

dans ce but — n'était pas suffisante pour les empêcher d'atteindre la route ; à plusieurs reprises cela était déjà arrivé et l'Entreprise ne pouvait pas ignorer que des accidents avaient failli se produire. Dans ces conditions on doit regarder comme une négligence grave de sa part le fait qu'elle n'a ni ordonné des mesures spéciales pour le déchargement des pierres, ni pris des dispositions suffisantes pour protéger la route, ni enfin établi un service de garde sur la route ou du moins averti du danger les passants, au moyen d'affiches. Cette faute est d'autant plus lourde que l'Entreprise était renseignée sur les risques qu'elle faisait courir et que, vu son importance, elle disposait des moyens nécessaires pour assurer complètement la sécurité du public.

Il ne reste plus ainsi qu'à arbitrer l'indemnité à laquelle la demanderesse a droit en principe. L'accident a occasionné tout d'abord à dame Zellweger des frais de traitement assez importants. En outre il a eu pour conséquence une diminution de la capacité de travail, la demanderesse continuant à souffrir de violents maux de tête et de troubles visuels qui la gênent même dans ses occupations de ménagère et qui entraîneront pour elle un préjudice matériel plus grave encore si elle est appelée à devoir gagner sa vie — éventualité que l'instance cantonale ne considère pas comme exclue. Enfin une indemnité à titre de réparation morale se justifie, en vertu de l'art. 49 CO, soit par la gravité particulière de l'atteinte subie, soit par la gravité de la faute de la défenderesse. Dame Zellweger est sérieusement défigurée ; ses proches mêmes ne la reconnaissent plus ; il est certain que, pour une femme jeune encore, un tel changement, la perte aussi radicale de tous ses avantages physiques ne peuvent que se traduire par un sentiment très douloureux de déchéance et d'humiliation. Sans doute il est impossible de fournir une justification rigoureuse du chiffre de l'indemnité destinée à compenser cette souffrance morale et en outre il est fort difficile, en l'espèce, de déterminer avec quelque préci-

sion le dommage économique résultant de la diminution constatée de la capacité de travail. Mais en allouant *ex aequo et bono* une somme globale de 10 000 fr., l'instance cantonale ne paraît pas s'être exagéré la gravité du préjudice matériel et du tort moral subis par la demanderesse et le Tribunal fédéral n'a pas de motifs de revoir cette appréciation.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et le jugement attaqué est confirmé.

57. Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. Juli 1916

i. S. Doetschmann, Beklagter, gegen Sarrat, Kläger.

Art. 107 OR : Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines Lieferungsvertrages. — Art. 191 OR : Verhältnis zwischen konkreter und abstrakter Schadenberechnung.

A. — Am 3. Juni 1915 verkaufte der Beklagte dem Kläger 85 Fass Panadés Weisswein « zu 24 Fr. 50 Cts. den Hekto, franko Basel unverzollt, zahlbar netto Kasse prompt bei Empfang der Ware, neue Kastanienfässer von ca. 700 Liter Inhalt gratis, lieferbar promptmöglichst nach Basel transit ». Am 15. oder 16. Juni 1915 fand zwischen den Parteien eine Unterredung statt, bei der nach der Behauptung des Beklagten der Kauf annulliert wurde, während der Kläger behauptet, es habe sich dabei lediglich um Erstreckung der Lieferfrist gehandelt. Auf Grund dieser Unterredung verweigerte der Beklagte in der Folge die Lieferung des Weines, worauf ihm der Kläger durch seinen Anwalt Lieferfrist bis zum 31. Juli 1915 ansetzen liess. Nachdem der Beklagte erklärt hatte, seinen Lieferanten zur Lieferung anhalten zu wollen, teilte er

