

Vorgehen des Klägers ein berechtigtes Interesse hat. In gleicher Weise, weil auch der Kläger in gleicher Weise verfahren ist, kann in der Warnung vor Nachahmungen und im Gebrauche der Bezeichnung „Alleiniger Fabrikant des echten Alpenthees,“ auf welche beide Parteien gleich viel oder gleich wenig Recht besitzen, ein zum Schadenersatz verpflichtendes Verschulden nicht erblickt werden.

Dagegen ist es in der That ein Akt unlautern Wettbewerbes, unter der Bezeichnung „Karl Meißner, Sohn von Robert Meißner,“ solche Waren zu verkaufen, von denen man weiß, daß man sie unter der Bezeichnung „Karl Meißner, Nachfolger von Robert Meißner,“ nicht verkaufen darf. Übrigens beweist gerade diese Aufschrift, daß der Beklagte jene Bestimmung des „Kaufvertrages,“ wonach der Kläger allein sich als Nachfolger Robert Meißners bezeichnen darf, sehr wohl kennt. Kennt er sie aber, so ist es illoyal, sich beim Verkauf von „Alpenthee“ in einer Weise des väterlichen Namens zu bedienen, daß das Publikum an ein Nachfolgerverhältnis zwischen Vater und Sohn glauben muß. Denn daß der Beklagte den Vornamen seines Vaters nicht mit Rücksicht auf ein biographisches oder genealogisches Interesse des Kräuterthee trinkenden Publikums auf die Verpackung hat drucken lassen, liegt auf der Hand.

Aus dem Gesagten folgt sowohl, daß der Gebrauch der Bezeichnung „Sohn von Robert Meißner“ im Theehandel dem Beklagten zu verboten ist, als auch, daß er für den bisherigen Gebrauch derselben Schadenersatz zu leisten hat. Der Schaden kann indes nicht hoch bemessen werden, weil das Publikum, wenn und soweit es wirklich auf den Namen Robert Meißner Gewicht legte, die von Burkhard mit der Aufschrift „Robert Meißner“ in den Handel gebrachten Päckchen ebensogut und vielleicht noch eher für „echt“ halten mußte, als die von Karl Meißner unter Berufung auf seine Abstammung angepriesenen. Immerhin mag sich etwa einmal ein Käufer durch die Aufschrift „Sohn von Robert Meißner“ haben beeinflussen lassen und aus diesem Grunde dessen Ware eher als die des Klägers gekauft haben. Irgendwelches diesbezügliches spezielles Beweismaterial liegt jedoch nicht vor. Das Gericht schätzt in freiem Ermessen und unter Berücksichti-

gung des illoyalen Vorgehens des Beklagten die für die Vergangenheit zu gewährende Entschädigung auf 200 Fr.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

1. Die Berufung wird insoweit begründet erklärt, daß dem Beklagten verboten wird, sich im Theehandel der Bezeichnung „Sohn von Robert Meißner“ zu bedienen.

2. Wegen der bisherigen Benützung obiger Bezeichnung hat der Beklagte dem Kläger eine Entschädigung von 200 Fr. nebst 5 % Zins seit 29. März 1900 zu bezahlen.

3. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und das angefochtene Urteil bestätigt.

41. Urteil vom 22. Juli 1901 in Sachen  
Cigarrenfabrik Schöftland Weill-Hauser gegen  
Hoffmann, Eppens & Cie.

*Kauf. Regelung der gegenseitigen Erfüllung; Abruf- und Zahlungs-  
termine. Zahlungsverzug des Käufers; Art. 117 O.-R. Wirkungen  
dieses Verzuges, Art. 118 ff. O.-R. Lieferungsverzug des Ver-  
käufers.*

A. Durch Urteil vom 10. Mai 1901 hat das Handelsgericht  
des Kantons Argau erkannt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, 20 Packen Rohtabak, Djel-  
boek, Nr. 3378, M/A A/V 2, Ballen Nr. 1152—1171, welche  
sich zur Verfügung der Beklagten bei den Klägern auf Lager be-  
finden, daselbst zu beziehen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger 5452 Fr.  
90 Cts. samt Zins zu 5 % seit 10. August 1900 und 1 Fr.  
50 Cts. Betreibungskosten zu bezahlen. Dabei wird der Beklagten  
das Recht zur Prüfung und Bemängelung der Ware während  
einer Frist von 4 Wochen gewährt. In diesem Falle ist die Be-  
klagte jedoch verpflichtet, die vorgenannte Summe bis zum Ab-  
lauf der Mängelfrist gerichtlich zu hinterlegen.

