

BGE 15 I 788

Bundesgericht (BGE), 1889-01-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_15_I_788

FR: ATF 15 I 788

IT: DTF 15 I 788

Volltext

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger und Widerbeklagte einerseits die Weiterziehung an das Bundesgericht, andererseits dre Nichtigkeitsbeschwerde an das zürcherische Kassationsgericht. Die bundesgerichtliche Verhandlung wurde bis nach Entscheidung über das letztere Rechtsmittel ausgesetzt. Am 16. September 1889 hat das Kassationsgericht des Kantons Zürich die Nichtigkeitsbeschwerde in der Hauptsache als theils unstatthaft, theils un begründet erklärt, dagegen einen auf eine Ordnungsbüße bezüglichen Beschluß als nichtig aufgehoben. Der Kläger erklärte auch gegen dieses Urtheil die Weiterziehung an das Bundesgericht. C. Bei der heutigen Verhandlung stellt der Vertreter des Klägers unter Berufung auf seine an die Appellationskammer und das Kassationsgericht des Kantons Zürich gerichteten Eingaben vom 27. Mai 1889, 17. und 28. September gleichen Jahres die Anträge, es sei seine Beschwerde gutzuheißen unter Kosten- und Entschädigungsfolge, eventuell seien die angebotenen Beweise abzunehmen. Nach dem Inhalt der erwähnten Eingaben wird vom Kläger beantragt: 1. Der unterm 15. April 1887 zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag wird als aufgehoben erklärt; 2. Der Beklagte ist verpflichtet, an Kläger die in der zweiten bezirksgerichtlichen Verhandlung reduzierte Klagesumme von 1965 Fr. 29 Cts. nebst 6% Zinsen vom 15. Dezember 1887 110. Urtheil vom 8. November 1889 in Sachen di Pauli gegen Huber. A. Durch Urtheil vom 27. April 1889 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt: 1. Der unterm 15. April 1887 zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag wird als aufgehoben erklärt; 2. Der Beklagte ist verpflichtet, dem Kläger für den gelieferten Wein 1165 Fr. 29 Cts. nebst Zins à 6% seit 15. Dezember 1887 zu bezahlen; im Uebrigen ist die Klage abgewiesen; 3. Die Widerklage Nr. 1 ist durch den Entscheid in Dispositiv 2 als erledigt erklärt; 4. Im Weiteren hat der Kläger und Widerbeklagte dem Beklagten und Widerkläger als Schadenersatz 1500 Fr. (eintausend fünfhundert Franken) zu bezahlen; im Uebrigen wird die Widerklage Nr. 2 abgewiesen; 5. Die Staatsgebühr wird für die zweite Instanz auf 80 Fr. festgesetzt 6. Die Kosten in beiden Instanzen werden den Parteien zu gleichen Theilen auferlegt. an zu bezahlen, abzüglich der im Prozesse freiwillig und ohne Rechtspflicht anerkannten Beträge : a. 200 Fr. Beitrag an die Kosten wegen der Bußenverfügung; b. 218 Fr. 64 Cts. 6% Provision Akt. 170. 1448 Fr. 64 Cts. 1546 Fr. 65 Cts. Valor 15. Dezember 1887, nebst den bezeichneten Zinsen; 3. Die Widerklage ist gänzlich abgewiesen und deßgleichen auch die in Dispositiv 4 gutgeheißenen 1500 Fr.; 4. Sollte das Bundesgericht aus irgend einem Grunde dem Beklagten eine Entschädigung zusprechen (sei es compensando sei es reconveniendo), so werde eine Gegenforderung von 1000 Fr. geltend gemacht 5. Die sämtlichen Kosten aller Instanzen (auch des Kassationsgerichtes) seien dem Beklagten aufzulegen, eventuell seien die Akten dem Kassations- und dem Appellationsgerichte zurückzustellen, damit dieselben die Kostenbestimmung ihrer Urtheile gemäß dem bundesgerichtlichen Entscheide abändern können; 6. Für den Fall, daß die gestellten