dem Kläger Ende Juli mit, er könne nicht liefern, da ihm sein spanisches Haus den Wein nicht schicken wolle. Hierauf setzte ihm der Kläger mit Schreiben vom 31. Juli 1915 eine Lieferfrist bis 15. August und teilte ihm zugleich mit, er habe den bestellten Wein weiterverkauft und mache ihn für allen aus der Nichtlieferung entstehenden Schaden verantwortlich. Als der Beklagte auch nach dieser Frist den Wein nicht lieferte, schrieb ihm der Kläger am 18. August 1915: « In Sachen Ihrer Lieferung von 85 Fass » Panadés-Weisswein haben Sie unser Charge-Schreiben » vom 31. Juli cr. nicht beantwortet und ebenso die darin » angesetzte letzte Lieferfrist bis 15. August nicht be- » achtet. Damit ist vom rechtlichen Standpunkt aus Herr » Sarrat ohne weiteres zur Behaftung von Ihnen für allen » Schaden berechtigt und ich bestätige Ihnen hiemit aus- » drücklich, dass sich Herr Sarrat dieses Recht vollkom- » men und in jeder Beziehung wahrt. Dagegen wäre Herr » Sarrat vergleichsweise und ohne dadurch seinen obge- » genannten Rechtsstandpunkt zu verlassen, bereit, auch » jetzt noch auf eine Lieferung des Weines einzutreten, » falls Sie ihm eine solche noch in Aussicht stellen können. » Wir möchten Sie daher dringend ersuchen, uns bis spä- » testens Ende dieser Woche Auskunft darüber geben zu » wollen, ob Sie zur Lieferung des Weines überhaupt noch » bereit sind und ob Sie eine solche Lieferung auf nächste » Zeit in Aussicht stellen können. » Am 21. August 1915 versprach der Beklagte baldigst definitiv über die Mög- lichkeit einer Lieferung Auskunft zu geben; am 7. Sep- tember 1915 erklärte er sodann dem Kläger, dass sein Haus in Tarragona zur nachträglichen Lieferung der 85 Fass Weisswein nicht zu bewegen und dass er unter diesen Umständen endgültig nicht in der Lage sei, dem Kläger diese 85 Fass zu liefern. Mit Schreiben vom 8. September 1915 wiederholte der Anwalt des Klägers den im Schreiben vom 18. August enthaltenen Verzicht auf die Lieferung und behaftete den Beklagten für allen Schaden.

Nachdem der Beklagte jede Schadenersatzpflicht be-

stritten hatte, leitete der Kläger am 18. Oktober 1915 die vorliegende Klage ein mit dem Begehren, der Beklagte sei zur Zahlung von 5759 Fr. 30 Cts. nebst 5 % Zins seit 27. September 1915 zu verurteilen. In Bezug auf den entgangenen Gewinn machte der Kläger geltend, von den 85 Fässern seien im Juni und Juli 80 Fässer weiterverkauft worden und zwar 42 Fässer mit 283,5 hl zu 30 Mk. = 8505 Mk. und 38 Fässer mit 256,5 hl zu 33 Mk. 50 Pfg. = 8592 Mk. 75 Pfg., zusammen 17,097 Mk. 75 Pfg. oder 18,634 Fr. 92 Cts.; die 5 nichtverkauften Fässer mit 33,75 hl berechnete der Kläger zu 35 Fr. den Hektoliter = 1181 Fr. 25 Cts., was einen Totalverkaufspreis von 19,816 Fr. 17 Cts. ergibt. Davon zog der Kläger den Einkaufspreis mit 14,056 Fr. 87 Cts. ab und gelangte so auf einen Betrag von 5759 Fr. 30 Cts. entgangenen Gewinn. Der Kläger machte geltend, er könne die volle Preisdifferenz als entgangenen Gewinn berechnen, trotzdem er die Ware unverzollt gekauft habe, da er sie seinen Abnehmern in Deutschland auch wieder « Preis netto » und « ohne Spesen » Basel transit verkauft habe und für die noch unverkauften 5 Fässer die gleichen Bedingungen erzielt hätte. Eventuell sei der geforderte Schadenersatz von 5759 Fr. 30 Cts. auch dann als entgangener Gewinn zuzusprechen, wenn die Verkäufe aus irgend einem Grunde nicht als genügend erwiesen angenommen werden sollten, da zufolge der französischen und italienischen Ausfuhrverbote die Nachfrage nach spanischem Wein und infolgedessen der Preis dieses Weines stark gestiegen sei.