3. Die Widerklage ist abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrage:

Es sei die Klage abzuweisen, die Widerklage dagegen gutzuheißen;

ganz eventuell, es sei über die Behauptung des angefochtenen Urteils betreffend das Längezeichen, bezw. seine Rolle im Tabakhandel, Beweis durch Sachverständige anzuordnen.

Der Berufungserklärung ist ein Brief des Tabak-Agenten Sichenberger an den Anwalt der Beklagten, über die Bedeutung des Längezeichens, beigelegt. In demselben ist gesagt, daß die Längen von Ernte zu Ernte und je nach der „Markt“ wechseln und daß Länge 2 oft länger ist als Länge 1, so daß Länge 2 sehr wohl auch für Bouts-Cigarren Verwendung finden könne.

C. Die Kläger haben sich innert der gesetzlichen Frist der Berufung angeschlossen und die Anträge gestellt:

a. Es sei die Klagfrist auf die Dauer von 10 Tagen, eventuell auf eine andere, immerhin nicht 4 Wochen dauernde Zeit festzusetzen;

b. es sei der Beklagten die Bewilligung, die Kaufsumme bis nach Ablauf der Klagfrist zu hinterlegen, abzusprechen.

D. In der heutigen Verhandlung beantragen die Vertreter der Parteien je Gutheißung der eigenen und Abweisung der gegnerischen Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Mit Beyletbrief vom 30. Mai 1899 sandten die Kläger der Beklagten Proben der Tabaksorte 3378 Djelboef M/A A/V 2 zu 85 Cents per  $\frac{1}{2}$  Kg., wovon sie der Beklagten 30 Ballen oder Packen offerierten. Nach verschiedenen Unterhandlungen schrieb die Beklagte den Klägern am 27. Juni 1899, sie acceptiere die ganze Partie Nr. 3378 zu 67  $\frac{1}{2}$  Cts. unter der Bedingung, daß die Kläger ihr jeweilen nur die gewünschte Anzahl Packen, die sie je nach Bedarf beziehen würde, fakturieren. Die Kläger antworteten mit Telegramm vom 29. Juni 1899, 75 sei der äußerste Preis zu den gestellten Bedingungen; hierauf telegraphierte die Beklagte am gleichen Tage den Klägern „70 ultimum“, worauf die Kläger an demselben Tage zurücktelegraphierten: „Wegen

Aussicht auf weitere Geschäfte entgegenkommend notiert.“ Mit Brief vom 30. gl. Mts. bestätigten dann die Kläger den Abschluß des Geschäftes; gleichzeitig baten sie die Beklagte, ihr mitzuteilen, auf welche Daten sie die Tabake fakturieren können. Die Beklagte ließ die Kläger ohne Antwort. Am 4. Juli 1899 sandten hierauf die Kläger der Beklagten die ersten 5 Packen, wofür sie der Beklagten Faktur im Betrage vom 668 Fr. 50 Cts. per 4. Januar 1900 stellten. Am 13. Juli schrieben die Kläger der Beklagten, in Bestätigung ihres Briefes vom 4. gl. Mts., sie nehmen an, die Beklagte sei damit einverstanden, daß sie die noch in Amsterdam lagernden 25 Packen von Nr. 3378 Djelboef M/A A/V 2 70 Cts. per  $\frac{1}{2}$  Kg. fakturieren; sie sandten demgemäß der Beklagten Faktur über 8 Packen per 13. Febr. 1900 Fr. 1077 30

