

28. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. März 1917

i. S. E. & E. Huber, Kläger und Berufskläger
gegen Bencsak, Beklagter und Berufsbeklagter.

Fixgeschäft nach Art. 190 O.R. Umwandlung in ein Mahngeschäft durch das nachherige Verhalten der Parteien. Art. 107 O.R.: Ansetzung einer zu kurzen Frist; Ungültigkeit der Fristansetzung? Der Gläubiger kann sich schon bei der Fristansetzung darüber erklären, welchen der ihm bei Nichterfüllung alternativ erwachsenden Ansprüche er wählen wolle. Auslegung seiner Erklärung im gegebenen Falle. — Art. 97 Abs. 1 O.R. Genuskauf. Objektive oder subjektive Leistungsunmöglichkeit des Verkäufers oder Leistungserschwerung? Zulässigkeit einer Minderung der Schadenersatzpflicht auch im letztern Falle. Bedeutung der durch den Krieg geschaffenen ausnahmsweisen Verhältnisse für die Beurteilung dieser Fragen und für die Vertragsauslegung. — Art. 191 O.R. Mangel eines Marktpreises für die verkaufte Ware und Unterlassung eines gültigen Deckungskaufes; schliessen die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen auf Grund sonstigen Schadennachweises nicht aus. Nachweis des Schadens im gegebenen Falle.

1. — Am 16. März 1915 hat die Klägerin vom Beklagten 20 Tonnen Elektrolytkupfer-Walzdraht 9-10 mm zum Preise von 275 Fr. netto Kasse per 100 Kg. gekauft, franko Chiasso oder Schweizergrenze, lieferbar prompt per Mitte April oder wenn möglich früher. Die Klägerin verlangte dann verschiedene Male ohne Erfolg die Lieferung, worauf der Beklagte jeweilen versprach, sein möglichstes zu tun, um das Kupfer, das als Teil eines grösseren Quantums in Marseille lagerte, von seinem Lieferanten zu erhalten. Wie sich aus den Akten ergibt, standen der Einfuhr Schwierigkeiten entgegen, was auch der Beklagte in zwei Briefen vom 26. Mai und 29. Juni andeutete. Am 4. August setzte die Klägerin dem Beklagten eine Nachschrift zur Lieferung bis zum 10. August an und erklärte:

« für den Fall der Nichtlieferung innert dieser Frist » werde sie den Beklagten « für allen Schaden aus der Nichterfüllung des Kontraktes belangen ».

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin vom Beklagten Bezahlung von 11,600 Fr. nebst Zins zu 5 % seitdem 10. August 1915, indem sie sich darauf beruft, dass die gekaufte Ware am 10. August 1915 einen Marktpreis von 3 Fr. 33 Cts. per Kg. gehabt habe und sich daher als Preisdifferenz die eingeklagte Summe ergebe. Sie habe sich auch zum Preise von 3 Fr. 33 Cts. Ersatzware beschafft. Eine Unmöglichkeit zu liefern habe für den Beklagten nicht bestanden. — Der genannte Ersatzkauf war nach den Akten am 9. Juni abgeschlossen worden.

Der Beklagte hat auch Abweisung der Klage angetragen, mit der Begründung: Er habe sich für die verkaufte Ware bei Aubert, Grenier & C^{ie} in Cossonay eingedeckt, welche Firma seit Beginn der durch den Weltkrieg bewirkten Lieferungsschwierigkeiten dank ihrer guten Beziehungen zu den Ententemächten beinahe einzig noch Kupfer habe einführen können. Eine Reihe von Geschäften mit ihr seien glatt durchgeführt worden, so noch Ende März eines, das ebenfalls für die Klägerin bestimmtes Kupfer betroffen habe. Die Einfuhr der hier streitigen 20 Tonnen, die beim Kaufabschluss in Marseille gelagert hätten, sei dann aber wegen den verschärften Einfuhrschwierigkeiten unmöglich geworden; ebenso die Beschaffung von Ersatzware in der Schweiz, da man dem Beklagten nicht habe zumuten können, die 20 Tonnen zu Phantasiepreisen in kleinen Quantitäten zusammenzukaufen. Allfällig sei das Risiko nach Treu und Glauben unter die Vertragsparteien zu verteilen. Eventuell werde das Quantitativ bestritten. Ein Marktpreis für Kupfer habe damals überhaupt nicht bestanden und das vor Ablauf der angesetzten Nachfrist von der Klägerin abgeschlossene Kaufgeschäft könne nicht als Deckungskauf im gesetzlichen Sinne gelten. Endlich wird noch die Gültigkeit und Wirksamkeit der erfolgten Fristansetzung

wegen der Kürze der Frist bestritten und geltend gemacht, es fehlte auch an der durch Art. 107 Abs. 2 OR vorgeschriebenen « unverzüglichen Erklärung ».

