

combustible vert ou humide ou dégageant des émanations anormalement désagréables ».

La défenderesse a recouru en réforme contre cet arrêt en reprenant ses conclusions libératoires.

Statuant sur ces faits et considérant
e n d r o i t :

L'instance cantonale a estimé que les inconvénients dont se plaint la demanderesse sont réels et qu'ils dépassent les limites de la tolérance réciproque que se doivent les voisins. Cette appréciation des circonstances de fait n'est entachée d'aucune erreur de droit et le Tribunal fédéral peut s'y rallier. Mais le moyen qu'a imaginé la Cour de Justice pour remédier à cet état de choses est pratiquement inutilisable, car il donnerait lieu à d'incessantes difficultés d'exécution et, loin de rétablir une situation normale, il rendrait les rapports de voisinage plus pénibles encore qu'ils ne le sont actuellement. Ainsi que le fait observer la recourante, la direction du vent échappe dans une mesure presque complète aux prévisions et est sujette à de brusques variations ; ignorant si, le jour où elle se propose d'allumer le fourneau, le vent soufflera du nord, la défenderesse ne pourra pas faire utilement ses préparatifs de lessive ; si, après avoir fait le feu, le vent se lève, elle devra ou interrompre sa lessive ou s'exposer aux réclamations que la demanderesse, armée du jugement, ne manquera pas de lui faire ; des discussions irritantes s'engageront fatalement sur la question de savoir si le vent vient du nord, si le bois est suffisamment sec, si l'odeur de la fumée est « anormalement » désagréable, etc. Bref, la décision de l'instance cantonale ne résoudrait pas le conflit, elle l'envenimerait.

D'autre part, la seule mesure utile qu'on pourrait substituer à celle proposée par l'arrêt attaqué se heurte à l'opposition de la demanderesse. L'expert constate qu'il ne servirait à rien de déplacer le fourneau, comme le voudrait dame Meyer de Stadelhofen, et qu'à moins

de le supprimer complètement — ce qui n'a pas été exigé et ce qui ne pourrait être accordé, — il n'y a pas d'autre remède efficace que la surélévation de la cheminée. La défenderesse se déclare prête à faire exécuter ce travail et c'est la demanderesse qui s'y refuse : elle ne peut donc s'en prendre qu'à elle-même si les émissions de fumée continuent et puisque — pour des motifs dont seule elle est juge — elle ne veut pas de l'unique moyen qui existe de faire cesser l'inconvénient signalé, elle ne saurait exiger d'autres mesures qui sont inefficaces ou vexatoires.

Quant à la demande d'indemnité, elle doit être écartée soit à raison des considérations qui précèdent, soit aussi parce qu'aucun dommage matériel n'a été prouvé.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
p r o n o n c e :

Le recours est admis et l'arrêt attaqué est réformé en ce sens que la demande est déclarée mal fondée.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

34. Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. Mai 1916
i. S. Compagnie Suisse pour la Fabrication des Chocolats
et des Cacaos, Klägerin, gegen B. Kahn, Beklagten.

Kauf: Recht des Käufers zur Spezifikation der gekauften Ware; Uebergang auf den Verkäufer im Verzugsfalle. — Selbsthilfeverkauf nach Art. 93 OR. Ist Chokolade eine « dem Verderben ausgesetzte Sache »? Natur des Selbsthilfeverkaufs; Pflicht des Verkäufers zur Wahrung der Interessen des säumigen Käufers. —

Ort des Selbsthilfeverkaufes. — Die vom Selbsthilfeverkäufer ersteigerte Ware kann Gegenstand einer von ihm geschuldeten weiteren Lieferung und eines dies betreffenden neuen Selbsthilfeverkaufes bilden. — Garantie für Ausführbarkeit, für Qualität und für Gewicht der Ware; inwiefern vom Selbsthilfeverkäufer zu übernehmen? — Mangelhaftigkeit des Verfahrens beim Selbsthilfeverkaufe hat eine ihrer schädigenden Wirkung entsprechende Kürzung des Kaufpreisanspruches gegen den säumigen Käufer zur Folge. Bemessung dieses Anspruches im gegebenen Falle.