„ „ 8 „ „ 13. April 1900 „ 1068 90

„ „ 9 „ „ 13. Juli 1900 „ 1143 10

Die Beklagte antwortete am 23. Juli: „Die 5 fakturierten „Packen Djelboef sind vorgestern angekommen und sind wir mit „den uns mitgeteilten Zahlungsbedingungen einverstanden.“ Mit Karte vom 19. Januar 1900 rief die Beklagte 5 weitere Ballen (1147—51) ab, und am 16. Februar gl. J. bezahlte sie die Faktur über die erste Sendung mittelst Check. Am 19. Februar ging die verlangte zweite Sendung an die Beklagte ab. Am 10. März 1900 schrieb die Beklagte den Klägern: „Die 5 Ballen Djelboef „haben wir in Empfang genommen und konstatiert nach Eröffnung von zwei Ballen, daß das Blatt kürzer ist als bei der „ersten Sendung, und schon bei der ersten Sendung war der „Tabak im Durchschnitt kürzer als Muster, was uns ziemlich „Schaden verursacht, zu französischen Sorten (Stumpen) ist er „zu kurz und für deutsche fehlt es ihm an Farben und Qualität, „haben nämlich diesen Tabak laut Muster für Stumpen bestimmt.“ Die Kläger ließen diese Beanstandung unbeantwortet, mahnten jedoch die Beklagte mit Brief vom 6. Juni 1900, daß die Bezahlung der 1077 Fr. 30 Cts. per 13. Februar 1900 und der 1068 Fr. 90 Cts. per 13. April 1900 noch ausstehe. Am 12. gl. Mts. erneuerten sie diese Mahnung, indem sie beifügten, sie hielten die betreffenden Packen auf freiem Lager zur Verfügung der Beklagten. Am 24. Juni 1900 teilte die Beklagte

den Klägern mit, sie habe wiederum probiert, mit den Djelboef Stümpfen herzustellen; das sei aber nicht gelungen; der Tabak sei nicht musterkonform ausgefallen bezüglich der Länge, weshalb sie keinen weitem mehr bezogen habe. Sie habe als Vertragsbedingung gestellt, daß sie nach Bedarf abrufen dürfe, und die Kläger haben dies angenommen, und nur „für die Form“ Termine gestellt, welche die Beklagte habe passieren lassen, in der sichern Meinung, die 30 Packen in dieser Zeit beziehen zu können; das hätte sie auch sicher gethan, wenn der Tabak nach Muster ausgefallen wäre. Die Kläger antworteten am 3. Juli 1900: „Wir gelangten in den Besitz Ihres werten Schreibens vom 24. pto., von dessen Inhalt wir bestens Vormerkung nahmen, doch nicht weiter darauf eingehen. Es scheint uns, als ob Sie jetzt nach Verlauf eines Jahres mit den Ihnen verkauften Tabaken Ausstellungen machen, resp. betreffs der Zahlung Schwierigkeiten machen wollen. Was die Zahlung der ihnen am 13. Juli 1899 fakturierten 25 Packen Djelboef angeht, so verweisen wir Sie auf Ihr Schreiben vom 23. Juli 1899, worin Sie sich mit unsern Konditionen einverstanden erklären. Wir haben die Gelegenheit dem Verein „Kreditreform“ übergeben, und werden Sie von diesem näheres hören.“ Die Beklagte erwiderte mit Brief vom 5. gl. Mts., es handle sich jetzt nicht um Zahlungen, sondern darum, daß die Kläger nicht musterkonform geliefert haben. Eventuell, wenn die Kläger es absolut verlangen, werde sie die Tabake beziehen, aber nur, wenn die Kläger annehmbare Bedingungen stellen. Wenn sie dagegen musterkonform liefern wollen, können sie sofort die ganze Partie gegen Barzahlung absenden. Am 6. Juli 1900 forderte der Verein „Kreditreform“, Bureau Amsterdam, die Beklagte zur Zahlung des Betrages von 2168 fl. 09 auf; er erneuerte diese Aufforderung am 14. gl. Mts., und am 25. gl. Mts. teilten die Kläger der Beklagten mit, sie haben die Sache nun dem Rechtsanwalt übergeben. Die Beklagte bestätigte mit Postkarte vom 27. Juli ihren Brief vom 5. gl. Mts., und fügte bei, es scheine ihr, dieser Brief hätte einer Antwort gewürdigt werden dürfen. Die Kläger antworteten am 30. Juli, sie können sich jetzt leider auf nichts mehr einlassen. Nichtsdestoweniger schlug die Beklagte den Klägern mit Brief vom 31. Juli folgendes vor: Sie werde die 5 gelieferten Ballen zum