Das zürcherische Handelsgericht ist durch Urteil vom 28. November 1916 zur Abweisung der Klage gelangt, wogegen nunmehr die Klägerin ihr Rechtsbegehren vor Bundesgericht erneuert.

2. — Die Vertragsbestimmung « lieferbar prompt per Mitte April, oder wenn möglich früher » charakterisiert den streitigen Kaufvertrag als *Fixgeschäft*, indem ein « bestimmter Lieferungstermin » im Sinne von Art. 190 Abs. 1 OR, bis zu dem geleistet werden sollte, bedungen wurde. Die Klägerin hat nun, wie es scheint, nach Ablauf des Termines nicht gemäss Vorschrift von Art. 190 Abs. 2 unverzüglich erklärt, dass sie vorziehe, die Lieferung zu verlangen, und es würde daher an sich die Vermutung Platz greifen, dass sie mit Ablauf des Termines auf die Lieferung verzichtet und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beansprucht habe. Indessen hat sie dann nachträglich wiederholt auf Lieferung gedrungen und der Beklagte ist auf dieses Begehren eingetreten und hat versprochen, sein möglichstes zur Bewirkung der Lieferung zu tun. Ihr Anspruch als Käuferin sollte also damals nach übereinstimmender Willensmeinung der Parteien ein solcher auf Realerfüllung sein, kein Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung, wie er nun eingeklagt ist. Dieser kann erst nachher, auf Grund von Art. 107 OR infolge der *Fristansetzung* vom 4. August 1915 entstanden sein, sofern diese vermocht hat, die Umwandlung in den Schadenersatzanspruch zu bewirken.

Zu Unrecht bestreitet der Beklagte das mit der Behauptung, die angesetzte *Frist* von *sechs Tagen* sei zu kurz, also nicht, wie der Art. 107 es verlange, « angemessen » gewesen. Bei ihrer Ansetzung waren seit dem Zeitpunkt, auf den hätte geliefert werden sollen (Mitte April), 3 ½ Monat verflossen, somit viel mehr als die vertragliche monatliche Lieferungsfrist (vom

13. März bis Mitte April), und der Beklagte war inzwischen wiederholt zur Lieferung aufgefordert worden und schon lange in Verzug. Die Ansetzung einer « Frist zur nachträglichen Erfüllung » des Art. 107 soll aber, wenigstens unter solchen Umständen, dem Schuldner nicht die Möglichkeit verschaffen, von neuem über die ganze anfänglich für die Lieferung bedungene Zeit zu verfügen, sondern will ihn nur dagegen schützen, dass ihm nicht, trotzdem er in Kürze die Erfüllungshandlung vorzunehmen vermöchte, deren Vornahme unbilligerweise durch einen unerwarteten vorherigen Verzicht auf die Realleistung vereitelt werde (vgl. BGE 29 II S. 266). Uebrigens kann der Umstand für sich allein, dass die Fristansetzung wegen zu kurzer Bemessung der Frist mangelhaft ist, dem Käufer noch nicht zum Nachteil gereichen, sondern es muss diesem der Nachweis vorbehalten bleiben, dass der Schuldner auch innerhalb einer « angemessenen Frist » nicht geliefert hätte und dass jener formelle Mangel seine Interessen nicht berührt habe (vgl. BGE a. a. O. und OSER, Kommentar, Art. 107 Bem. II, 5).

Unbegründet ist auch die weitere Einwendung, die Klägerin habe es unterlassen, nach Vorschrift des Art. 107 Abs. 2 *unverzüglich zu erklären*, dass sie auf die nachträgliche Leistung verzichte und Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlange, und daher verbleibe ihr nur ein allfälliger Anspruch auf Realleistung nebst Schadenersatz wegen Verspätung. Die nach dem Ablauf der Frist unverzüglich abzugebende Erklärung ist dadurch unnötig geworden, dass die Klägerin schon in die Fristansetzung eine entsprechende Erklärung aufgenommen hat. Rechtlich steht dem nichts entgegen. Wenn der Art. 107 die Aufnahme einer solchen in die Fristansetzung nicht ausdrücklich vorsieht — im Gegensatz zu Art. 122 aOR, wonach die Fristansetzung die Androhung der Vertragsauflösung zu enthalten hatte — so wird damit dem Gläubiger keine Pflicht auferlegt,