Hauptbegehren nicht ohne weiters sollten gutgeheißen werden können, seien die vor den Vorinstanzen anerbötenen Beweise abzunehmen. Dagegen beantragt der Anwalt des Beklagten und Widerklägers: Es seien die sämmtlichen Begehren der Gegenpartei abzuweisen unter Kostenfolge, eventuell, wenn eine Aktenvervollständigung angeordnet werden sollte, werde beantragt, es seien die vom Beklagten anerbötenen Beweise darüber abzunehmen, daß der vom Gegner gelieferte Wein sofort nach dessen Ankunft in reine Fässer abgezogen worden und daß er intakt geblieben sei, bis zur amtlichen Untersuchung, sowie daß nach den Resultaten der chemischen Untersuchung des amtlich gezogenen Weines die Fälschung desselben unmittelbar nach Einsammeln der Trauben beim ersten Gährungsprozesse müsse geschehen sein, eventuell seien die Akten nur noch durch die Generalagentur mit ihren schweizerischen Kunden zu verkehren und zugleich versprach, nur rein gehaltenen Naturwein zu liefern. Der Vertrag wurde auf die Dauer von zehn Jahren abgeschlossen, zugleich aber bestimmt, daß jederzeit Auflösung verlangt werden könne, wenn von einem Theile wesentliche Vertragsbestimmungen zum Schaden des andern Theils verletzt werden. Im Fernern sind folgende Bestimmungen hervorzuheben: § 3. En gros-Bestellungen, auf Wagons sich beziehend, werden „direkt vom Keller aus besorgt; dagegen sollen Stückgüter durch „das bei der Generalvertretung sofort zu errichtende Depot geliefert werden. Herr Huber erhält für alle Aufträge, jedoch nur „wirklich bezahlter Fakturen der Getränke 6% Provision. Erzielter Mehrpreis ist zu vollen Gunsten des Herr Huber. § 4. „Für die im Depot eingelagerten Getränke haftet Herr Huber, „macht derselbe wöchentlich Mittheilung der Verkäufe, für welche „er alsdann als Käufer eintritt und zwar nach den ausgesetzten „Limiten, abzüglich der Provision. Alle mit dem Depot verknüpften Auslagen trägt Herr Huber allein. Herr Huber ertheilt „vierteljährig Ausweis über das Depot, Verkäufe und Vorräthe „und halbjährig Abrechnung. Die auf Herr Huber persönlich „ausgestellten Fakturen der in das Depot gesandten Weine sind, „soweit selbe nicht durch die Fakturen der dortigen Verkäufe früher fällig werden, acht Monate nach Ausstellung fällig.“ In § 10 ist noch „ausdrücklich erwähnt, daß Herr Huber von allen nicht durch ihn geschlossenen Verkäufen bis 1. Juli weder Provi auch darüber zu vervollständigen, daß Huber das Zeugniß der bischöflichen Kanzlei in St. Gallen betreffend Nichtzulässigkeit pasteurisirten Weines als Meßwein nicht erschlichen habe oder Beweis dafür zu erheben, daß die katholische Geistlichkeit pasteurisirten Wein nicht als Naturwein zur Verwendung beim Meßopfer zulässig erachte, wofür auf ein einzuholendes Zeugniß des Bischofs von St. Gallen abgestellt werde. Replikando protestirt der klägerische Anwalt gegen die Zulassung der gegnerischen Beweisangebote, indem er dieselben theils als unerbölich theils als unstatthaft, weil neu, bezeichnet. Das Bundesgericht zieht in Erwägung: 1. Thatsächlich ist aus den Akten folgendes hervorzuheben: Am 15. April 1887 kam zwischen den Parteien ein Vertrag zu Stande, durch welchen Huber die Generalagentur der Baron di Paulischen Kellerei für die ganze Schweiz übernahm, wogegen die genannte Kellerei sich verpflichtete, vom 1. Juli 1887 an sion noch Ingerenz beansprucht.“ Am gleichen 15. April sandte der Kläger dem Beklagten für das von diesem zu haltende Depot 10 Fässer Wein, nämlich 4 Fässer (2232 Liter zu 37 Cts.) Tafelwein, 2 Fässer (1107 Liter zu 45 Ets.) Spezialwein. 2 Fässer (licher Liter zu 52 Cts.) Kalterenseewein, 2 Fässer (727 Liter zu 58 Cts.) Marzamiwein, zum Gesamtfakturawerth von 2111 Fr. 21 Cts. Auf der Faktur findet sich der gedruckte Vormerk: „Reklamationen werden nur innerhalb 14 Tagen berücksichtigt.“ Der Beklagte meldete mit Brief vom 25. April, der Wein sei angekommen und er habe denselben, da die Transportfässer etwas geronnen haben, in seine eigenen Lagerfässer abgezogen; über