Die Klägerin, die Compagnie Suisse pour la fabrication des Chocolats et Cacaos in Lugano hat am 7. Dezember 1914 dem Beklagten Berthold Kahn in Basel einige Wagenladungen diverser Chokoladen, «Ausfuhrverbot vorbehalten», angeboten, und es führten die nachherigen Unterhandlungen, namentlich ein Brief der Klägerin vom 21. Dezember, die Antwort des Beklagten darauf vom 22. und eine Erwiderung der Klägerin vom 23. d. M. zu folgender vertraglicher Einigung: Die Klägerin verkaufte dem Beklagten 2 Waggons von je 10,000 kg netto Chokolade in Tabletten, jeder enthaltend: 9000 kg Blockchokolade zu 2 Fr. 30 Cts. und 1000 kg fondant Chokolade zu 3 Fr. 20 Cts. das kg. Hinsichtlich der 1000 kg sollte der Beklagte zur Spezifikation der von ihm gewünschten besondern Warenart (ob Milch- oder extra fondant Chokolade usw. und in welchem Verhältnisse) berechtigt sein. Der erste Wagen war Anfang und der zweite Mitte Januar 1915 zu liefern. Die Zahlung hatte «netto Kassa» zu erfolgen bei Auslieferung der Ware in Basel durch den Spediteur der Klägerin. Bei der Bezahlung des ersten Wagens war ein Betrag von 2000 Fr. abzuziehen, den der Beklagte schon am 8. Dezember 1914 der Klägerin als Anzahlung übermacht hatte. Bei Empfang der Faktur für den ersten Wagen war eine weitere Anzahlung von 2000 Fr. für die zweite Sendung zu leisten. Im Falle, dass ein schweizerisches Ausfuhrverbot für Chokolade erlassen würde, sollte der Beklagte nicht mehr zum Bezuge der Ware verpflichtet sein, sondern lediglich

die Hin- und Rückfracht von der Grenze für eventuell bereits unterwegs befindliche Partien zu tragen haben.

Am 12. Januar zeigte die Klägerin dem Beklagten an, dass der erste Wagen abgerollt sei, und übermittelte ihm die zugehörige, auf zusammen 24,079 Fr. 20 Cts. lautende Faktur, (hinsichtlich der Milchchokolade lag eine Gewichtsüberschreitung von 56 kg vor, so dass sich der Preis um 179 Fr. 20 Cts. höher stellte). Gleichzeitig ersuchte die Klägerin den Beklagten, die für den zweiten Wagen noch fehlende Einteilung der 1000 kg feiner Chokolade zu machen. Der Beklagte entsprach diesem Ersuchen nicht und ebenso nicht dem wiederholten Begehren der Klägerin, die Anzahlung von 2000 Fr. für den zweiten Wagen zu leisten. Vielmehr erklärte er am 19. Januar, dass es ihm infolge der eingetretenen schlechten Geschäftslage im Chokoladeverkauf unmöglich sei, Dispositionen für den zweiten Wagen zu geben.

Als der erste Wagen in Basel eintraf, nahm ihn der Beklagte nicht an. Die Klägerin setzte ihm zur Annahme Frist bis zum 25. Januar an, worauf der Beklagte am 26. Januar erklärte, er betrachte den Kaufvertrag hinsichtlich beider Wagen als aufgehoben, weil die für die Aufhebung vertraglich vorgesehene Bedingung, der Erlass eines Ausfuhrverbotes, nunmehr eingetreten sei. Demgegenüber wies die Klägerin eine generelle Ausfuhrbewilligung vor. Der Beklagte verlangte statt deren eine Garantierung der Ausführbarkeit, worauf die Klägerin am 9. Januar antwortete: Sie sei auch jetzt noch bereit, die Ausfuhrbewilligung zu erwirken; der Beklagte brauche bloss den Wagen anzunehmen und den Abnehmer in Deutschland zu nennen. Trotzdem beharrte der Beklagte auf seiner Annahmeverweigerung. Am 13. Februar wurde auf Betreiben der Klägerin die erste Sendung in Anwesenheit des Beklagten von amtlichen Sachverständigen geprüft, die feststellten, dass die Ware der Faktur entsprechend, marktgängig und preiswürdig sei. Am 13. März bewilligte das Dreiergericht der Klägerin die öffentliche

Versteigerung des ersten Wagens. Sie wurde am 15. März vollzogen, wobei die Klägerin selbst die Ware für 17,220 Fr. 50 Cts. erwarb. Laut einer Bescheinigung des des Gantbeamten (vom 15. Mai 1915) wurde die Sendung « brutto für netto » und « ohne Garantie für Ausfuhr und ohne Garantie für Qualität und Gewicht » vergantet. Die Klägerin erhielt den Steigerungserlös ausgehändigt, unter Abzug von 2000 Fr., die bei der Zivilgerichtsschreiberei hinterlegt blieben.