sondern eine Befugnis eingeräumt : Es wird ihm freigegeben, erst nach Ablauf der Fristansetzung seine Entscheidung darüber zu treffen, welchen der möglichen Ansprüche, die ihm das Gesetz als Folgen der unterlassenen Erfüllung alternativ einräumt, er wählen wolle. Nichts hindert aber, dass er seinen Entschluss bereits mit der Fristansetzung in verbindlicher Weise kundgebe. Letzteres ist hier gültig durch die Erklärung der Klägerin geschehen, « für den Fall der Nichtlieferung innert dieser (d. h. der angesetzten) Frist » werde sie den Beklagten « für allen Schaden aus der Nichterfüllung des Kontraktes belangen ». Damit hat die Klägerin im Sinne von Art. 107 Abs. 2 « auf die vertragliche Leistung verzichtet » und « Ersatz des ihr aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangt ». Ihr Verzicht erhellt deutlich daraus, dass sie vom « Fall der Nichtlieferung » spricht, für diesen Fall ihren Anspruch formuliert und den letztern ausdrücklich als Anspruch auf Ersatz von « Schaden aus der Nichterfüllung des Kontraktes » bezeichnet. Eine solche Schadenersatzforderung ist dann auch zum Gegenstand der Klage gemacht worden.

3. — Sachlich beurteilt sich der Fall vor allem auf Grund von Art. 97 Abs. 1 O.R, indem es sich fragt, ob und inwiefern « die Erfüllung der Verbindlichkeit », die der Beklagte gegenüber der Klägerin vertraglich übernommen hat, « nicht bewirkt werden konnte » und ob und inwieweit sich daraus eine Schadenersatzpflicht des Beklagten ergebe.

Bei der Prüfung dessen ist davon auszugehen, dass es dem Beklagten vertraglich nicht obgelegen hat, nötigenfalls, wenn ihm die Einfuhr ausländischer Ware missglücken würde, das zu liefernde Quantum in der Schweiz aufzukaufen. Der Vertrag sieht Lieferung « franco Chiasso oder Schweizergrenze » vor, woraus zu entnehmen ist, dass nach dem Willen der Parteien die Verpflichtung des Beklagten auf Lieferung von Kupfer aus den Ententeländern ging und dass ihm

nicht Beschaffung inländischer Ware zugemutet werden wollte, die bei der Knappheit der inländischen Vorräte damals schon im Vergleich zum Vertragspreise unverhältnismässig teuer hätte angekauft werden müssen (vgl. auch Entscheid des Bundesgerichts vom 9. März 1917 in Sachen Kaiser gegen Rupf & Schneider). Jedenfalls aber würde es sich aus den unten noch zu entwickelnden Gründen nicht rechtfertigen, bei der nunmehrigen Regelung der Schadenersatzfrage den Mehraufwand, der durch die Beschaffung inländischer Ersatzware entstanden wäre, ausschliesslich durch den Beklagten tragen zu lassen.

Zu prüfen ist nun, ob und in welchem Umfange dem Beklagten die Erfüllung seiner Verpflichtung zur Lieferung des versprochenen Kupfers aus den Ententeländern, — welche Verpflichtung unter den Begriff der Gattungsobligation des Art. 71 fällt — in einer seine Ersatzpflicht aufhebenden oder mindernden Weise verunmöglicht oder erschwert gewesen sei. Hierüber ist vorerst in tatsächlicher Beziehung aus den Akten zu entnehmen : Ein Einfuhrverbot der Ententestaaten, das die Herbeibringung von Kupfer in die Schweiz schlechthin für jedermann verhindert hätte, bestand nicht. Vielmehr ergibt sich aus einer Bescheinigung der Handelsabteilung des Schweizerischen politischen Departements (act. 69), dass es von Mitte April bis Mitte August 1915 möglich war, Kupfer aus jenen Staaten einzuführen. Hingegen fügt die genannte Amtsstelle freilich bei, die Einfuhr sei mit Schwierigkeiten verbunden gewesen. Letzteres wird ferner auch durch den als Experten angefragten Direktor des Elektrizitätswerkes Zürich, Erni, bestätigt, der sagt, dass die Einfuhr während der fraglichen Zeit « mit gewissen Schwierigkeiten möglich » gewesen sei. Noch entschiedener im Sinne einer Einfuhrerschwerung spricht sich der ebenfalls als gerichtlicher Sachverständiger beigezogene Ingenieur F.