die Beschaffenheit der Weine äußerte er sich dabei nicht, während er XV — 1889

wegen Schwundes eine Reklamation erhob. Mitte Mai 1887 zog die Gesundheitskommission Untersträß im Keller des Beklagten verschiedene Muster; von diesen Proben wurden durch den Kantonschemiker, wesentlich wegen des für einen Naturwein zu geringen Säuregehaltes, zweibeianstandet, welche aus Fässern gezogen waren, die nach Hubers Angabe Tyrolerweine der klägerischen Sendung enthielten, ohne daß indeß ersichtlich wäre, auf welche der vier vom Kläger gelieferten Weinsorten die Untersuchung sich bezog. Die Gesundheitskommission Untersträß legte durch eine am 2. Juli 1887 eröffnete Verfügung dem Beklagten wegen unrichtiger Deklaration der theanstandeten Weinproben zwei Bußen von je 15 Fr. auf. Der Beklagte machte hievon dem Kläger, obschon er mit ihm korrespondirte, zunächst keine Mittheilung; erst am 30. Fr. Als der Beklagte dem Kläger hievon Kenntniß gab, mit der Anzeige, daß er Kassation dieses Urtheils begehrt habe, erklärte sich der Kläger mit letzterm Schritte durch Schreiben vom 1. September 1887 einverstanden, indem er unter Anderm beifügte, er habe wahrscheinlich dem Beklagten einen wichtigen Umstand mitzutheilen vergessen, daß nämlich Tafelwein und Spezialwein der größern Haltbarkeit wegen pasteurisirt versandt worden seien, der Beklagte möge sich speziell hierauf beziehen. Das Pasteurisiren des Weines (Erhitzen desselben auf 50° R. bei luftdichtem Verschlusse) werde doch heutzutage keinem Chemiker und Oenologen mehr unbekannt sein. Die Appellationskammer des Obergerichtes wies die Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten mit Beschluß vom 29. September 1887 ab, weil zwar unrichtig gewesen sei, daß die Gesundheitskommission die fraglichen Weinmuster nicht schon im Keller versiegelt habe, indessen nichts dafür spreche, daß eine Verwechslung stattgefunden habe und daher kein Grund zur Kassation vorliege. Huber schrieb hierauf dem Kläger, die Appellationskammer habe ihn zwar abgewiesen, aber nur aus formellen Gründen, so daß sie moralisch gesichert seien; doch genüge das nicht, es müsse die Revision des Urtheils ausgewirkt und zu diesem Zwecke bewiesen werden, daß der zürcherische Kantonschemiker sich geirrt habe. Der Kläger erklärte indeß, er würde 18. August 1887 gab er ihm von der Bußenaufgabe Kenntniß er fügte bei, da eine von ihm veranlaßte Untersuchung durch einen St. Galler Chemiker zu einem abweichenden Ergebnisse geführt habe, sei von ihm gerichtliche Untersuchung begehrt worden, um so mehr, als die Muster, welche der ihm ungünstigen Untersuchung zu Grunde gelegt worden, nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gezogen, namentlich nicht im Keller schon versiegelt worden seien, auch unter den Mitgliedern der Gesundheitskommission sich einer seiner Konkurrenten befinde; er ersuchte den Kläger, ihm mit Rath und That an die Hand zu gehen. Der Kläger erwiderte hierauf am 25. August, er sei über den Zürcher Befund entrüstet, der Beklagte möge keine Mühe und keine Kosten scheuen, damit ihnen Recht werde; er werde ihn darin in jeder Weise unterstützen, finanziell wie moralisch; er vermüthe übrigens, es möchte eine Verwechslung vorliegen. Das einfachste wäre, daß Beklagter um neuerliche Untersuchung ansuchen würde, wobei aber die Proben gewissenhaft neu aus dem Wein genommen und in des Beklagten Gegenwart untersucht werden sollten. Durch Entscheidung vom 27. August 1887 bestätigte indeß das Bezirksgericht Zürich, (gestützt auf mündliche Auseinandersetzungen des Kantonschemikers und das Zeugniß des Polizisten, welcher die Muster gezogen hatte, daß eine Verwechslung nicht stattfinden konnte noch stattfinden können), die beiden von der Gesundheitskommission gesprochenen Bußen als eine Buße von sich mit der moralischen Satisfaktion begnügen und nicht gerne weitere Prozeßkosten bezahlen. Dagegen mahnte er den Beklagten wiederholt, ihm über die

Verkäufe aus dem Depot und übr den jetzigen Bestand desselben Aufschluß zu geben. Der Beklagte be- richtete hierauf am 29. November 1887, daß vom Tafelwein noch 860 Liter, vom Marzamiwein noch 280 Liter vorhanden seien, die andern zwei Sorten dagegen zur Hälfte reell verwen- det, zur andern Hälfte, weil sie trüb und scharspickig geworden, letzte Woche zu coupage seien verwendet worden. Nach Abwei- sung der Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten wurden von der Gesundheitskommission Untersträß die der amtlichen Untersuchung unterstellten Muster ausgeschüttet, so daß einem erst am 6. De- zember 1887 gestellten Begehren des Beklagten um weitere Auf- bewahrung derselben nicht entsprochen werden konnte. Auf Ansuchen des Beklagten hat der Kläger durch Schreiben vom 14. September

