

behandelt werden. Aus den Akten ergibt sich aber, daß die Beklagte in ziemlich ausgedehntem Maß Verlagsgeschäfte betreibt; die von ihr ausgehenden zum Teil kostspieligen Publikationen sind nicht etwa bloß für den Kreis der Vereinsmitglieder bestimmt, sondern auch für den allgemeinen Markt; die in dieser Richtung entfaltete Thätigkeit läßt sich demnach nicht ausschließlich seinem idealen Zweck unterordnen, sie muß vielmehr als Gewerbebetrieb, und zwar als Betrieb eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes bezeichnet werden. Ferner ist unbestreitbar, daß die Beforgung dieser Verlagsgeschäfte dem Bühler übertragen war, so daß diesem also in der That die Stellung eines Handlungsbevollmächtigten und zwar in dem Geschäftsbetrieb, welcher die Bestellungen beim Kläger beschlug, zukam.

4. Muß also die gegenwärtige Aktenlage zur Gutheißung der Klage führen, so erscheint dagegen der in zweiter Linie gestellte Berufungsantrag, der auf Aktenvervollständigung gerichtet ist, als begründet. Mit dem in diesem Antrage wiederholten Beweisangebot bezweckt die Beklagte darzutun, daß Bühler dem Kläger ausdrücklich erklärt habe, daß er zum Abschluß der Lieferungsverträge namens der Beklagten thatsächlich nicht ermächtigt gewesen sei. Es ist aber klar, daß, sofern entgegen der durch die gegenwärtige Aktenlage begründeten Annahme, der Kläger die Vollmachtüberschreitung Bühlers wirklich gekannt hat, die Beklagte durch die Bestellungen dieses letztern nicht verpflichtet worden ist. Die Sache ist demnach an die Vorinstanz zurückzuleiten zur Abnahme der in dem eventuellen Berufungsantrage bezeichneten Beweise, vorbehältlich des Entscheides der Vorinstanz über die prozessuale Zulässigkeit dieser Beweisangebote.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird in dem Sinne gutgeheißen, daß gemäß dem eventuellen Antrag der Berufungserklärung das angefochtene Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau aufgehoben, und die Sache zur Beweisabnahme an die kantonale Instanz zurückgewiesen wird.

238. Urteil vom 10. Dezember 1897 in Sachen
Eberfeld gegen Müller.

A. Durch Urteil vom 11. Juni 1897 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

1. Über das erste Rechtsbegehren der Klage ist nicht zu urteilen.
 2. Dem Kläger ist sein zweites Rechtsbegehren in dem Sinne zugesprochen, daß ihm der Beklagte für geleistete Anzahlungen einen Betrag von 9045 Fr. zurückzuerstatten hat; im übrigen ist der Kläger mit diesem Klagsbegehren abgewiesen, und ebenso mit seinem dritten Klagsbegehren; über die eventuellen Klagsbegehren ist nicht zu urteilen.
 3. Der Beklagte ist mit seinen Widerklagsbegehren abgewiesen.
- B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte und Widerkläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt, indem er die Abänderungsanträge stellt:

1. Der Kläger sei mit seinen sämtlichen Klagsbegehren abzuweisen.
2. Es seien dem Beklagten und Widerkläger Eberfeld seine beiden Widerklagsbegehren zuzusprechen.

Der Kläger und Widerbeklagte hat sich der Berufung angeschlossen und beantragt, das angefochtene Urteil in dem Sinne abzuändern, daß erkannt werde:

1. Der Beklagte sei schuldig, dem Kläger außer den Anzahlungen von 9045 Fr. zu bezahlen: Zins zu 5 % von 2000 Fr. seit 18. April 1894, von 6045 Fr. seit 18. Mai 1894, von 1000 Fr. seit 10. Juni 1894.
2. Der Beklagte sei schuldig, dem Kläger allen fernern, demselben aus der Eingehung des Vertrages erwachsenen Schaden auf richterliche Bestimmung hin zu ersetzen.