Neffen, der die Frage eingehender erörtert, aus: Von Mitte April bis Mitte August 1915, erklärt er, sei die Einfuhr von Kupfer in die Schweiz nur in Transit über Italien oder Frankreich möglich gewesen, wobei aber die Erwirkung der Durchfuhrbewilligung und der Abtransport von den französischen oder italienischen Häfen mit grossen Schwierigkeiten verknüpft gewesen sei. In den Lagerhäusern Frankreichs und Italiens befindliches Kupfer sei überhaupt nicht mehr als amerikanische oder japanische Ware betrachtet und grundsätzlich nicht mehr nach der Schweiz exportiert worden. Verhältnismässig leicht habe eine Durchfuhrbewilligung erlangt werden können, wenn der Käufer zugleich Verbraucher gewesen sei und die einzuführende Menge nur einen Teil seines Jahresbedarfs dargestellt habe. So sei es unter Beihülfe des schweizerischen Armeestabes gelungen, in der zweiten Hälfte April Kupfer aus Italien hereinzubringen. Ganz besonders schwierig habe sich jedoch die Kupfereinfuhr aus Italien nach dem 19. Mai 1915 (Zeitpunkt des Eintrittes dieses Staates in den Krieg) gestaltet. Von Frankreich sei noch etwas zu erhalten gewesen, sofern man keine Extrakosten für Bestellung von Bahnwagen und Entsendung von Vermittlern nach Paris oder an den betreffenden Hafenplatz gescheut habe.

Auf Grund dieser tatbeständlichen Verhältnisse ist zunächst die Auffassung abzulehnen, dass eine objektive Leistungsmöglichkeit bestanden habe und dass der Beklagte deshalb von jeder Schadenersatzpflicht entbunden sei. Daran vermag auch seine Behauptung nichts zu ändern, dass von ihm als Gegenstand seiner Lieferung in Aussicht genommene Kupfer habe in Marseille gelagert. Freilich wäre nach dem Experten Nefflen solches Kupfer nicht zur Ausfuhr zugelassen worden. Allein der Beklagte hat allgemein aus den Ententeländern zu beschaffendes Kupfer verkauft und wenn er nun die in Marseille lagernde Ware nicht frei bekommen konnte, so wäre an sich noch die anderweitige Beschaffung

ausländischer Ersatzware als mögliches Mittel zur Erfüllung gegeben gewesen. Im weitern lässt sich zu seiner Entlastung auch nicht eine bloss subjektive Leistungsmöglichkeit, als ganzliches Unvermögen, die Leistung zu bewirken, annehmen. Er hat in dieser Beziehung den ihm obliegenden Entlastungsbeweis nicht genügend angetreten und erbracht, sich also nicht hinreichend darüber ausgewiesen, dass er wirklich alle geeigneten und ihm zuzumutenden Vorkehren getroffen habe, namentlich was die Ermöglichung des Transportes und der Einfuhr anbelangt, um seiner Leistungspflicht zu genügen, und dass ihm deren Erfüllung trotz allem nicht gelungen sei. Wohl aber kann er sich nach der Sachlage, im Sinne einer Herabsetzung seiner Schadenersatzpflicht, auf eine ganz wesentliche Leistungsschwerung berufen. Einmal war für ihn die Erfüllung, soweit möglich, doch mit ausserordentlichen Schwierigkeiten verbunden, die nur durch Aufwendung besonderer Bemühungen und Kosten überwunden werden konnten, und wenn er sich sodann auch zu allen diesen ausnahmsweisen Aufwendungen verstand und alles irgendwie Dienliche aufbot, um seine Leistungspflicht zu erfüllen, so war doch die Möglichkeit, zum Ziele zu gelangen, eine ausserordentlich geringe im Vergleich zum Falle, wo er unter normalen Markt- und Verkehrsverhältnissen hätte liefern können. Dabei ist auf Grund der Akten davon auszugehen, dass einerseits diese Lieferungserschwerung im wesentlichen schon Mitte April, als die Lieferung fällig wurde, bestand, andererseits aber beim Vertragsabschluss nicht anzunehmen war, dass sie in diesem Masse zunehmen werde. Berücksichtigt man das alles, so scheint es billig und durch die Verhältnisse des Falles gerechtfertigt, gestützt auf Art. 99 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 43 Abs. 1 OR, die an sich bestehende Ersatzpflicht des Beklagten auf ungefähr die Hälfte des eingetretenen Schadens zu beschränken. Allerdings ist grundsätzlich richtig, dass der