seiner Rechte einem zürcherischen Anwalte an. Dieser er- 1887 gestattet, daß für die erste Weinlieferung ausnahmsweise stattete gegen den Beklagten Strafanzeige wegen Erpressungsver- nicht vertragsmäßig sondern erst nach dem Verkaufe Ausrechnung suches; es wurde indeß die Untersuchung sistirt, weil das Vergehen zu stellen sei. Die erste Weinlieferung blieb aber die einzige. Am nicht im Inlande begangen sei. Der Kläger erhob hierauf gegen 9. November 1887 nämlich erschien im Tagblatt der Stadt den Beklagten Civilklage dahin: 1. Es sei der zwischen den Par- Zürich eine Bekanntmachung der Gesundheitskommission Unter- teien am 15. April 1887 abgeschlossene Vertrag als aufgehoben sträß betreffend die Untersuchung verschiedener Weine, worin un- erklärt und 2. der Beklagte zu Bezahlung von 2111 Fr. 20 Cts. ter Anderm mitgetheilt wurde, es seien zwei Nummern 1886er nebst Zins an den Kläger verurtheilt. Der Beklagte verlangte Tyrolerwein, deren Eigenthümer Huber=Vogler Weinhändler in Abweisung der Hauptklage und Verurtheilung des Klägers und Untersträß, sei, bei der Untersuchung als nicht reell bezeichnet und Widerbekagten, dem Beklagten und Widerkläger zu bezahlen: die von der Gesundheitskommission verhängte Buße sei gerichtlich 1. 1000 Fr. für Kosten und Umtriebe der Durchführung des bestätigt worden. Daraufhin schrieb der Beklagte, welcher bisher Prozesses wegen der von der Gesundheitskommission Untersträß kein Mißtrauen gegen den Kläger geäußert, sondern gegentheils verhängten Bußen; 2. 30,000 Fr. für direkten und indirekten stets von einem zu widerlegenden Irrthum des Kantonschemikers Schaden, den der Beklagte und Widerkläger durch vertragswidrige gesprochen hatte, am 6. Dezember 1887 an den Kläger, sein (des Weinlieferung seitens des Klägers und Widerbeklagten erlitten Beklagten) Name sei durch die erfolgte Veröffentlichung befleckt habe. In der Folge reduzirte er die Post 1 der Widerklage auf und er könne sich nur helfen, wenn er den richtigen Namen 500 Fr., die Post 2 auf 5000 Fr. Er machte einredeweise gel- nenne, also im hiesigen Tagblatte und unter Umständen auch in tend, die Klageforderung 2 sei noch nicht verfallen (weil der auswärtigen Blättern ein Inserat erscheinen lasse, daß er gestützt Wein noch nicht vollständig verkauft sei); überdem habe der ge- auf konstatarite Weinpanscherei allen Verkehr mit dem Kläger lieferte Wein in Folge theilweiser contrurisirung und Unrealität abgebrochen habe. Kläger könne sein Ansehen vor der Welt nur einen Minderwerth von mindestens 300 Fr. und wären am Fak- durch Opferung seines (des Beklagten) Namen retten und er turawerth unter allen Umständen 145 Fr. 92 Cts. in Abzug wolle sich hiezu hergeben, wenn ihm Kläger eine entsprechende bringen, nämlich 126 Fr. 72 Ets. als 6% Provision des Be- Summe für den ihm entstandenen Schaden bezahle. Der Kläger klagten und 19 Fr. 20 Cts. für Muster. Seine Widerklagsfor- schrieb hierauf am 9. Dezember zurück: Was ist die Summe, derung Nr. 1 begründete er einerseits auf das Versprechen des welche Sie beanspruchen würden laut Ihrem letzten Briefe? Klägers, andererseits auf den Umstand, daß die Bußen, Kosten Durch Schreiben vom 13.

Dezember erwiderte der Beklagte zu¹ und Umtriebe durch die vertragswidrige Lieferung des Klägers nächst, der Kläger werde wissen, was ein Ehrennamen werth sei; verursacht worden seien und Beklagter die Geschäfte des Klägers wenn Kläger ihm nicht gerecht werde, so werd er sich selbst Ge¹ geführt habe; für die Widerklageforderung Nr. 2 machte er gel¹ rechtigkeit verschaffen. Am 19. Dezember erklärte er, der Schaden tend, es habe der Kläger in vertragswidriger Weise direkt oder könnte mit einer Million nicht gutgemacht werden, indessen wolle durch andere Agenten mit schweizerischen Kunden verkehrt, wo¹ er sich mit einem theilweisen Schadenersatz von 50,000 Gulden durch dem Beklagten Provisionen entgangen seien, und es seien begnügen und am 20. Dezember drohte er dem Kläger, er werde ferner für den Beklagten durch die vertragswidrige Lieferung un¹ dessen Name, wenn Kläger ihm nicht sofort entspreche, in der reellen Weines, die Publikation des Bußenerkenntnisses u. s. w. ganzen Welt, nicht nur in der Schweiz, sondern mehr noch in in seinem Weingeschäfte erhebliche Nachtheile entstanden. Der Oestreich in den verschiedensten Lokalblättern nennen; er garantire Kläger gab den vom Beklagten beanspruchten Abzug von 145 Fr. dafür, daß er den Ruf verlieren werde u. s. w. Der Kläger sah 92 Cts. am Fakturawerth zu und reduzirte somit die Klagefor¹ sich nicht veranlaßt; hierauf einzugehen, sondern vertraute die Wah¹