fakturierten Preise bezahlen, für den Rest aber sei das Geschäft als aufgehoben zu erklären. Wenn dagegen die Kläger musterkonform liefern wollten, sollten sie es thun. Können sie die 20 weitem Ballen nicht musterkonform liefern, so wolle sie doch auf einen neuen Abschluß für diesen Posten eingehen, aber nur zum Preise von 60 Cts. per  $\frac{1}{2}$  Kg., zahlbar nach Lieferung der Ware. Die Kläger antworteten am 2. August 1900, sie seien fest überzeugt, daß die Ware nach Muster falle, es sei einzig und allein die Schuld der Beklagten, wenn die Tabake durch zu langes Lagern vielleicht verloren haben. Auf eine Preisreduktion können sie sich jetzt durchaus nicht mehr einlassen. Die Beklagte erwiderte unter dem 5. gl. Mts., sie beklage sich über die Länge, nicht über die Qualität des Tabakes, und auf jene könne das lange Lagern keinen Einfluß ausüben. Sie sei bereit, den ganzen Posten zu 60 Cts. zu beziehen, um die Sache gütlich zu erledigen. Sollten die Kläger hiemit einig gehen, würde sie den Betrag für die schon erhaltenen 5 Ballen (à 60 Cts.) sofort einsenden und 7 Ballen abrufen; der Rest könne in 6 Monaten geliefert werden. Sollten die Kläger dagegen hierauf nicht eingehen, so werde sie den Betrag der erhaltenen Ware einsenden, aber nicht weiter mit den Klägern verkehren. Die Kläger giengen hierauf nicht ein, und am 10. August 1900 sandte die Beklagte den Klägern zur Regulierung der zweiten Sendung einen Chek über 712 fl. Am 25. September 1900 hob dann der Schweizerische Verband „Kreditreform“ im Auftrage der Kläger gegen die Beklagte Betreibung an für den Betrag von 5452 Fr. 90 Cts. (fl. holl. 2612 80 zum Tageskurse von Fr. 208 70), nebst Zins zu 6% seit 10. August 1900. Die Beklagte schlug Recht vor.

2. Im Januar 1901 erhoben nun die Kläger gegen die Beklagte die vorliegende Klage, die die Rechtsbegehren enthält: Es sei gerichtlich zu erkennen:

1. Die beklagte Firma habe 20 Packen Rohtabak, Djelboef Nr. 3378, M/A A/V 2, Ballen Nr. 1152—1171, welche sich zur Verfügung der Beklagten bei den Klägern auf Lager befinden, daselbst zu beziehen;

2. Die beklagte Firma habe an die Kläger zu bezahlen: 5452 Fr. 90 Cts. samt Zins zu 6% seit 10. August 1900 und 1 Fr. 50 Cts. Betreibungskosten.

Die Kläger nahmen zur Begründung der Klage folgenden Standpunkt ein: Es handle sich nicht um einen eigentlichen Kauf nach Muster. Die Ware sei mustergemäß, unter den im Handel mit Rohtabak üblichen Bedingungen, wonach von einer Partie von Packen etwa der zehnte Teil der Ballen geöffnet werde, um daraus Verkaufsmuster zu ziehen, geliefert worden. Die Kläger seien ihrerseits zur Erfüllung bereit. Die Zahlungspflicht der Beklagten bestehe ohne Rücksicht darauf, ob und wann sie die verkaufte Ware beziehe, gemäß Inhalt der Fakturen vom 13. Juli 1899. Die Beklagte begründete ihren Antrag auf Abweisung der Klage wie folgt: Der Vertrag sei als Kauf nach Probe oder Muster zu bezeichnen, da der Kauf auf das Muster 3378 hin abgeschlossen worden sei. Über die Zeit der Zahlung der einzelnen Fakturen sei nichts vereinbart worden, sondern nur über deren Abruf; die Meinung sei die gewesen, daß die Beklagte nach Empfang der einzelnen Fakturen in angemessener Frist Zahlung leiste; Erfüllung Zug um Zug oder gar Vorzahlung sei nicht verstanden gewesen. Die erste und die zweite Sendung seien nicht musterkonform gewesen mit Bezug auf den wichtigen Punkt der Länge des Blattes. Die Beklagte habe das den Klägern rechtzeitig angezeigt, und im Stillschweigen der letzteren auf diese Reklamation hin sei ein Geständnis zu erblicken. Die Beklagte habe auf die zweite nicht mustergemäße Sendung hin an die Kläger das Ansinnen gestellt, musterkonform zu liefern, — in welchem Falle sie sofortigen Bezug und sofortige Bezahlung versprochen habe, — unter Androhung des Rücktrittes vom Vertrage; hiemit habe sie einen Vergleichsvorschlag verbunden. Der Vergleichsvorschlag sei von den Klägern abgelehnt worden. Das Ansinnen sei vollständig innert den Schranken der Rechte der Beklagten geblieben. Die Kläger aber haben sich durch ihr Benehmen diesem Ansinnen gegenüber nach allen Schritten in Unrecht gesetzt. Mit der Nichtsendung der Ware und der Einleitung gerichtlicher Schritte seitens der Kläger sei für die Beklagte alles erlebigt geworden. Eine Frist habe nicht angeetzt werden müssen, einmal, weil die Fakturen einen bestimmten Verfalltag hatten, sodann, weil die Kläger mit dieser teils ausdrücklicher, teils schweigender Ablehnung mustermäßiger Erfüllung die Ansetzung entbehrlich gemacht haben. Die Beklagte habe denn auch den Vertrag seit Ende August 1900