C. In der Hauptverhandlung vor Bundesgericht erneuern die Parteianwälte ihre schriftlich gestellten Begehren und beantragen Abweisung derjenigen ihrer Gegenpartei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Beklagte und Widerkläger Eberfeld, Verleger des Intelligenzblattes für die Stadt Bern, trat durch Vertrag vom

3. April 1894 dem Kläger und Widerbeklagten Dr. Franz Müller das Verlagsrecht dieses Blattes um einen Kaufpreis von 65,000 Fr. ab. An diesen Kaufpreis sollten 32,500 Fr. zwei Tage vor der Geschäftsübergabe bei einem soliden bernischen Bankinstitute zur Vertüfung des Verkäufers deponiert werden; den verbleibenden Rest von 32,500 Fr. verpflichtete sich der Käufer spätestens am Tage der Übernahme durch hinreichende Real- oder Personalkautions sicher zu stellen und folgendermaßen abzutragen: auf 30. Juni 1894 3250 Fr., sodann je auf 31. Dezember und 30. Juni bis zur gänzlichen Tilgung 3250 Fr., unter Verzinsung des jeweiligen ausstehenden Kapitalausstandes zu 4 %. In Art. 3 des Vertrages ist bezüglich einer Reihe von Verträgen, die seitens des Beklagten abgeschlossen waren (Agenturen, Druckereien, u. s. w.), bestimmt, der Übernehmer Dr. Müller trete als Rechtsnachfolger für Herrn Ebersold in diese Verträge ein, und werde dieselben gegenüber den Dritten am Platze des Herrn Ebersold erfüllen, und den Verkäufer in allen aus diesen Verträgen allfälligen entstehenden Verpflichtungen gerichtlich oder außergerichtlich vertreten. Unter diesen Verträgen ist als erster aufgeführt derjenige mit der Annoncenerpedition Drell Füsli u. Comp., Aktiengesellschaft in Zürich, abgeschlossen bis Ende 1896. Die Vorinstanz stellt fest, daß der Beklagte vom Kläger Anzahlungen im Gesamtbetrage von 9045 Fr. erhalten, und dieser im Juni 1894 auf der Berner Handelsbank für den Fall des Zustandekommens des Kaufgeschäfts eine Summe von 25,000 Fr. hinterlegt habe, daß dagegen in keiner Weise konstatiert sei, daß der Kläger für die noch verbleibende Kaufrestanz Sicherheit zu leisten bereit gewesen sei. Die Geschäftsübernahme, welche laut Vertrag spätestens am 15. April 1894 erfolgen sollte, wurde im gegenseitigen Einverständnis vorerst auf den 25. Mai verschoben. Inzwischen hatte der Kläger vom Beklagten wiederholt vergeblich dessen Vertrag mit Drell Füsli u. Comp. verlangt, und sich auch an diese letztere Firma direkt gewendet. Diese letztere erklärte jedoch, laut der Zeugenaussage ihres Präsidenten, in eine Übertragung des Annoncenertrages auf den Kläger nur einzuwilligen, wenn ihr der Beklagte dafür garantiere, daß sie durch die Übertragung in keinerlei Schaden gerate. Der Beklagte, in den der Kläger wieder-

holt auf Erledigung dieses Anstandes drang, stellte sich dagegen auf den Standpunkt, es bedürfe zur Übertragung des fraglichen Vertrages einer Zustimmung von Drell Füsli u. Comp. nicht; sobald der Kläger nach Bern komme und das Geschäft übernehme, werde der Vertrag mit dieser Firma auf ihn übergehen, ohne daß diese letztere etwas dazu zu sagen habe. Der Beklagte ging daher diese Garantie nicht ein, dagegen erließ er am 26. Mai 1894 an den Kläger eine gerichtliche Kundmachung, worin er zunächst konstatierte, daß seinerseits alles geschehen sei, was zur Erfüllung des Vertrages verlangt werden könne, daß sich jedoch der Kläger innert der bis 25. Mai erstreckten Frist zur Übernahme des Geschäfts nicht gestellt, und weder die auf diesen Tag fällige Restanz des Kaufpreises entrichtet, noch auch die andere Hälfte des Kaufpreises sicher gestellt habe. Durch diese Nichterfüllung sei der Kläger in Verzug geraten und es werde ihm zur nachträglichen Erfüllung eine weitere Frist von 8 Tagen angesetzt, unter der Androhung, daß der Beklagte den Vertrag sonst als aufgelöst betrachte und sich seine Schadenersatzansprüche vorbehalte. Diese Frist wurde dann bis zum 20. Juni verlängert. Am 19. Juni erließ der Kläger ebenfalls eine Kundmachung an den Beklagten, daß er den in Rede stehenden Kaufvertrag als für sich unverbindlich und aufgelöst betrachte. Er behauptete, die Übernahme des Kaufsobjekts sei ihm dadurch verunmöglicht worden, daß ein laut Vertrag auf ihn übergegangenes Recht „entwehrt“ worden sei, indem sich nämlich die Firma Drell Füsli u. Comp. geweigert habe, den Pachtvertrag auf den Kläger übergehen zu lassen, wenn nicht der Beklagte eine Garantie von 25,000 Fr. leiste. Der Beklagte habe sich nicht dazu herbeigelassen, diese Bedingung zu erfüllen. Der Übergang des Pachtvertrages habe aber einen wesentlichen Bestandteil des zwischen den Litiganten abgeschlossenen Vertrages gebildet, und sei daher der Kläger befugt, die Aufhebung dieses letztern zu verlangen. Dieser Vertrag sei für ihn aber auch deshalb unverbindlich, weil der Beklagte ihm wiederholt schriftlich versichert habe, die Einnahmen aus den Inseraten betragen circa 36,000 Fr., während sich nachträglich herausgestellt habe, daß dieselben höchstens 25,000 Fr. betragen werden. Zugleich mit dieser Kundgebung forderte der Kläger den Beklagten