Hinsichtlich des zweiten Wagens hatte unterdessen die Klägerin dem Beklagten am 12. März erklärt, dass sie nach vergeblicher Aufforderung die Einteilung der 1000 kg feiner Chokolade selbst vornehmen und dass der Wagen am 22. März an den Beklagten abgehen werde. Am folgenden Tage gab sie ihm von der vorgenommenen Einteilung Kenntnis. Am 23. März sicherte sie ihm die Exportierbarkeit in gleicher Weise wie für den ersten Wagen zu. Am 25. März übersandte sie ihm die Faktur für den zweiten Wagen, mit gleicher Gewichts- und Preisberechnung wie beim ersten. Am 27. März stellte sie den zweiten Wagen — der identisch war mit dem von der Klägerin ersteigerten ersten — dem Beklagten zur Verfügung. Dieser lehnte die Annahme ab, indem er unter Berufung auf die Identität mit dem ersten Wagen geltend machte, dass er der Bestellung nicht entspreche und dass für versteigerte Ware keine Ausfuhrbewilligung erteilt werde. In letzterer Beziehung anerbot sich die Klägerin nochmals am 3. April zur Aushändigung aller nötigen Ausfuhrdokumente. Nach unbenutztem Ablauf einer dem Beklagten gesetzten Bezugsfrist erwirkte die Klägerin vom Dreiergericht eine neue Versteigerungsbewilligung und die Sendung wurde am 8. Mai netto, aber wiederum unter Ausschliessung der Garantie wie bei der ersten Gant, zum Preise von 13,837 Fr. 16 Cts. versteigert.

Im nunmehrigen Prozess hat die Klägerin als Verkäuferin die Begehren gestellt: 1. Der Beklagte habe ihr die Mindererlöse der beiden Sendungen im Verhältnis zu den

Kaufpreisen (6858 Fr. 70 Cts. und 10,242 Fr. 04 Cts.), abzüglich der Preisanzahlung von 2000 Fr., nebst Verzugszins zu 6 % von den Kaufpreisen seit der Verfügungsbereitschaft bis zum Verkauf der Ware (199 Fr. 65 Cts. und 158 Fr.), zusammen 15,458 Fr. 39 Cts. zu bezahlen und dazu Zins zu 6 % von jenen beiden Mindererlösen, abzüglich der Anzahlung, seit dem betreffenden Verkauf (15. März und 8. Mai 1915). 2. Die bei der Gerichtskasse zurückbehaltenen 2000 Fr. seien an die Klägerin auszuzahlen und der Beklagte habe der Klägerin von diesem Betrage Zins zu 6 % seit dem 15. März 1915 zu vergüten. 3. Der Beklagte habe der Klägerin die ihr aus seinem vertragswidrigen Verhalten vor Beginn des Prozesses entstandenen Kosten von 1395 Fr. 35 Cts. (319 Fr. 10 Cts. Lagergebühren, 335 Fr. 65 Cts. Versteigerungskosten, 45 Fr. 55 Cts. Gerichts- und 695 Fr. 05 Cts. Anwaltskosten) zu vergüten nebst Zins seit dem 31. Mai 1915 (Anhebung der Betreibung). Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten.

Der Beklagte hat auf Abweisung der Klage angetragen und zur Begründung zunächst eine Anzahl Einwendungen erhoben, die er dann vor Bundesgericht und im wesentlichen auch schon vor der zweiten kantonalen Instanz hat fallen lassen (dass die gelieferte Ware nicht bestellungsgemäss gewesen sei, dass der Beklagte sie nicht habe besichtigen können und dass sie ihm daher ungenügend angeboten worden sei, weshalb kein Annahmeverzug vorliege, dass ein am 22. Januar 1915 erlassenes Ausfuhrverbot den Vertrag aufgelöst habe usw.). Im Streite dagegen liegt noch die Einwendung, die abgehaltenen Selbsthilfeverkäufe seien aus verschiedenen, unten zu erwähnenden Gründen ungültig und dadurch eine Er satzpflicht des Beklagten dahingefallen.