als aufgelöst betrachtet; die Kläger haben kein Recht mehr, von der Beklagten den Bezug der 20 Packen zu fordern. Wollends müsse die Klage abgewiesen werden so, wie sie gestellt sei, indem nämlich die Kläger schon zu erkennen gegeben hätten, daß sie sich zur Lieferung von Blättern in mustermäßiger Länge nicht verpflichtet erachten und nicht verpflichten können. Die von den Klägern behauptete Ujance betreffend Musterziehung bestehe für die Fabrikanten nicht; es sei auch nicht auf sie Bezug genommen worden, und sie wäre zudem ungesetzlich. Die Beklagte erhob ferner eine Widerklage mit dem Begehren, die Kläger seien ihr gegenüber zu einer Entschädigung von 500 Fr. zu verurteilen, gestützt auf Art. (50 u.) 55 D.-R. wegen des Schimpfes und der Krediterschädigung, die die Kläger ihr mit ihrer Denunziation beim Verein „Kreditreform“ angethan haben. Die Kläger haben Abweisung dieser Widerklage beantragt.

Die Vorinstanz ist zu ihrem eingangs mitgeteilten Urteile auf Grund folgender Erwägungen gelangt: Ein Kauf nach Muster liege vor. Die Marke, die die Beklagte gekauft habe, sei zweiter Länge (das bedeute das Zeichen „V 2“) gewesen. Für Bouts-Cigarren nun werde gewöhnlich erste Länge verwendet, für die Kopf-Cigarren (deutsche Fagon) dagegen zweite Länge. Die Länge sei nicht stabil, sondern variere von Ernte zu Ernte. Die Reklamation der Beklagten betreffend ungenügende Länge der Blätter sei daher ohne weiteres unbegründet: zunächst handle es sich um sogenannte Ausfallmuster, bei denen die Ware nur im allgemeinen dem Muster entsprechen müsse. Sodann habe die Beklagte Blätter zweiter Länge gekauft, von denen sie habe wissen müssen, daß sie für Bouts-Cigarren nicht gut verwendbar seien. Endlich falle die Reklamation mit Bezug auf die gelieferten 10 Ballen außer Betracht, weil sie verspätet sei und die Beklagte zudem die Ware verbraucht und bezahlt habe. Mit Bezug auf die noch nicht bezogenen 20 Ballen seien die Lieferungs- und Zahlungsbedingungen durch die Parteien bestimmt geregelt worden. Die Beklagte habe die von den Klägern gestellten Zahlungsbedingungen acceptiert; darin sei die Zahlungspflicht nicht vom Abruf und Bezug der Ware abhängig gemacht worden. Die Beklagte hätte Gelegenheit gehabt, die Ware nach Vereinbarung zu beziehen und eventuell die einzelnen Teilsendungen zu beanstanden; statt dessen

habe sie Einwendungen bezüglich der ersten zwei Sendungen gemacht, nach Ansicht des Richters einzig zu dem Zwecke, um eine Preisreduktion für die noch ausstehende Ware zu erlangen. Dieses Geschäftsgebahren der Beklagten habe die Kläger berechtigt, die Lieferung einzustellen, bzw. zuerst die Bezahlung des Kaufpreises zu verlangen. Immerhin sei der Beklagten das Rückrecht bezüglich der noch ausstehenden Waren vorzubehalten und daher die Kaufsumme zu deponieren. Die Zinsforderung sei grundsätzlich begründet, dagegen könne sie nur in der Höhe von 5 % gutgeheißen werden. Die Widerklage sei tatsächlich und rechtlich unbegründet.

3. In rechtlicher Beziehung ist zunächst festzustellen, daß die Kompetenz des Bundesgerichtes auch mit Bezug auf das anzuwendende Recht (dem einzigen Punkte, in dem sie zweifelhaft sein könnte) gegeben ist, da die Parteien sich ausdrücklich auf das eidgenössische Obligationenrecht berufen haben, dieses also als vertraglich vereinbartes Recht auf die vorliegende Streitsache Anwendung zu finden hat (da eine derartige Vereinbarung rechtlich zulässig ist), womit die Kompetenz des Bundesgerichtes nach dessen feststehender Praxis gegeben ist.