derung auf 1865 Fr. 29 Cts.; er erkannte im Weitern, jedoch ohne alle Rechtspflicht, 200 Fr. von der Forderung für Kosten und Umtriebe des Bußenprozesses sowie 218 Fr. 70 Cts. für entgangene Provisionen auf direkten Weinlieferungen an; im Ue¹ brigen bestritt er die Einreden und die Widerklage des Beklagten; in zweiter Instanz machte er eventuell für den Fall, daß dem Beklagten, sei es kompensations=, sey es widerklagsweise eine Ent¹ schädigung sollte gesprochen werden, seinerseits eine Gegenforde¹ rung von 1000 Fr. geltend, gestützt darauf, daß die vorzeitige Aufhebung des Vertrages vom 15. April 1887 vom Beklagten verschuldet sei und dieser ihm für den hieraus entstandenen Scha¹ den hafte. Die erste Instanz (Bezirksgericht Zürich) erkannte im Sinne der Anträge des Klägers, die zweite Instanz in der aus der Entscheidung der Appellationskammer maßgebend; nach vor der Appellationskammer gestellten Anträgen der Parteien aber überstieg der Streitwerth unzweifelhaft den Betrag von 3000 Fr., wofür es genügt, darauf hinzuweisen, daß vor der Appellations¹ kammer auch das Rechtsbegehren 1 der Klage bestritten war. 3. Nach den heutigen Anträgen der Parteien liegt die durch Dispositiv 1 des angefochtenen Urtheils ausgesprochene Aufhe¹ bung des Vertrages vom 15. April 1887 nicht mehr im Streite. Es hat im Fernern der Beklagte die Einwendung, es sei die klä¹ gerische Forderung nicht fällig, heute nicht festgehalten. Bestritten ist also nur noch, ob nicht dem Beklagten gegenüber dieser For¹ derung die Minderungseinrede wegen nicht vertrags= und gesetz¹ mäßiger Beschaffenheit der gelieferten Waare zustehe, und ob nicht die widerklagsweise geltend gemachten Ansprüche des Beklagten begründet seien. 4. Was zunächst die Minderungseinrede anbelangt, so ist zu bemerken: Der Beklagte empfing den in das Depot gelieferten Wein nicht als Käufer sondern als Verkaufskommissionär des Klägers. Allerdings hat der Beklagte nach dem Vertrage vom 15. April 1887 für die von ihm aus dem Depot verkauften Weine als Käufer einzutreten, verbleibt ihm ein über die Limite hinaus erzielter Mehrerlös und ist im Fernern vorgesehen, daß Fakt. A ersichtlichen Weise; dieselbe erachtete von den Forderun¹ gen des Beklagten als begründet: 1. 300 Fr. für Kosten des Polizeiprozesses; 2. 400 Fr. für¹ Provision; 3. 100 Fr. für Minderwerth wegen theilweiser Pasteurisirung des Weines; 4. 1500 Fr. als Schadenersatz. 2. In rechtlicher Beziehung ist auf die Beschwerde des Klägers, soweit sie sich gegen das Erkenntniß des Kassationsgerichtes rich¹ tet, als unstatthaft nicht einzutreten. Das letztinstanzliche kanto¹

nale Haupturtheil ist dasjenige der Appellationskammer; das Erkenntniß des Kassationsgerichtes entscheidet nicht in der Sache selbst, d. h. über den eingeklagten Anspruch, sondern verneint, nur theils die Statthaftigkeit theils die Begründetheit des außerordentlichen Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde. Es stützt sich demnach auch ausschließlich auf kantonales Recht. Wenn insbesondere das Kassationsgericht die Nichtigkeitsbeschwerde insoweit als unstatthaft erklärt, als die Weiterziehung der Sache an das Bundesgericht nach Art. 29 und 30 O.=G. zulässig sei, so beruht diese Entscheidung durchaus auf der Anwendung des kantonalen Prozeßrechtes. Dagegen ist die Beschwerde gegen das Urtheil der Appellationskammer statthaft und das Bundesgericht zu deren Beurtheilung kompetent. Die Weiterziehung ist rechtzeitig erklärt worden, die Sache ist unbestrittenermaßen nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilen und der gesetzliche Streitwerth ist gegeben. In letzterer Richtung ist nach Art. 29 O.=G. die Sachlage vor dem Ablauf von acht Monaten die Faktur zu begleichen, also den (nicht bereits an Dritte verkauften und bezahlten) Wein käuflich zu übernehmen habe. Allein auf die letztere Klausel hat der Kläger in Betreff der streitigen ersten Lieferung verzichtet, indem er durch Schreiben vom 14. September zugab, daß über diese Lieferung erst nach vollständiger Liquidation derselben ausgerechnet werde; in den ersterwähnten Vertragsbestimmungen dagegen liegt doch wohl nur, daß der Beklagte als Kommissionär del credere hafte und als Entlohnung neben der festen Provision noch einen allfälligen Mehrerlös erhalte, nicht aber die Stipulation eines Kaufes über den in das Depot zu liefernden Wein. Hiefür spricht der gesammte Zusammenhang des Vertrages und die Haltung der Korrespondenz der Parteien, insbesondere auch der Umstand, daß der Beklagte dem Kläger von den abgeschlossenen Verkäufen Mittheilung zu machen und über den Bestand des Depot Ausweis

zu ertheilen hatte u. s. w., was alles auf die Stellung eines Kommissionärs, nicht aber auf diejenige eines Käufers hindeutet. Ein Kauf ist zwischen den Parteien erst im Dezember 1887 dadurch zu Stande gekommen, daß der Beklagte nach der thatsächlichen Lösung des Kommissionsverhältnisses den (damals noch vorhandenen) Wein nicht zurückgab, auch nicht zurückzugeben sich anerbote, sondern für sich behielt; dadurch hat er, wie die Vorinstanz ausführt, den sämmtlichen damals noch vorhandenen Wein stillschweigend als Käufer, wie dies vertragsmäßig ursprünglich vorgesehen war, übernommen. Nur insoweit liegt also ein Kauf vor und sind Rechte und Pflichten der Parteien nach den Regeln des Kaufvertrages zu beurtheilen; im Uebrigen sind neben den Bestimmungen des Vertrages die gesetzlichen Grundsätze über das Kommissionsgeschäft maßgebend. Danach kann denn von einer Preisminderungseinrede im eigentlichen Sinne des Wortes (d. h. im Sinne des ädilitischen Rechtsmittels des Käufers) nur in Betreff des vom Beklagten im Dezember 1887 als Käufer übernommenen restlichen Weinquantums die Rede sein; im Uebrigen kann 1887 nicht mehr vorhandenen) Weines sodann würde den Nachweis eines in Folge der behaupteten vertragswidrigen Beschaffenheit fraglichen Weines auf dem Vertriebe desselben dem Beklagten entstandenen Schadens voraussetzen. Denn unzweifelhaft liegt der Partei, welche Schadenersatz wegen Nichterfüllung respektive mangelhafter Erfüllung eines Vertrages verlangt, der Nachweis des eingetretenen Schadens ob. An einem solchen Nachweise mangelt es nun aber durchaus. Der Beklagte hat weder bewiesen noch Beweis dafür anboten, daß er auf dem von ihm verkauften Weine in Folge nicht vertrags- und gesetzmäßiger Beschaffenheit desselben denjenigen Erlös thatsächlich nicht erzielt habe, den er bei richtiger Beschaffenheit der Waare hätte erzielen können, u. dgl.; es mangelt überhaupt an jeder genauen Darlegung darüber, in welcher Weise Beklagter über diesen Wein verfügt hat. Es kann daher dem Beklagten ein sachbezüglicher Ersatzanspruch nicht