zur Rückverstattung der bereits geleisteten Anzahlungen im Betrage von 9000 Fr. auf. Da der Beklagte diesem Begehren nicht entsprach, sondern erklärte, er benutze diese Anzahlungen zur Kompensation mit seiner Entschädigungsforderung, trat der Kläger gegen den Beklagten klagend auf, indem er die Rechtsbegehren stellte: Es sei zu erkennen: 1. Der zwischen den Parteien am 3. April 1894 schriftlich verkündete Kaufvertrag sei für den Kläger unverbindlich und 2. der Beklagte sei schuldig, dem Kläger die geleisteten Anzahlungen mit 9045 Fr. nebst Zins zu 5 % von 2000 Fr. seit 18. April, von 6045 Fr. seit 18. Mai und von 1000 Fr. seit 10. Juni 1894 zurückzuerstatten, sowie 3. dem Kläger allen aus der Eingehung des Vertrages erwachsenen Schaden zu ersetzen und es sei die Höhe des Schadens durch den Richter festzustellen. Eventuell: 4. Es sei der bezeichnete Kaufvertrag rückgängig zu machen, resp. es sei der Kläger berechtigt gewesen, denselben aufzulösen; 5. Der Beklagte sei schuldig, dem Kläger die geleisteten Anzahlungen mit 9045 Fr. nebst beziehendem Zins zurückzuerstatten, und ihm allen, infolge der Mängel der Kaufsache resp. durch die teilweise Entwertung verursachten Schaden zu ersetzen, und es sei die Höhe dieses Schadens durch den Richter zu bestimmen; alles unter Kostenfolge. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage und stellte widerklagsweise die Rechtsbegehren: 1. Der Kläger sei schuldig und zu verurteilen, dem Beklagten und Widerkläger wegen einseitigen Rücktritts von dem Kaufvertrage, resp. wegen Nichterfüllung desselben Schadenersatz zu leisten, und es sei die daherige Schadenersatzsumme durch das Gericht zu bestimmen und seit dem 5. Dezember 1894 à 5 % zinsbar zu erklären; 2. Es sei die vom Kläger dem Beklagten auf Rechnung des Kaufpreises geleistete Anzahlung von 9045 Fr. mit der Entschädigungsforderung des Beklagten und Widerklägers zu kompensieren, alles unter Kostenfolge. Der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern hat über diese Rechtsbegehren in der aus Fakt. A oben ersichtlichen Weise geurteilt, und zwar im wesentlichen gestützt auf folgende Erwägungen: Der hauptsächlichste Differenzpunkt zwischen den Parteien betreffe die Weigerung der Firma Drell Füssli u. Comp., den Annoncenpachtvertrag auf den Kläger zu über-