4. Sodann ist zu bemerken, daß die Erörterungen der Vorinstanz über die Bedeutung des Zeichens M/A A/V 2 für die Entscheidung des vorliegenden Falles unerheblich sind mit Ausnahme derjenigen über die Länge. Und auch in letzterem Punkte können die Erwägungen der Vorinstanz, die sie an die Bedeutung des Längezeichens knüpft, nicht angenommen werden. Es ist nämlich nicht richtig, daß die Bemängelung der Ware durch die Beklagte schon deshalb nicht zu hören sei, weil die Länge 2 überhaupt für Bouts-Cigarren nicht Verwendung finden könne. Die Bemerkung der Beklagten, die gelieferte Länge sei für Bouts nicht verwendbar, stellt sich nämlich nur als weitere Ausführung der Mängelrüge dar, die für deren Richtigkeit ohne Bedeutung ist; die Kläger hatten „V 2“ zu liefern ohne Rücksicht darauf, wozu die Beklagte den Tabak verwenden wollte. Auf die vom Vertreter der Beklagten mit der Berufungserklärung eingelegte Kritik der sachverständigen Ausführungen der Vorinstanz über die Bedeutung des Längezeichens dagegen kann nicht eingetreten werden, da diese Kritik

als neues Beweismittel erscheint, das gemäß Art. 80 Org.-Ges. ausgeschlossen ist. Im übrigen ist überhaupt diese ganze Frage für den Entscheid über die Begründetheit oder Unbegründetheit der Klage unerheblich.

5. Ohne Bedeutung ist sodann für die Entscheidung des Prozesses die weitere Frage, ob der fragliche Kauf als eigentlicher Kauf nach Muster, oder als Kauf nach bloßem sog. Ausfallmuster anzusehen sei. Wenn eine bestimmte Blattlänge als wesentliche Eigenschaft der Ware vereinbart war, ist klar, daß die Kläger diese Länge zu liefern hatten; auch beim Kauf nach Ausfallmuster muß die Ware dem Muster im Allgemeinen entsprechen. Von Bedeutung wäre jene Frage nur, wenn über die Verteilung der Beweislast zwischen den Parteien Streit bestünde; das ist jedoch nicht der Fall, vielmehr haben die Kläger anerkannt, daß sie die mustergemäße Lieferung zu beweisen haben.

6. Die erste, für die Entscheidung des Falles erhebliche Differenz zwischen den Parteien betrifft die Bedeutung des Ausdruckes „Zahlungsbedingungen“ im Briefe der Beklagten vom 23. Juli 1899 und damit den Inhalt des Vertrages mit Bezug auf die Art und Weise der gegenseitigen Erfüllung selbst. Während die Kläger die Auffassung vertreten, mit den Briefen vom 13. und 23. Juli 1899 seien Zahlungstermine vereinbart worden, ist die Beklagte der Ansicht, der Ausdruck „Zahlungsbedingungen“ erscheine nur irrümlich oder ungenau an Stelle des Ausdruckes „Abrustermine“; nur letztere, nicht aber Zahlungstermine seien vertraglich festgesetzt worden. Bei der Betrachtung der Korrespondenz ergibt sich nun in diesem Punkte folgendes: Im Briefe vom 27. Juni 1899 offerierte die Beklagte Abnahme der Ware unter der Bedingung, daß sie jeweilen nach Bedarf Packen abrufen könne; sie schlug also die Vereinbarung von Abrusterminen vor. Die Kläger gingen hierauf ein mit Telegramm vom 29. Juni. Am 30. gl. Mts. ersuchten dann die Kläger die Beklagte um Mitteilung der Termine, auf welche sie die Ware fakturieren können, und als die Beklagte sie hierauf ohne Antwort ließ, sandten die Kläger ihr am 13. Juli die Fakturen für die damals noch nicht bezogenen Packen. Mit diesen Fakturen erklärte sich alsdann die Beklagte einverstanden, d. h.

also auch mit den Terminen, auf welche die Ware fakturiert war. Zweifelsohne war sie hiebei der Meinung, sie werde die Ware jeweilen bis zum betreffenden Termine beziehen; allein dieser Beweggrund ihres Einverständnisses hindert nichts daran, daß in der That Zahlungsstermine vereinbart worden sind. Die Beklagte hatte also den Kaufpreis jeweilen auf die betreffenden Termine zu entrichten. Durch die Vereinbarung dieser Termine war insofern eine Änderung im ursprünglichen Verhältnisse getroffen worden, wonach die Beklagte ganz beliebig „nach Bedarf“ hätte abrufen können, als die Beklagte nun auch auf jene Termine abrufen mußte, falls sie nicht in die Lage kommen wollte, vorleisten zu müssen.