zugestanden werden; der Beklagte haftet vielmehr, ohne aus die \neg sich nur fragen, ob nicht dem Beklagten Schadenersatzansprüche aus dem Kommissionsvertrage zustehen. 5. Die Preisminderungseinrede nun ist allerdings nicht, wie der Kläger behauptet, wegen Verspätung der Mängelrüge unzu \neg läßig, dagegen ist dieselbe, was von der Vorinstanz übersehen wurde, deßhalb offenbar unbegründet, weil der Beklagte im De \neg zember 1887 zur Zeit des Kaufabschlusses die von ihm nun \neg mehr gerügten Sachmängel (Pasteurisirung eines Theiles des gelieferten Weines und Unrealität desselben), vollständig kannte, so daß der Verkäufer dafür nach Art. 245 O.=R. nicht haftet. Hie \neg gegen kann nicht etwa eingewendet werden, es sei der Beklagte zu Uebernahme des Weines vertraglich verpflichtet gewesen, denn es ist klar, daß Beklagter, sofern der Wein nicht vertrags= und gesetzmäßig beschaffen war, denselben nicht zu übernehmen brauchte, sondern zurückzugeben berechtigt war. Wenn er dies nicht gethan, sondern den Wein in Kenntniß seiner Mängel gekauft hat, so kann er für letztere den Verkäufer nicht verantwortlich machen. 6. Ein Anspruch wegen Minderwerthes des vom Beklagten als Kommissionär vertriebenen und verwendeten (im Dezember sem Grunde einen Gegenanspruch erheben zu können, dem Kläger gemäß Art. 4 des Vertrages vom 15. April 1887 für den Fakturapreis des gelieferten, von ihm verwendeten Weines. 7. An der Abweisung der Preisminderungseinrede muß übri \neg gens, soweit es den Anspruch wegen Unrealität des gelieferten Weines betrifft, auch deßhalb festgehalten werden, weil nicht nach \neg gewiesen ist, daß der Wein vom Kläger unreal geliefert worden sei, die Beweislast hiefür aber den Beklagten trifft. Der Vorder \neg richter geht in dieser Beziehung davon aus, durch die Untersu \neg chung des Kantonschem!kers sei festgestellt, daß die von diesem untersuchten Weinmuster nicht reinen Naturwein enthalten haben; allerdings behaupte der Kläger, es müsse, sofern dieses Unter \neg suchungsergebniß richtig sei, der von ihm gelieferte Wein im Keller des Beklagten eine Veränderung erlitten haben. Allein die Beweislast hiefür treffe den Kläger; es bestehe, wie sich arg. e contrario aus Art. 248 Absatz 2 des Obligationenrechtes ergebe, eine Präsumtion dafür, daß später hervortretende verborgene Män \neg gel einer Waare schon bei der Empfangnahme derselben vorhan \neg den gewesen seien; hier aber handle es sich um verborgene Mängel, welche schon bei Empfangnahme festzustellen der Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei. Einen Beweis, auch nur einen Wahr \neg

scheinlichkeitsbeweis dafür, daß der Wein im Keller des Beklagten verändert worden sei, habe der Kläger nicht erbracht; wahrschein \neg licher sei im Gegentheile, daß der Wein schon beim Kläger, zwar nicht durch diesen selbst oder mit dessen Wissen, wohl aber durch seine Angestellten gefälscht worden sei. Diese Entscheidung beruht auf einer rechtsirrhümlichen Vertheilung der Beweislast. Es ist richtig, daß, sofern die Waare vom Empfänger von vornherein als nicht vertrags= oder gesetzmäßig zurückgewiesen wird, der Ver \neg äußerer deren Empfangbarkeit zu beweisen hat. Ist aber die Waare einmal als vertragsmäßiger Leistungsgegenstand in Empfang ge \neg nommen worden, so dreht sich die Beweislast um; wenn nunmehr der Empfänger klage= oder einredeweise Ansprüche wegen Sach \neg mangeln, insbesondere einen Preisminderungsanspruch, geltend machen will, so hat er das Vorhandensein der behaupteten Mängel und zwar deren Vorhandensein zur maßgebenden Zeit (d. h. zur Wein vom Kläger unreal sei geliefert worden, beziehungsweise im Zeitpunkt der Lieferung und Empfangnahme unreal gewesen sei, so ist dieser Beweis nicht erbracht, und kann auch durch die vom Beklagten heute eventuell anerborenen Beweise nicht erbracht werden. Nach der thatsächlichen Entscheidung des Vorderrichters steht zwar fest, daß die vom Kantonschemiker untersuchten Wein \neg muster nicht realen Naturwein