tragen. Nun ergebe sich aus der zwischen den Parteien gepflogenen Korrespondenz, wie aus den Zeugenaussagen, daß der Kläger das Geschäft nur unter der Bedingung habe übernehmen wollen, daß er an Stelle des Beklagten in den genannten Annoncenpachtvertrag eintreten könne, und es liege auch auf der Hand, daß der Kläger sich niemals anheischig gemacht haben würde, für ein Blatt, das der Beklagte im Juni 1883 um 20,000 Fr. erworben habe, einen Preis von 65,000 Fr. zu bezahlen, wenn er nicht auf ein ganz erkleckliches Erträgnis der Annoncenpacht gerechnet hätte. Der Beklagte habe dem Kläger tatsächlich in einer Zuschrift vom 17. Januar 1894 eine daherige Einnahme von circa 36,000 Fr. per Jahr in Aussicht gestellt, und in derjenigen vom 19. April 1894 ein Nettoerträgnis von 34,000—36,000 Fr., und selbst wenn man mit der erhobenen Expertise nur auf ein solches von 26,000 Fr. abstellen wollte, würde es sich immerhin um einen höchst wesentlichen Faktor für die Bemessung des Kaufpreises handeln. Unter diesen Umständen sei es leicht begreiflich, daß der Kläger vor Übernahme des Geschäfts habe Gewißheit haben wollen, ob und unter welchen Modalitäten die Firma Drell Füssli u. Comp. den Annoncenpachtvertrag mit ihm als Rechtsnachfolger des Beklagten fortsetzen wolle. Mit Unrecht behaupte der Beklagte, daß es eines Einverständnisses dieser Firma gar nicht bedurft hätte, vielmehr habe es derselben nicht zugemutet werden können, in ein für sie mit finanziellem Risiko verbundenes Vertragsverhältnis an Stelle des Beklagten ohne ihre Zustimmung einen Dritten eintreten zu lassen. Ebenso könne dem Beklagten darin nicht beigezweigt werden, daß durch die Vertragsbestimmung betreffend den Übergang des Annoncenpachtvertrages für den Kläger nur Pflichten, keine Rechte haben begründet werden wollen. Nun habe der Beklagte es rundweg abgelehnt, die Bedingung zu erfüllen, an welche Drell Füssli u. Comp. den Eintritt des Klägers in den Pachtvertrag knüpften, und in der dadurch bewirkten Vereitelung des Überganges jenes Vertrages auf den Kläger sei ein schuldhaftes Verhalten des Beklagten zu erblicken. Die Nichterfüllung des Kaufvertrages, bezw. die Nichtübernahme des Geschäfts falle demnach nicht dem Kläger zur Last und stellen sich infolge dessen die Widerklagsbegehren des

Beklagten von vornherein als unbegründet dar. Was aber die Vorklage betreffe, so enthalte das erste Begehren derselben kein eigentliches Petitum, sondern bloß ein Motiv für den Zuspruch des zweiten und dritten Begehrens, und sei daher darüber nicht zu urteilen. Das zweite Begehren müsse gutgeheißen werden, soweit es die Rückforderung der geleisteten Anzahlungen von zusammen 9045 Fr. angehe, denn diese Anzahlungen seien unter der nicht verwirklichten Voraussetzung erfolgt, daß der Kläger das Verlagsgeschäft in dem vollen Umfange werde übernehmen können. Dagegen sei der Zuspruch der von den fraglichen Beträgen geforderten Zinsen ausgeschlossen, indem solche nur aus dem Titel von Schadenersatz für den Fall des hier nicht erbrachten Nachweises, daß der Beklagte schon beim Empfang nicht im guten Glauben war, gefordert werden dürften. Auch das dritte Klagebegehren müsse, abgesehen davon, daß der Kläger seinerseits auch auf den 20. Juni 1894 nicht erfüllungsbereit gewesen wäre, schon aus dem Grunde abgewiesen werden, weil der vom Kläger behauptete Schaden weder seiner Entstehung, noch seiner Größe nach dargethan sei.

2. Nach den in der Berufungsinstanz von den Parteien gestellten Anträgen ist das Urteil des Appellations- und Kassationshofes insoweit unangefochten, als dasselbe in Dispositiv 1 erkennt, es sei über das erste Rechtsbegehren der Klage nicht zu entscheiden. Die beidseitigen Abänderungsanträge beziehen sich ausschließlich auf Dispositiv 2 und 3 des Urteils, indem der Kläger außer der Rückerstattung seiner Anzahlungen Zinsen vom Datum der jeweiligen Zahlungsleistung an, sowie Ersatz alles ferneren, ihm aus der Eingehung des Vertrages entstandenen Schadens verlangt, der Beklagte auf gänzliche Abweisung der Klage und Gutheißung der auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages gehenden Widerklage anträgt.