Der Beklagte hat auf Abweisung der Klage geschlossen. Er bestritt nicht, dem Kläger die 85 Fass Panadés-Weisswein verkauft zu haben; dagegen macht er geltend, der Kaufvertrag sei nachträglich auf Ersuchen des Klägers hin annulliert worden. Ferner sei die Schadenersatzforderung auch deshalb abzuweisen, weil der Kläger sofort nach Ablauf der Nachfrist bis 15. August in präzisen Worten auf die Lieferung hätte verzichten sollen, was erst am 8. September geschehen sei. Weiterhin machte

der Beklagte geltend, dass aus Umständen, die er nicht zu vertreten habe, die Lieferung unmöglich gewesen sei. Auch wenn der Wein innert der Nachfrist von Tarragona abgegangen wäre, hätte er die Schweizergrenze nicht vor dem 25. August, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des französischen Durchfuhrverbotes, passieren können. Wein mit dem Vermerk « Basel-transit » wäre aber auch schon Mitte Juli von Frankreich nicht mehr durchgelassen worden. Da der Wein laut Abmachung in Spanien habe bezogen werden müssen und dem Beklagten, der die Frachtspesen zu tragen hatte, nicht zugemutet werden konnte, die Ware über Genua zu spedieren, sei daher die Schadenersatzforderung des Klägers nach Art. 119 OR unbegründet. Schliesslich bestritt der Beklagte auch, dass dem Kläger überhaupt ein Schaden entstanden sei, indem er behauptete, dass infolge des schweizerischen Ausfuhrverbotes der Wein nicht nach Deutschland hätte geliefert werden können, und dass der Kläger diese Unmöglichkeit seinen Käufern gegenüber nicht zu vertreten habe. Eventuell sei die Schadensberechnung unrichtig, da dem Kläger, der einen Einfuhrzoll von 9 Fr. 50 Cts. per Hektoliter hätte bezahlen müssen, der Hektoliter auf 34 Fr. zu stehen gekommen wäre, so dass sein ganzer Schaden höchstens 228 Fr. 80 Cts. betrage.

B. — Durch Entscheid vom 12. Mai 1916 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in Abänderung des erstinstanzlichen Entscheides, der die Klage für den Betrag von 630 Fr. 92 Cts. zugesprochen hatte, die Klage im vollen Umfang, d. h. für den Betrag von 5759 Fr. 30 Cts. nebst 5 % Zins seit 27. September 1915 gutgeheissen.

C. — Gegen diesen Entscheid hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag, die Klage sei gänzlich abzuweisen, unter Kostenfolge aller Instanzen zu Lasten des Klägers.

D. — In der heutigen Verhandlung hat der Beklagte diese Anträge wiederholt. Der Kläger hat auf Abweisung

der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides geschlossen.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. — Gestützt auf die für das Bundesgericht verbindliche tatsächliche Feststellung der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass die vom Beklagten behauptete mündliche Aufhebung des Kaufvertrages vom 3. Juni 1915 nicht bewiesen ist. Es fragt sich daher in erster Linie nur, ob die Klage, die auf Schadenersatz geht, deshalb abzuweisen sei, weil, wie der Beklagte behauptet, der Kläger keinen unverzüglichen Verzicht auf die nachträgliche Leistung im Sinne des Art. 107 Abs. 2 OR ausgesprochen habe. Beide kantonalen Instanzen haben diese Einrede verworfen, das Zivilgericht mit der Begründung, dass der Kläger nach Ablauf der Nachfrist am 15. August nur deshalb nicht sofort Schadenersatz verlangt, sondern damit bis zum 8. September 1915 zugewartet habe, weil er sich mit dem Beklagten gütlich verständigen wollte und immer noch auf Nachlieferung hoffte; das Appellationsgericht mit der Begründung, dass an sich die Verzichtserklärung verspätet, dass aber der Beklagte damit einverstanden gewesen sei, das Geschäft in der Schwebe zu lassen. Wenn auch dem Appellationsgericht darin beizupflichten ist, dass das Schreiben des Anwaltes des Klägers vom 18. August 1915 an den Beklagten bestimmter hätte abgefasst sein können, so ist es doch immerhin deutlich genug, um mit dem Zivilgericht annehmen zu können, der Kläger habe sich damit nur noch vergleichsweise zur Annahme einer späteren Lieferung bereit erklärt, sich rechtlich dagegen auf den Boden des blossen Schadenersatzes gestellt und daher sein Wahlrecht gemäss Art. 107 Abs. 2 OR nicht verwirkt. Zweifelhaft kann demnach nur sein, ob der Beklagte dem Kläger überhaupt schadenersatzpflichtig sei. In dieser Beziehung steht fest, dass der Beklagte die ihm vom Kläger gesetzte Liefere-