enthielten; allein nicht bewiesen und, da die Muster, (ebenso wie anscheinend der Wein selbst) nicht mehr vorhanden sind, auch nicht mehr zu erweisen, ist, daß die untersuchten Muster wirklich unveränderte Proben derjenigen Weine enthielten, welche vom Kläger dem Beklagten waren geliefert worden. Der Beklagte hatte früher, in dem Polizeiprozesse, selbst Zweifel darüber geäußert, indem er auf die Möglichkeit einer Verwechslung der Proben hinwies. Er hat sich nun die Führung des ihm obliegenden Beweises selbst dadurch verunmöglicht, daß er einerseits über die gelieferten Weine ohne weiters verfügte, andererseits nicht rechtzeitig dafür Sorge trug, daß die der chemischen Untersuchung unterstellten Proben auch aufbewahrt werden. 8. Ist somit die Preisminderungseinrede des Beklagten zu verneinender Zeit des Vertragsabschlusses, der Versendung oder der Uebergabe), zu beweisen; denn er negiert in diesem Falle nicht den Klagegrund (die Vertragserfüllung), sondern macht einen auf die mangelhafte Beschaffenheit der gegnerischen Leistung begründeten selbständigen Anspruch geltend, dessen tatsächliche Grundlage er darzuthun hat. Eine Präsomption des vom Vorderrichter behaupteten Inhaltes stellt das Gesetz nicht auf; aus Art. 248 Absatz 2 O.-R. ist sie nicht abzuleiten. Allerdings legt diese Gesetzesbestimmung dem Käufer den Beweis dafür, daß die behaupteten Mängel schon zur Zeit der Empfangnahme vorhanden gewesen seien, als ein besonderes, auf die Unterlassung gehöriger Feststellung des Thatbestandes gesetztes, Präjudiz auf. Allein dies erklärt sich einfach daraus, daß in denjenigen Fällen, auf welche Art. 248 Absatz 2 sich bezieht, die Beweislast an sich nicht den Käufer, sondern vielmehr den Verkäufer treffen würde. Denn Art. 248 Absatz 2 bezieht sich wie sein Zusammenhang mit Alinea 1 ibidem zeigt, auf den Fall, wo der Käufer eine übersandte Waare von Anfang an als nicht empfangbar zurückweist. Die vom Vorderrichter gezogene Folgerung, sofern nicht Art. 248 Absatz 2 zutrefte, brauche der Käufer nicht zu beweisen, daß verborgene Mängel schon zur Zeit der Empfangnahme vorhanden gewesen seien, ist also nicht stichhaltig. Liegt aber demnach dem Beklagten der Beweis dafür ob, daß der werfen, so muß die gleiche Entscheidung aus den in Erw. 7 ausgeführten Gründen um so viel mehr natürlich auch in Betreff desjenigen Widerklagsanspruches des Beklagten Platz greifen, welcher auf die Unrealität des gelieferten Weines sich stützt. Es muß im Fernern auch der Anspruch des Beklagten auf Ersatz von Kosten u. s. w. des Polizeiprozesses, so weit er nicht vom Kläger freiwillig anerkannt ist, abgewiesen werden. Denn, wie sich aus dem oben ausgeführten ergibt, ist es nicht richtig, daß der Beklagte in fraglichem Prozesse lediglich die Geschäfte des Klägers geführt habe und von diesem die betreffenden Auslagen von Rechtswegen zurückfordern könne. Wenn sodann allerdings richtig ist, daß der Kläger versprochen hat, den Beklagten in dieser Angelegenheit finanziell und moralisch zu unterstützen, so kann auch dies jedenfalls nicht dazu führen, dem Beklagten einen höhern Betrag zuzusprechen, als denjenigen, welchen der Kläger freiwillig anerkannt hat. Denn es ist doch klar, daß der Kläger das fragliche Versprechen nur unter der Voraussetzung gab, daß der Beklagte die Angelegenheit im Sinne angemessener Wahrung der

klägerischen Rechte und Interessen durchführe. Daran aber hat es der Beklagte, welcher nach der Publikation der Außenurtheile plötzlich sich gegen den Kläger wendete, es auch versäumt, für Aufbewahrung der amtlich untersuchten Proben Sorge zu tragen, wodurch eventuell eine Ueberprüfung der Untersuchung des Kantonschemikers möglich geworden wäre, u. s. w., durchaus fehlen lassen. 9. Dagegen ist der Widerklageanspruch insoweit prinzipiell begründet, als er Vergütung von Provisionen auf Geschäften fordert, welche vom Kläger während der Vertragszeit in vertragswidriger Weise direkt mit schweizerischen Kunden gemacht wurden, ohne daß dem Beklagten seine vertragsmäßige