Beklagte mit seinem vertraglichen Versprechen, zu liefern, auch das Risiko, der Klägerin für den Schaden aus einer möglichen Nichtlieferung einzustehen, übernommen hat (vgl. BGE 42 II S. 372 i. S. Dötschmann gegen Sarrat). Daraus folgt aber nur, dass diese Schadenhaftung eine strengere sein müsse, als bei der ausservertraglichen Schadenersatzpflicht, nicht aber, dass sie keine Abstufung zulasse und sich stets auf den vollen Schadensbetrag erstrecke (vergl. auch OSER, Kommentar, Art. 97 IV 2). Nicht nur der Schuldner, sondern auch die Gläubigerin musste sich bewusst sein, dass sich die Schwierigkeit einer solchen Lieferung und das Risiko hinsichtlich ihrer richtigen Bewirkung durch den europäischen Krieg ungemein vermehrt hatten. Dies darf aber auch bei der Ermittlung dessen, was vernünftigerweise als Parteiwille zu gelten hat, nicht ausser Betracht bleiben. Vielmehr ist anzunehmen, dass der Käufer, solange er unter solchen Umständen eine unbeschränkte Haftung für die Richtigkeit der Erfüllung nicht ausdrücklich ausbedingt, dem Verkäufer nicht mehr zumuten und dieser sich nicht zu mehr verpflichten wolle, als was nach den Regeln der Billigkeit und eines gerechten Interessenausgleichs bei der ausnahmsweisen Erschwerung der Warenbeschaffung verlangt werden kann (vergl. auch den Entscheid des Bundesgerichts vom 17. März 1917 i. S. Bertschinger & C^{te} gegen Gebrüder Nötzli, Erw. 3.)

4. — Die Vorinstanz hat die im vorstehenden beurteilte Frage der Schadenersatzpflicht nicht geprüft, weil es an einem genügenden Schadensnachweis fehle.

Zur Begründung dessen macht sie zunächst geltend: Die Klägerin berechne ihren Schaden in erster Linie gemäss Art. 191 Abs. 3; diese Bestimmung sei aber unanwendbar, weil das Kupfer damals keinen Marktpreis gehabt habe; ein eigentlicher Kupfermarkt sei nicht mehr vorhanden gewesen und ganz willkürliche Preise verlangt worden. Dass es an einem Marktpreis gefehlt habe, muss an sich als richtig gelten. Soweit die Ausführ-

rungen der Vorinstanz die kaufmännische Seite der Frage betreffen, stehen sie in tatsächlicher Beziehung mit dem Inhalte der Akten in Uebereinstimmung, und da sie von einem Handelsgericht, also von fachkundiger Stelle ausgehen, können sie auf erhöhte Bedeutung Anspruch machen. Andererseits lässt sich auch nicht sagen, dass die Vorinstanz den Rechtsbegriff des Marktpreises unrichtig aufgefasst habe. Dagegen hat der Mangel eines Marktpreises lediglich zur Folge, dass die besondere Art der Schadensermittlung des Abs. 3 von Art. 191 unmöglich wird, die dem Käufer den Schadensnachweis insofern erleichtert, als er, ohne in irgend einer andern Beziehung beweispflichtig zu sein, bloss darzutun hat, dass und um wie viel der Vertragspreis unter dem Marktpreis zur Erfüllungszeit stehe. Es bleibt aber dem Käufer natürlich unbenommen, seinen Schaden auf andere, den gesetzlichen Vorschriften entsprechende Weise darzutun.

Die Vorinstanz stellt sich denn im Grunde selbst auf diesen Standpunkt, dadurch nämlich, dass sie auf die weitere Ausführungen der Klägerin über den erlittenen Schaden eintritt und hiebei in Erwägung zieht: Die Klägerin stütze ihre Schadensberechnung in zweiter Linie darauf, dass sie sich für das vom Beklagten zu liefernde Quantum bei einer französischen Firma zu einem höhern Preise eingedeckt habe. Dieses Kaufgeschäft sei aber schon am 9. Juni 1915 abgeschlossen worden und könne daher als Deckungskauf nicht in Betracht kommen, da die dem Beklagten angesetzte Nachfrist erst am 10. August abgelaufen und es am 9. Juni noch ganz unbestimmt gewesen sei, ob der Beklagte liefern werde oder nicht.