Die Vorinstanz hat mit Urteil vom 8. März 1916 die Klagebegehren 1 und 3 in dem einheitlichen Betrage von 10,000 Fr. nebst Verzugszins zu 6 % seit dem 31. Mai 1915 (Anhebung der Betreibung) gutgeheissen, der Klägerin

ferner den durch das Klagebegehren 2 verlangten Zins betreffend die hinterlegten 2000 Fr. zugesprochen und erkannt, dass diese Hinterlage an die Klägerin auszahlen sei.

In der Berufungsinstanz beantragt die Klägerin gänzlichen Schutz, der Beklagte gänzliche Abweisung der Klage. In eventueller Weise verlangen beide Parteien Aktenvervollständigung.

2. — In Frage steht vor Bundesgericht nur noch, ob die Bemängelung der beiden Selbsthilfeverkäufe durch den Beklagten begründet sei, und, soweit dies zu bejahen ist, ob solches zur Abweisung oder allfälliger Herabsetzung der Klageansprüche führe.

3. — Was zunächst die durch Art. 93 OR geforderten Voraussetzungen für die Zulässigkeit der zwei Verkäufe anlangt, so kann dahingestellt bleiben, ob darüber das Dreiergericht als die für ihre Bewilligung zuständige Amtsstelle endgültig zu entscheiden gehabt habe, wie die Vorinstanz annimmt, oder ob der Richter, der nun im ordentlichen Prozess über die Ansprüche aus dem streitigen Kaufvertrag zu urteilen hat, ein Nachprüfungsrecht besitze (ähnlich wie nach geltender Rechtsprechung der ordentliche Richter auch über die Gültigkeit der richterlichen Fristansetzung nach Art. 107 OR selbständig erkennen kann). Jedenfalls sind hier die Voraussetzungen für die Bewilligung der Verkäufe wirklich vorhanden gewesen: Der Beklagte hat sich hinsichtlich beider Wagenladungen im Annahmeverzug befunden, in Betreff der ersten seit dem 13. Februar 1915, an welchem Tage ihm bei Anlass der Expertise die Möglichkeit auch einer Prüfung der bereits vorher angebotenen Ware gewährt wurde, in Betreff der zweiten seit dem 27. März d. J., an welchem Tage die Klägerin ihm die Sendung, ebenfalls mit Ermöglichung ihrer Prüfung, zur Verfügung stellte. Der Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass er bei dieser zweiten Lieferung das ihm vertraglich zustehende Recht der Spezifikation einer

Partie der Ware nicht ausgeübt habe. Trotz richtiger Aufforderung der Klägerin hatte er seinerzeit die Spezifikation nicht vorgenommen und dadurch im Sinne von Art. 91 OR eine ihm obliegende « Vorbereitungshandlung » unterlassen, wodurch er laut dieser Bestimmung in Verzug gekommen ist. Unter solchen Umständen aber muss, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, das Recht zur Spezifikation vom säumigen Gläubiger auf den Schuldner übergehen. Ausdrücklich sieht das OR diesen Uebergang freilich nicht vor (wie das deutsche HGB in § 375). Aber er entspricht seiner Regelung des Gläubigerverzuges, im besondern dem Art. 91. Ohne ihn müsste der Schuldner gegen den Gläubiger auf Spezifikation klagen und er würde dadurch, meistens aus reiner Renitenz des Gläubigers, auf längere Zeit hinaus unbilliger Weise verhindert, seiner Erfüllungspflicht ungesäumt Genüge zu tun und die zu seiner Entlastung dienenden Vorkehrungen (Hinterlegung und allfälliger Selbsthilfeverkauf) zu treffen. Berechtigte Interessen des säumigen Gläubigers werden durch die Ausschaltung des Prozessweges nicht verletzt, da es sich lediglich um die Bewirkung einer Erklärung handelt, die er selbst abzugeben hat. Was er vernünftiger Weise verlangen kann, ist vielmehr, dass bei Beurteilung der Frage, ob er wirklich mit seiner Spezifikationserklärung in Verzug gewesen sei, seine Lage und seine Interessen gebührend berücksichtigt werden. Endlich treffen die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Selbsthilfeverkaufes auch insofern zu, als man es mit einer « dem Verderben ausgesetzten Sache » nach Art. 93 OR zu tun hat. Es erscheint dies als ausgewiesen auf Grund der Ausführungen des Vorentscheidenden, wonach Chokolade in Originalpackung durch längeres Lagern mindestens ihr frisches Aussehen verliere, was ihre Verkäuflichkeit beeinträchtigt, und wonach die Klägerin mit einer längeren Lagerung habe rechnen müssen. Diese tatsächliche Würdigung ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Unter solchen Umständen lässt sich auch der Antrag des Be-