rungsnachfrist bis 15. August unbenutzt hat ablaufen lassen und zwar nicht deshalb, weil er durch die Einfuhrschwierigkeiten an der Lieferung verhindert gewesen wäre, sondern weil, wie er im Brief vom 7. September erklärt, sein Lieferant in Spanien die schon am 29. Juni 1915 in Bestätigung eines Telegramms vom 28. Juni 1915 erhaltene Bestellung auf eigene Rechnung des Beklagten nicht ausführen wollte oder konnte. Steht aber fest, dass der Beklagte, der die Lieferung gegenüber dem Kläger übernommen hat, sich die Ware von seinem Verkäufer überhaupt nicht verschaffen konnte, so ist der Beklagte unter allen Umständen schadenersatzpflichtig geworden. Denn er durfte die 85 Fass Wein dem Kläger nur verkaufen, wenn er sicher war, die Ware auch liefern zu können. Versprach er dagegen die Lieferung, ohne sicher zu sein, sich den Wein beschaffen zu können, so übernahm er damit das Risiko, den dem Kläger aus allfälliger Nichtlieferung entstehenden Schaden ersetzen zu müssen. Dieses Risiko lief er auf jeden Fall, d. h. auch dann, wenn er durch die Einfuhrschwierigkeiten an der Erfüllung des Kaufs verhindert worden wäre. In dieser Hinsicht wäre übrigens den Ausführungen der Vorinstanz beizupflichten, wonach der Wein bei rechtzeitiger Lieferung von dem französischen Ausfuhrverbote nicht betroffen worden wäre und auch die sonstigen Schwierigkeiten, die aus dem Frachtvermerk « Basel-transit » erwachsen konnten, den Beklagten deshalb nicht befreien können, weil er in Kenntnis der durch den Krieg geschaffenen und stets zunehmenden Erschwerung des internationalen Handels den Kauf abgeschlossen hat, ohne seine Haftung für die sich aus diesen Erschwerungen ergebenden Folgen auszuschliessen. Überdies stände nicht fest, ob der Beklagte nicht durch eine andere ihm zuzumutende Instradierung der Ware z. B. über Genua doch deren Einfuhr mit erlaubten Mitteln in die Schweiz hätte erwirken können.

2. — Die Höhe des dem Kläger infolge der Nichtlieferung des Weines durch den Beklagten entstandenen Scha-

dens hat die Klage in erster Linie (ausser für 5 Fass) konkret als entgangenen Gewinn aus drei Weiterverkäufen vom 6. Juni, 12. Juni und 10. Juli 1915 über insgesamt 80 Fass an Abnehmer in Deutschland mit 5759 Fr. 30 Cts. berechnet; eventuell hat der Kläger diesen Schaden auch abstrakt nach dem zur Erfüllungszeit geltenden Marktpreis geltend gemacht. Die Vorinstanz hat nun den Einwand des Beklagten, der abstrakte Schaden sei vom Kläger verspätet geltend gemacht worden, abgewiesen und den Schaden mit der Begründung abstrakt berechnet, dass die vom Kläger für die konkrete Schadensberechnung angerufenen Weiterverkäufe nach Deutschland « keine taugliche Grundlage für die Schadensberechnung » bilden. Soweit es sich hierbei um die Frage handelt, ob auf Grund des kantonalen Prozessrechtes der Kläger berechtigt sei, den Schaden abstrakt zu berechnen, ist das Bundesgericht an die Auffassung der Vorinstanz gebunden. Soweit es sich dagegen um die Frage handelt, ob nach den Grundsätzen des OR der Kläger, der seinen Schaden zuerst konkret begründet hat, ihn daneben auch abstrakt berechnen dürfe, ist der Vorinstanz ohne weiteres beizupflichten. Gestützt auf Art. 191 OR ist der Käufer in erster Linie und unter allen Umständen zur Einklagung des abstrakten Schadens berechtigt (vgl. OSER, Komm. zu Art. 191 OR N 4). Berechnet er den gleichen Schaden auch konkret, so gibt er damit lediglich eine andere Begründung dieses Schadens, auf dessen Ersatz er auch ohnedies Anspruch hätte. Daraus folgt, dass, wenn das Gericht im Verlaufe des Prozesses findet, der Schaden könne mit den zu Gebote stehenden Beweismitteln nicht oder nur schwer konkret festgestellt werden, dann der Käufer berechtigt sein muss, den Schaden abstrakt zu berechnen. Im vorliegenden Falle könnte es sich nun fragen, ob der konkrete Schaden mit den vom Kläger anbotenen Beweismitteln, wie die Vorinstanz angenommen hat, nur schwer zu ermitteln wäre. Da der Kläger den verlangten entgangenen Gewinn von 5759 Fr.