7. Mit diesen Erörterungen ist festgestellt, daß sich die Beklagte in Zahlungsverzug versetzt hat. Denn einer Mahnung der Kläger bedurfte es wegen der Verabredung eines bestimmten Zahlungsstermines nicht (Art. 117 Abs. 2 D.-R.). Es fragt sich weiter, ob das Verhalten der Kläger diesem Zahlungsverzuge gegenüber den vertraglichen und gesetzlichen Pflichten des Verkäufers und der Rechtsordnung überhaupt entsprach. Nach Art. 118 ff. D.-R. geht nun die Wirkung des Verzuges des Schuldners dahin, daß seine Haft gesteigert wird, daß Verzugszinsen zu laufen beginnen, und daß der Schuldner zum Ersatze allfälligen, durch die Verzugszinsen nicht gedeckten weiteren Schadens verpflichtet wird. Bei zweiseitigen Verträgen kann ferner derjenige Teil, der selber erfüllt hat, beim Verzuge des andern Teils, vom Vertrage zurücktreten, jedoch — ausgenommen im Falle des Firgeschäfts — nur nach vorheriger Fristansetzung. Und nach Art. 95 D.-R. muß bei zweiseitigen Verträgen derjenige, der den andern Teil zur Erfüllung anhalten will, „entweder bereits erfüllt haben, oder die Erfüllung anbieten, außer wenn er nach dem Inhalte oder der Natur des Geschäftes erst später zu erfüllen hat.“ Hieraus ergibt sich, daß die Kläger nicht ohne weiteres die Erfüllung seitens der Beklagten verlangen konnten, sondern daß sie selbst ihrerseits die Erfüllung, d. h. die Lieferung, gehörig anzubieten hatten. Das haben sie nun nicht gethan. Sie haben vielmehr zunächst lediglich Abnahme der „auf Freilager befindlichen“ Ware und Bezahlung der verfallenen

Fakturen verlangt, nachdem sie die Bemängelung der zweiten Sendung überhaupt unbeantwortet gelassen hatten. Mit Brief vom 12. Juni 1900 teilten sie dann freilich der Beklagten mit, sie halten die Ballen zu ihrer Verfügung; allein hierin kann eine gehörige Anbietung vertragsgemäßer Erfüllung nicht erblickt werden. Im weitem aber haben sie einfach erklärt, sie lassen sich auf nichts mehr ein, obschon die Beklagte mehrfach vertragsgemäße Erfüllung verlangt und für diesen Fall ihrerseits die Zahlung angeboten hatte. Mit diesem Vorgehen haben sich die Kläger über die Schranken ihres Rechtes hinweggesetzt und sind sie ihrerseits in Lieferungsverzug geraten.

8. Fragt sich nun, wie bei dieser Sachlage über die vorliegende Klage zu entscheiden ist, so ergibt sich folgendes: Mit dem ersten Klagebegehren verlangen die Kläger Bezug, Abnahme der Ware, und zwar in Amsterdam; mit dem zweiten Klagebegehren Bezahlung des Kaufpreises samt Zinsen und Betreibungskosten. Nun ist richtig, daß der Käufer verpflichtet ist, die gekaufte Sache anzunehmen, sofern sie ihm vom Verkäufer vertragsgemäß angeboten wird (Art. 260 D.-R.); der Verkäufer hat daher auch das Recht, auf Abnahme der Ware zu klagen. Allein hiezu gehört, wie bemerkt, die vertragsgemäße Anbietung der Ware; und da sich nun die Kläger im Lieferungsverzuge befinden, könnte es sich fragen, ob nicht die Klage so, wie sie gestellt ist, abgebrachtermaßen abzuweisen sei. Indessen haben die Kläger in der Klage ihre Erfüllungsbereitschaft ausdrücklich erklärt, und Klagebegehren 1 geht der Begründung nach mehr auf Haltung des Kaufes. Hiezu ist die Beklagte verpflichtet, da der Lieferungsverzug der Kläger ihr kein Recht zum sofortigen Rücktritt gab. Die Rechte der Beklagten sind genügend gewahrt, wenn ihr Prüfungs- und Bemängelungsrecht ausdrücklich vorbehalten und Klagebegehren 1 unter der Bedingung zugesprochen wird, daß die Kläger vertragsgemäß liefern (vgl. Dernburg, Preussisches Privatrecht, Bb. II, 5. Aufl., S. 113 bei Anm. 6). Dagegen kann das erste Klagebegehren nicht gutgeheißen werden, sofern damit Bezug der Ware in Amsterdam gefordert wird; die Kläger sind vielmehr zur Versendung der Ware verpflichtet, und das Prüfungs- und Rückerecht ist von der Beklagten am Empfangs-