Provision gutgeschrieben worden wäre. Allein es ist nun, in Abweichung von der Auffassung des Vorderrichters, grundsätzlich davon auszugehen, daß der Kläger schon vom 6. und nicht erst vom 20. Dezember 1887 an berechtigt war, den Vertrag mit dem Beklagten als aufgelöst, sondern durfte er ohne weiters davon ausgehen, der Beklagte selbst betrachte den Vertrag von Stunde an als aufgelöst, sofern wenigstens der Kläger sich, — was dann in der Folge nicht geschah, — nicht dazu herbeilasse, das geforderte Schweigegeld zu bezahlen. Nachdem der Beklagte einmal die Erklärung vom 6. Dezember 1887 abgegeben hatte, konnte er vom Kläger die fernere Erfüllung des Vertrages nicht mehr verlangen, sondern war Kläger an denselben nicht mehr gebunden. Daher fallen denn alle erst seit dem 6. Dezember 1887 geschehenen direkten Weinlieferungen des Klägers außer Betracht. Danach kann aber der in Rede stehende Anspruch des Klägers nur in Betreff derjenigen zwei Lieferungen (an Gebrüder Kuster in Schmerikon) für begründet erachtet werden, in Betreff welcher der Kläger die Provisionsforderung mit 218 Fr. 64 Cts. nicht mehr bestreitet. Von den übrigen vom Vorderrichter berücksichtigten Lieferungen nämlich sind eine fernere Lieferung an Kuster, eine solche an I. Rohner in Buchs, sowie an Bahnhofrestaurateur Rusch daselbst festzustellen erst seit dem 6. Dezember 1887 erfolgt und auch rücksichtlich der weitem vom Vorderrichter in Betracht gezogenen Lieferungen (eine Lieferung an Steinmann in St. Gallen und zwei Lieferungen an F. Weißhaar daselbst) ist nicht bewiesen, daß dieselben vertragsmäßig der Provisionsberechtigung des Beklagten unterstehen. Vielmehr ergibt sich rücksichtlich der Lieferung an Steinmann aus der Faktur und dem Briefe des Steinmann vom gehoben zu behandeln und den Verkehr mit dem Beklagten nicht weiter fortzusetzen. Allerdings hat der Kläger nach Empfang des Briefes des Beklagten vom 6. Dezember den Vertrag vom 15. April 1887 nicht förmlich gekündigt (was er übrigens vor dem Prozesse überhaupt nicht gethan hat); allein das durch den Brief vom 6. Dezember 1887 bethätigte Verhalten des Beklagten war ein derartiges, daß danach der Kläger den Vertrag ohne weiters als aufgelöst betrachten durfte. Denn in dem Briefe vom 6. Dezember erklärt der Beklagte, er werde durch ein Inserat öffentlich erklären, er habe mit dem Kläger wegen konstatiertes Weinpantecherei alle Verbindung abgebrochen, sofern ihm nicht eine angemessene bedeutende Entschädigung sofort zugesichert werde; nur wenn ihm ein solches bedeutendes Schweigegeld gewährt werde, werde er sich dazu hergeben, durch Opferung seines Namens das Ansehen des Klägers zu retten, u. s. w. Er legte dabei noch insbesondere dar, daß er wohl wisse, wie der Kläger in seiner Stellung durch das angedrohte Verfahren empfindlich müsse getroffen werden, u. s. w. Nach diesem, moralisch durchaus verwerflichen, Auftreten des Beklagten konnte dem Kläger die Fortsetzung des auf gegenseitiges Vertrauen begründeten Vertragsverhältnisses mit dem Beklagten nicht mehr zugemuthet werden, 31. Dezember 1887 (s. Akt. 52e und die beigelegte Kopie der Faktur), daß dieselbe schon vor dem 1. Juli 1887 bestellt war, also vertragsmäßig der Beklagte davon keine Provision zu fordern hatte, und rücksichtlich der ersten Sendung an F. Weißhaar gilt (nach der Akt 52 e beigehefteten Fakturakopie) das gleiche, während rücksichtlich der zweiten, am 15. November 1887 bestellten, Sendung an Weißhaar nicht bewiesen ist, daß dieselbe vor der Auflösung des Vertrages (am 6. Dezember 1887) sei gemacht worden. 10. Da nach dem Ausgeführten dem Beklagten eine über die klägerischerseits anerkannten Beträge hinausgehende Entschädigung nicht zuzusprechen ist, so fällt die eventuelle klägerische Gegenforderung von 1000 Fr. dahin.

Demnach hat das Bundesgericht erkannt: Auf die Weiterziehung des Klägers wird, soweit dieselbe sich gegen das Erkenntniß des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich vom 16.

September 1889 richtet, nicht eingetreten. Dagegen wird die klägerische Weiterziehung, soweit sie sich gegen das Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich richtet, dahin als begründet erklärt, daß der Beklagte in Abänderung der Dispositive 2 und 4 dieses Urtheils verpflichtet wird, dem Kläger für den gelieferten Wein 1546 Fr. 65 Cts. (eintausend fünfhundert sechs und vierzig Franken füns und sechzig Rappen) nebst Zins zu sechs Prozent seit 15. Dezember 1887 zu bezahlen, die Widerklage dagegen (soweit ihr nicht durch die Entscheidung über die Hauptklage Rechnung getragen ist) abgewiesen wird.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.