30 Cts. auch abstrakt begründet hat, kann jedoch diese Frage, deren Verneinung die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Folge haben müsste, offen gelassen und nach dem Gesagten der Schaden ohne weiteres abstrakt berechnet werden. Der Kläger behauptet nun, dass er die mit seinen deutschen Abnehmern vereinbarten Preise auch nach der im August 1915 in Basel herrschend gewesenen Marktlage erzielt hätte. Diese Behauptung ist von der gerichtlichen Expertise, auf welche die Vorinstanz abgestellt hat, bestätigt worden, so dass die Klage im ganzen Betrag von 5759 Fr. 30 Cts. nebst 5 % Zins seit 27. September 1915 gutzuheissen ist.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt vom 12. Mai 1916 bestätigt.

58. Urteil des I. Zivilabteilung vom 14. Juli 1916

i. S. Brunnert, Kläger und Berufungskläger,
gegen Gräfin Sollohub, Beklagte und Berufungsbeklagte.

Nichtzustandekommen eines Mietvertrages über eine Villa, mangels der vorbehaltenen Form eines schriftlichen Vertrages und mangels Willenseinigung über Nebenpunkte, von deren Annahme die eine Partei ihre Zustimmung abhängig machte. Bedeutung der Zusendung eines schriftlichen Vertragsentwurfes an die Gegenpartei für die Frage des Formvorbehaltes.

1. — Durch Vertrag vom 22. November 1913 hat der Kläger dem Ehemann der Beklagten die Villa « Valsana » in Davos für die Zeit bis zum 30. August 1914 zum Preise von 11,000 Fr. vermietet. Im Juli 1914 unterhandelte die Beklagte — deren Ehemann damals von Davos abwesend

war — mit dem Kläger wegen Fortsetzung des Mietverhältnisses für die Zeit bis zum 30. April 1915. Ohne dass eine Einigung zu Stande gekommen wäre, verreiste der Kläger nach Düsseldorf und erhielt daselbst am 28. Juli 1914 folgendes Telegramm : « Comte Sollohub telegraphie » rependra Villa Valsana à 12,500 avec pianos chambre » chauffage sans chauffeur comme convenu autrement » refuse définitivement Valsana. Comtesse Sollohub ». Der Kläger telegraphierte am 29. Juli zurück : « Einverstanden. Mietvertrag folgt heute. Architekt « Brunnert ». Gleichen Tags übersandte der Kläger der Beklagten mit einem Begleitschreiben den angekündigten Vertrag in zwei Doppeln. Darin wird in Abweichung vom früheren Verträge und der telegraphischen Erklärung der Beklagten vom 28. Juli kein Piano als Mietgegenstand genannt und bestimmt, dass der Kläger nur mit 200 Zentner Kohlen an die Zentralheizung beitrage, das übrige Heizmaterial und die Entlohnung des Heizers aber zu Lasten des Mieters fallen. In jenem Begleitschreiben bestätigte der Kläger zunächst den erwähnten Depeschenwechsel und äusserte sich dann wie folgt : « Ich sende Ihnen also anbei den bereits avisierten » Mietvertrag in doppelter Ausführung, mit der ergebenen Bitte, selbigen zu prüfen und mir 1 Exemplar » unterzeichnet wieder baldigst zukommen zu lassen, » und bestätige ich gleichzeitig, dass Sie Villa Valsana » für die Zeit vom 1. September 1914 bis zum 30. » April 1915 um den Preis von 12,500 Fr. weitergemietet » haben. Die Bedingungen sind im Wesentlichen dieselben » wie im vorigen, und ist ja bereits alles durchgesprochen.... » Auf dieses Schreiben erhielt der Kläger erst am 13. August eine Antwort und zwar vom Anwalt der Beklagten, des Inhalts : Der Ehemann der Beklagten, mit dem der neue Vertrag abgeschlossen werden sollte, sei zur Zeit wegen des Kriegs nicht erreichbar und könne also seine ausdrücklich vorbehaltene Zustimmung zum definitiven Vertragsabschluss nicht erteilen. Die Beklagte