnittwein zu viel freie schweflige Säure enthalten habe, und daher unter allen Umständen, auch wenn die Vertragsinterpretation der Kläger richtig wäre, nicht empfangbar gewesen sei, braucht hienach nicht weiter erörtert zu werden.

7. Mit dem Recht zur Wandelung sind auch die Schadenersatz-

ansprüche des Beklagten, soweit dieselben von der Vorinstanz gutgeheißen worden sind, begründet; denn zu dem Schaden, der dem Beklagten durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht worden ist, und den daher der Verkäufer nach Art. 253 O.-R. dem Käufer, ohne daß es des Nachweises eines Verschuldens bedürfte, zu ersetzen hat, gehören unzweifelhaft die vergeblich ausgelegten Zoll- und Frachtpfesen, sowie die dem Beklagten gutgesprochenen Lagerungskosten, deren Betrag die kantonalen Gerichte in durchaus richtiger Weise festgesetzt haben.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung der Kläger wird als unbegründet abgewiesen, und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 20. Oktober 1900 in allen Teilen bestätigt.

98. Arrêt du 22 décembre 1900  
dans la cause Passera contre Joss.

**Vente** (de vin). Action réhibitoire. Constatation d'un vice réhibitoire de la marchandise. Contestation de la garantie du vendeur pour ce vice. Non existence du vice au moment de la vente. Acceptation de la marchandise. — Résiliation de la vente ou réduction du prix; art. 230 CO.

La défenderesse, dame Joss, tient à Lausanne le Café du Léman, avec l'assistance de son mari Christian Joss, duquel elle est séparée de biens; le commerce est sous le nom de la femme, mais c'est le mari qui s'occupe des vins.

Le 15 avril 1899, dame Joss, par l'intermédiaire de son mari, a acheté du demandeur Noël Passera, précédemment gypcier-peintre à Lausanne, actuellement domicilié en Italie, 24 fûts devant contenir environ 15 600 litres vin rouge du Piémont, année 1898, au prix de 30 fr. les 100 kg, payable à 30 jours sous 5 0/0 d'escompte. L'achat fut confirmé par lettre du même jour. Après la mention des conditions sus-indiquées, la dite lettre ajoute:

« Le vin se trouve entreposé dans une des caves du Lausanne-Ouchy à l'entrepôt du Flon, et devra être enlevé pour le 30 avril prochain aux frais et risques de l'acheteur. Le dépotage du vin sera fait en présence du concierge de l'entrepôt, M. Charles Chapuis, qui dressera un bordereau des poids bruts et des fûts vides, pour servir de base pour l'acheteur et le vendeur dans l'établissement du règlement. La reconnaissance du vin n'étant pas encore faite, les conditions précitées se trouvent maintenues jusqu'à la fin du mois.

(signé) E. Joss-Bernhardt. »

Ces vins avaient été expédiés à Passera, à Lausanne, par Ercole Franzetti, de Laveno (Italie); à leur arrivée, le 5 avril, ils avaient été déposés dans les magasins du Lausanne-Ouchy, où ils se trouvaient au moment de la vente à dame Joss.

Avant d'acheter, le mari Joss avait dégusté un échantillon apporté par Passera, et divers échantillons pris à l'Entrepôt par Joss directement.

Joss ayant fait remarquer que le vin paraissait un peu « piquant », le vendeur répondit que cela passerait aussitôt le vin reposé; qu'alors il serait bon, et que la défenderesse ferait une bonne affaire. Ces assurances furent confirmées par Franzetti, l'expéditeur du vin, qui assistait à l'entretien. Passera conseilla en outre de laisser reposer le vin pendant une quinzaine.

Dame Joss paya séance tenante un acompte de 2000 fr., somme qui fut prise par Franzetti.

Aussitôt après la conclusion de la vente, Passera et Franzetti repartirent pour l'Italie; le demandeur ne donna pas son adresse à Joss, mais lui dit en partant qu'il pourrait s'adresser au fils Passera, établi à Lausanne, rue Mercerie, pour tout ce qui pourrait survenir au sujet du vin vendu, notamment pour en solder le prix.

Dès le 15 avril les clefs de la cave où le vin était entreposé furent remises à dame Joss, qui loua la cave à partir du 1<sup>er</sup> mai 1899.

Après leur arrivée à Lausanne, les fûts de vin n'avaient pas été « récapés », ni « rasés en bonde », c'est-à-dire rem-