3. Was nun zunächst den auf gänzliche Abweisung der Hauptklage gerichteten Berufungsantrag des Beklagten betrifft, so erscheint derselbe nicht als begründet, und ist vielmehr der Vorinstanz beizutreten, wenn dieselbe in dem Verhalten des Beklagten rücksichtlich der Übertragung der mit der Firma Drell Füssli u. Comp. abgeschlossenen sogenannten Annoncenpacht einen Verzug in der

Vertragserfüllung erblickt, und deshalb den Kläger für berechtigt erklärt hat, gemäß Art. 122 und 124 D.-R. vom Vertrage mit dem Beklagten zurückzutreten, und das von seiner Seite bereits Geleistete zurückzufordern. Daß die in Rede stehende Vertragsbestimmung, wonach der Kläger als Rechtsnachfolger des Beklagten in den zwischen diesem und der Annoncenexpedition Drell Füssli u. Comp. abgeschlossenen Vertrag einzutreten hatte, beidseitig Rechte und Pflichten, und nicht etwa bloß eine Pflicht des Klägers und eine Berechtigung des Beklagten begründete, kann nicht zweifelhaft sein. Es liegt auf der Hand, daß der Kläger ein erhebliches Interesse daran hatte, bei Übernahme des Intelligenzblattes bezüglich der Ausbeutung des Inseratenteils sofort in bereits geordnete Verhältnisse eintreten zu können, und es mußte ihm speziell an der Übertragung des Vertrages mit Drell Füssli u. Comp. umsomehr gelegen sein, als dieser Vertrag dem Verleger neben monatlichen à conto-Zahlungen von 1000 Fr. je anfangs eines Semesters zu leistende Vorschüsse von 10,000 Fr. zusicherte, welche Vergünstigung für den Kläger gerade im Zeitpunkt der Übernahme des Blattes, wo er beträchtlichen finanziellen Anforderungen zu genügen hatte, von großer Bedeutung war. Zudem hatte der Beklagte dem Kläger diesen Annoncenvertrag als ein für den Verleger lukratives Geschäft hingestellt, dessen Ertrag sich bei sachkundiger Leitung und Redaktion zweifellos noch mehren werde, und es erscheint auch mit Rücksicht hierauf die Annahme als ausgeschlossen, daß der Kläger die Übertragung des bestehenden Annoncenvertrages in das reine Belieben des Beklagten habe stellen wollen. Es gehörte also zur Vertragserfüllung seitens des Beklagten, dem Kläger seine Rechte aus dem Vertrage mit Drell Füssli u. Comp. einzuräumen. Da die genannte Firma sich weigerte, den Kläger als Vertragspartei an Stelle des Beklagten anzunehmen, wenn ihr der Beklagte nicht die verlangte Garantie leistete, und der letztere diese Garantieleistung unbestrittenermaßen abgelehnt hat, muß sich somit fragen, ob zur Übertragung seiner Rechte aus dem Annoncenvertrag die Einwilligung der Firma Drell Füssli u. Comp., den Kläger als Vertragspartei an Stelle des Beklagten anzunehmen, erforderlich gewesen sei. Bei Prüfung dieser Frage ist zunächst die rechtliche

Natur dieses Vertrages festzustellen. Die Kontrahenten haben denselben als Pachtvertrag bezeichnet, indessen erscheint diese Bezeichnung nicht zutreffend. Das Merkmal des Pachtvertrages besteht in der Verpflichtung des einen Teils, dem andern eine unbewegliche Sache oder ein nutzbares Recht zum Bezug der Früchte oder Ertragnisse gegen eine Vergütung zu überlassen, welche in Geld oder einer Quote der Früchte oder Ertragnisse bestehen kann (s. Art. 296 O.-R.). Durch den genannten mit der Firma Drell Füssli u. Comp. abgeschlossenen Vertrag nun übertrug der Beklagte dieser Firma die alleinige Entgegennahme und ausschließliche Beforgung aller Inserate und Reklamen des Intelligenzblattes, wobei jedoch die Beforgung des Druckes ihm verblieb. Bezüglich der Insertionseinnahmen, deren Inkaasso Sache der Annoncenfirma war, wurde vereinbart, daß diese letztere dem Beklagten jeweilen anfangs eines Semesters zum voraus à conto die Summe von 10,000 Fr. und ferner am Ende eines Monats 1000 Fr. ausbezahle. Als Vergütung für die Beforgung der Annoncen sollte sie die ersten 6000 Fr., welche über 20,000 Fr. vereinnahmt werden, sowie einen Viertel von dem Überschuß über eine Einnahme von 26,000 Fr. hinaus erhalten. In Art. 5 ist noch bestimmt, der Beklagte verpflichte sich, für rechtzeitiges und pünktliches Erscheinen der Inserate und Reklamen, sowie des Intelligenzblattes selbst, zu sorgen. Aus diesem Vertragsinhalte erhellt, daß es sich keineswegs um Leistungen und Gegenleistungen, welche dem Pachtvertrag eigen sind, handelte. Der Vertrag ging nicht etwa dahin, daß der Beklagte der Firma Drell Füssli u. Comp. einen Teil seines Blattes zur selbständigen Ausnutzung zu Annoncenzwecken überlassen, und ihm dieselbe dafür eine Vergütung, bestehend in einer bestimmten Geldsumme, oder einer Quote ihrer Ertragnisse, zu entrichten gehabt hätte. Der Beklagte wollte die Ertragnisse aus dem Inseratenteil seines Blattes keineswegs der genannten Firma überlassen; die Ausbeutung dieses Teils des Blattes sollte nicht auf ihre Rechnung, sondern auf Rechnung des Beklagten gehen, wie auch der Beklagte ohne besondere Gegenleistung den Druck der Inserate zu besorgen hatte. Gegenstand des Vertrages war also nicht sowohl die Überlassung eines Rechts des Beklagten an die Firma zur Ausbeutung durch