Demgegenüber ist zu bemerken: der Umstand, dass der Kauf vom 9. Juni 1915 keinen Deckungskauf im eigentlichen Sinne, also gemäss Art. 191 Abs. 2 OR, bildet, schliesst ebenfalls bloss die Anwendbarkeit dieser Bestimmung aus, als einer gesetzlichen Regel, nach der der Käufer im kaufmännischen Verkehr seinen

Schaden « geltend machen k a n n ». Dagegen verbleibt ihm auch hier die Möglichkeit, seinen Schaden anderswie darzutun, und hiebei vermag dann ein solcher den Anforderungen der erwähnten Bestimmung nicht genügender Deckungskauf sachlich immer noch ein gewichtiges Beweismoment abzugeben. Dies ist gerade hier der Fall. Es lässt sich als durch die Akten (vgl. namentlich act. 42 ff.) ausgewiesen ansehen und wird vom Beklagten auch nicht ernstlich verneint, dass die Klägerin den von ihr behaupteten Kauf mit den Etablissements Métallurgiques de Rai-Tillières in Paris wirklich und zwar zu dem angegebenen Preise von 3 Fr. 33 Cts. das Kg. abgeschlossen hat. Ferner steht ausser Zweifel, dass sie andauernd Kupfer der fraglichen Art zu ihren Fabrikationszwecken benötigt. Da nun der Beklagte Mitte April hätte liefern sollen und die Klägerin nach wiederholter Mahnung am 9. Juni den Kauf mit dem französischen Geschäfte abgeschlossen hat, ist anzunehmen, die von diesem bezogene Ware habe unmittelbar und mittelbar die vom Beklagten nicht gelieferte als Bedarfsartikel im Betriebe der Klägerin ersetzt. Endlich darf man auch, von einer Aktenergänzung hierüber, im besondern durch Expertise, absehend, als feststehend erachten, dass die Klägerin am 9. Juni die Ware nicht unter dem bezahlten Preise von 3 Fr. 33 Cts. hätte erwerben können. Der bezahlte übersteigt den Vertragspreis von 2 Fr. 75 Cts. um etwa $\frac{1}{5}$ und diese Mehraufwendung erklärt sich hinreichend daraus, dass sich laut dem oben Gesagten von Mitte März, dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zwischen den Parteien, bis zum 9. Juni die Preisverhältnisse in zunehmendem Masse verschlimmerten. Dabei ist zu bemerken, dass, wenn die Klägerin den Ersatzkauf statt verfrüht erst später, als einen zeitlich den Anforderungen von Art. 191 Abs. 2 genügenden Deckungskauf abgeschlossen hätte, dies nach der Sachlage wohl noch zu erheblich ungünstigeren Bedingungen hätte geschehen müssen. Der erlittene Schaden beläuft sich also in der Tat auf die ein-

geklagten 11,600 Fr. (58 Cts. \times 20,000). Dafür ist der Beklagte, wie ausgeführt, ungefähr zur Hälfte, also für rund 6000 Fr. ersatzpflichtig. Es lässt sich auch nicht etwa einwenden, die Klägerin habe versäumt, ihre Ersatzforderung in dieser Weise geltend zu machen. Ihre Schadensaufstellung in Verbindung mit dem sonstigen Akteninhalt bieten dem Richter eine genügende Grundlage für die Beurteilung unter dem vorliegenden Gesichtspunkte und zum Schutze ihres sachlich begründeten Anspruchs. Die Zinsforderung endlich ist als solche mit Recht nicht bestritten worden.

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

Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das angefochtene Urteil des zürcherischen Handelsgerichts vom 28. November 1916 aufgehoben und die Klage in der Höhe von 6000 Fr. nebst Zins zu 5 % vom 10. August 1915 an zugesprochen wird.

29. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 30/31 mars 1917, dans la cause dame veuve Sophie Serex, demanderesse et recourante contre Frédéric Bassoto et Alphonse Carfagni, défendeurs et intimés.

Art. 41, 44 et 55 CO. — Accident d'automobile. — Faute concurrente du conducteur et de la personne transportée. Etendue de la responsabilité de l'employeur au sujet du conducteur et du gardien du garage.

A. — Le 17 février 1914, feu Adolphe Serex à Coppet, jardinier du sieur Dalmorès artiste lyrique, et mari de la demanderesse et recourante dame Sophie Serex, actuellement à Genève, s'était rendu dans cette ville pour y faire diverses commissions. Serex était, sinon le gérant, du moins l'homme de confiance de son maître et s'occupait en