orte auszuüben, nicht am Versendungsorte. Dahin ging der Inhalt des Vertrages, und hieran hat der Zahlungsverzug der Beklagten nichts geändert. Ebenso ist Klagebegehren 2 unter der Bedingung der vertraglichen Lieferung und mit dem Vorbehalte des Prüfungs- und Rügerechtes der Beklagten zuzusprechen, soweit es auf Zahlung des Kaufpreises geht. Für die von der Vorinstanz angeordnete Deponierung des Kaufpreises dagegen besteht eine gesetzliche Grundlage nicht. Auch kann das Rüge-recht nicht auf 4 Wochen, sondern nur auf die gesetzliche, bzw. geschäftsübliche Frist ausgedehnt werden. Zinse können von den Klägern nicht gefordert werden, da sie sich selber im Lieferungs-verzug befinden; ebensowenig ist die Beklagte zur Bezahlung der Betreibungskosten verpflichtet, weil die Kläger ihrerseits die Er-füllung nicht gehörig angeboten haben.

9. Die Widerklage ist abzuweisen. Die bloße Mahnung und Betreibung durch den Verein „Kreditreform“ stellt sich nicht als unerlaubte Handlung dar; und daß die Kläger etwas weiteres gegen die Beklagte unternommen hätten, das sich als Schimpf und Kreditbeschädigung qualifizieren würde, ist nicht bewiesen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, 20 Packen Rohtabak, Djel-boek Nr. 3378, M/A A/V 2, Ballen Nr. 1152—1171, welche sich zu ihrer Verfügung bei den Klägern auf Lager befinden, zu beziehen.

2. Die Beklagte ist verpflichtet, an die Kläger 5452 Fr. 90 Cts. zu bezahlen, unter der Bedingung, daß die Kläger ver-tragsgemäß liefern, und unter dem Vorbehalte des Prüfungs- und Rügerechtes während der gesetzlichen oder geschäftsüblichen Frist.

3. Die Widerklage wird abgewiesen.

## 42. Urteil vom 20. September 1901 in Sachen Danuser gegen Schenk.

**Ungerechtfertigte Bereicherung. Art. 70 ff. O.-R. — Kauf einer grundversicherten Forderung (Cession). Eidgenössisches und kantonales Recht; Art. 198 O.-R. Gegenstand der Abtretung; Un-möglichkeit der Erfüllung durch den Abtretenden; Begründet-erklärung des Rückforderungsanspruches.**

A. Durch Urteil vom 30. April 1901 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erlannt:

Dem Kläger ist sein Klagsbegehren im geforderten Hauptbe-trage von 8000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 4. Februar 1899 zugesprochen, mit seiner weitergehenden Zinsforderung ist der Kläger abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrage: Die Klage sei in Aufhebung des angefoch-tenen Urteils abzuweisen.

C. In der heutigen Verhandlung erneuert und begründet der Vertreter des Beklagten diesen Berufungsantrag.

Der Vertreter des Klägers trägt auf Bestätigung des ange-fochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der vorliegende Prozeß beruht auf folgendem Sachverhalt: Durch Bauvertrag vom 20. Januar 1896 übertrug der Be-klagte Cassisch Danuser in Bern den Bauunternehmern Stettler & Jenni daselbst die Erstellung eines Wohn- und Geschäfts-gebäudes nach aufgestellten Plänen und Baubeschreibung auf einem von ihm erworbenen Stück Land (Parzelle Nr. 322 Z) im Breitenrainquartier in Bern. Nach diesem Vertrage sollte das betreffende Gebäude bis zum 20. Oktober 1896 fertig erstellt sein bei einer Konventionalstrafe von 20 Fr. für jeden Tagerspätung. Kurze Zeit hernach trat der Beklagte mit der Kollektiv-gesellschaft Joh. Schenk's Söhne in Bern — der Rechtsvor-gängerin des heutigen Klägers — in Unterhandlungen betreffend