diese letztere, sondern vielmehr in erster Linie die Übernahme einer Arbeitsleistung seitens der Firma, nämlich die Entgegennahme der Inserate und deren Beforgung für den Druck, die Propaganda für den betreffenden Teil des Blattes, u. s. w., gegen einen bestimmten Anteil am Gewinn. Das Vertragsverhältnis weist hienach nicht sowohl die Merkmale eines Pachtvertrages, als vielmehr solche des Gesellschafts- und des Dienstvertrages auf, ohne jedoch unter eine bestimmte Kategorie der benannten, vom eidgenössischen Obligationenrecht besonders behandelten, Verträge zu fallen. Bei der Frage, ob sich die Firma Drell Füssli u. Comp. die Übertragung des Blattes auf den Kläger gefallen lassen mußte, kommen daher die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts über die Wirkungen der Obligationen zur Anwendung, und hängt demnach die Befugnis des Beklagten, die weitere Erfüllung seiner vertraglichen Leistungen gegenüber Drell Füssli u. Comp. von sich aus dem Kläger zu übertragen, gemäß Art. 77 O.-R. davon ab, ob es bei der Erfüllung auf seine Persönlichkeit ankomme oder nicht. Zu den Verpflichtungen, welche der Beklagte der Firma Drell Füssli u. Comp. gegenüber durch den genannten Vertrag einging, gehörte nun vor allem die Herausgabe des Blattes selbst, und hier hatte die Firma jedenfalls ein erhebliches Interesse an der persönlichen Erfüllung durch den Beklagten. Die Prosperität und Verbreitung eines Blattes hängt bekanntermaßen ganz wesentlich von den persönlichen Eigenschaften des Verlegers, dessen Fähigkeit und Geschäftskennntnis, ab, und es ist klar, daß mit der Beliebtheit und der Verbreitung des Blattes auch dessen Eignung als Publikationsorgan in engem Zusammenhange steht; je größer die Auflage des Blattes ist, um so wirksamer wird sich seine Benutzung für Inserate erweisen, und es kann daher einem Annoncenerpeditionsgeschäft, welches an dem Ertrag der Inserate anteilsberechtiget ist, nicht gleichgültig sein, von wem das Blatt herausgegeben werde, ganz abgesehen davon, daß ein solches Geschäft, wenn es mit einem Blatte in dauernde Verbindung tritt, vor allem auch den allgemeinen Charakter desselben in Betracht zieht, welcher ebenfalls je nach der Person des Herausgebers ändern kann. Kam es demnach bei Erfüllung des in Rede stehenden Vertrages mit Drell Füssli u. Comp. auf die Persönlichkeit

des Beklagten an, so konnte sich diese Firma, sobald der Beklagte den Verlag des Blattes veräußerte, darauf berufen, daß der Vertrag nicht mehr erfüllt werde, und auch ihrerseits von demselben zurücktreten. Um dem Kläger seine Rechte aus dem Vertrag mit Drell Füssli u. Comp. zu wahren, bedurfte der Beklagte daher der Einwilligung dieser Firma. Da der Beklagte, wie bereits bemerkt, dem Kläger gegenüber zur Einräumung dieser Rechte verpflichtet war, lag es ihm ob, die Einwilligung der genannten Firma zu erwirken. Dies ist nun trotz wiederholter Mahnung des Klägers nicht geschehen, vielmehr hat sich der Beklagte ausdrücklich geweigert, auf die von Drell Füssli u. Comp. gestellte Bedingung einzugehen, indem er sich auf den irrthümlichen Standpunkt stellte, der Eintritt des Klägers in seine vertraglichen Rechte gegenüber der genannten Firma sei von der Zustimmung dieser letztern überhaupt nicht abhängig. Zu einer Fristansetzung zur nachträglichen Erfüllung war unter diesen Umständen, gemäß konstanter bundesgerichtlicher Praxis, der Kläger nicht verpflichtet, sondern durfte nunmehr vom Vertrage zurücktreten und die von ihm geleisteten Anzahlungen zurückfordern.

4. Damit fällt die Widerklage ohne weiteres dahin; dieselbe hat zur Voraussetzung, daß der Kläger den zwischen den Litiganten abgeschlossenen Vertrag nicht erfüllt habe; nun konnte aber der Beklagte den Kläger zur Erfüllung nicht anhalten, so lange er selbst sich im Verzuge befand; da nun der Kläger berechtigt war, wegen Verzugs des Beklagten vom Vertrage zurückzutreten, der Vertrag also in einem Zeitpunkte sein Ende erreichte, wo der Kläger vom Beklagten zur Erfüllung nicht angehalten werden konnte, kann auch von einer Schadenersatzforderung des Beklagten wegen Nichterfüllung des Vertrages keine Rede sein.

5. Zur Zahlung von Verzugszinsen von den erhaltenen Anzahlungen ist der Beklagte gemäß Art. 119 O.-R. von dem Momente an verpflichtet, wo er rücksichtlich der Rückerstattung in Verzug gesetzt wurde, d. h. vom Tage der Klage an; der weitergehende Anspruch, den Kläger bezüglich der Verzinsung erhebt, wäre nur unter der Voraussetzung begründet, daß der Beklagte beim Empfang der Anzahlungen in bösem Glauben sich befunden, also damals bereits gewußt hätte, daß er die Erfüllung des Ver-

trages nicht bewirken könne. Hiefür ist jedoch ein Beweis nicht geleistet.

6. Die Schadenersatzklage des Klägers setzt nach Art. 124 O.-R. den von ihm zu leistenden Nachweis eines Verschuldens des Beklagten voraus. Dieser Nachweis ist als erbracht anzusehen, da in der grundlosen Weigerung des Beklagten, die Einwilligung der Firma Drell Füssli u. Comp. zu erwirken, welche zur Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Kläger unerlässlich war, in der That ein Verschulden des Beklagten lag. Allein soweit sich der Kläger zur Begründung dieser Schadenersatzklage darauf berufen hat, daß er mit Rücksicht auf den Vertrag mit dem Beklagten mehrere günstige Offerten anderer Verleger unbenutzt gelassen habe, so ist durch die Vorinstanz thatsächlich und für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, daß nach dieser Richtung hin der Beweis eines Schadens nicht geleistet sei, indem es sich laut den vom Kläger produzierten Zuschriften dieser Verleger um bloße Anpreisungen ihrer Geschäfte gehandelt habe, aus denen ein sicherer Schluß auf deren wirklichen Ertragswert in keiner Weise gezogen werden könne. Nun fordert der Kläger allerdings im weitern noch Ersatz der Auslagen, die er im Hinblick auf die Übernahme des Intelligenzblattes gemacht habe, sowie Entschädigung für Zeitverlust, und hierüber hat sich die Vorinstanz nicht ausdrücklich ausgesprochen. Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß der Kläger, laut Feststellung der Vorinstanz, auf den 20. Juni auch seinerseits nicht erfüllungsbereit gewesen war, so daß angenommen werden muß, der Schaden, dessen Ersatz der Kläger verlangt, wäre auch eingetreten, wenn die Aufhebung des Vertrages dem Beklagten nicht zur Last fiel. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, von Zusprechung eines Schadenersatzes an den Kläger überhaupt abzusehen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 11. Juni 1897 wird bestätigt mit der Maßgabe, daß die Klagesumme vom Tage der Klage hinweg zu verzinsen ist.