klagten nicht gutheissen, über diesen Punkt (auf dem Wege der Rückweisung an die Vorinstanz oder allfällig durch das Bundesgericht selbst) noch einem Sachverständigenbeweis zu erheben.

4. — Der Beklagte bemängelt sodann die beiden Selbsthilfeverkäufe auch als solche, nach Verfahren und Inhalt. Demgegenüber kann die Klägerin nicht geltend machen, die Durchführung der Verkäufe sei Sache des Gantbeamten gewesen und er habe diesem nichts darüber vorzuschreiben gehabt. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass beim Selbsthilfeverkauf der Steigerungsbeamte nicht unabhängig vom Willen der Parteien, lediglich auf Grund gesetzlicher oder instruktioneller Vorschriften und ergänzungsweise des eigenen Ermessens, handelt, wie etwa bei der Zwangsversteigerung, wo das Exekutionsobjekt nach den vollstreckungsrechtlichen Normen dem Vermögen des Schuldners entzogen wird. Seine Aufgabe besteht hier in der amtlichen Mitwirkung bei einem Verkaufe, der auf Grund eines andern schon vorhandenen Kaufvertragsverhältnisses und zum Zwecke seiner Liquidation in privatrechtlicher Form zwischen dem bisherigen Verkäufer und einem neuen Käufer abzuschliessen ist. Hiernach muss der Beamte auf dieses zu Grunde liegende privatrechtliche Verhältnis und den Willen der dabei Beteiligten Rücksicht nehmen. Von den letztern kommt besonders der Schuldner und bisherige Verkäufer in Betracht, der die Vornahme des Selbsthilfeverkaufers betreibt und damit ein ihm gesetzlich eingeräumtes Recht ausübt. Seinerseits hat der Verkäufer bei der Ausübung dieses Rechtes neben seinen eigenen auch die Interessen des Gläubigers und säumigen Käufers in guten Treuen zu wahren (vgl. STAUB, Kommentar zum deutschen Handelsgesetzbuch, 9. Aufl. Bd. II S. 555), also namentlich in gebührender Weise das für die Erzielung eines hohen Steigerungserlöses Erforderliche zu veranlassen, da der Erlös an die Stelle des versprochenen Kaufgegenstandes tritt. Insofern liegt ein der

negotiorum gestio entsprechendes Verhältnis vor. Zur Wahrung der Interessen des Gläubigers gehört besonders, dass der verkaufende Schuldner dem Beamten die nötigen Weisungen für die Aufstellung zweckdienlicher Verkaufsbedingungen erteilt. Diese Bedingungen brauchen sich freilich inhaltlich mit denen des ursprünglichen Kaufvertrages nicht zu decken und es können zu Gunsten des Selbsthilfeverkäufers bestimmte Erleichterungen in Hinsicht auf die Natur und den Zweck des Selbsthilfeverkaufes und eingetretene Veränderungen der Sachlage zulässig sein. Wie die Bedingungen des nähern beschaffen sein müssen, lässt sich nur von Fall zu Fall nach Abwägung der Interessen beider Teile bestimmen.

5. — Beurteilt man von diesen Erwägungen aus im einzelnen die gegen die zwei Verkäufe erhobenen Bemängelungen, so erweist sich zunächst die den Ort der Versteigerung betreffende als unbegründet (abgesehen von der Frage, ob nicht dieser Punkt schon durch den Richter, der die Steigerung bewilligte, endgültig erledigt worden sei). Der Beklagte behauptet, die Ware hätte statt in Basel in Deutschland versteigert werden sollen, und macht dafür geltend, er habe sie dahin ausführen wollen. Dieser Grund ist rechtlich unerheblich, da es auf einen spätern Bestimmungsort der Ware, der für die Abwicklung des Kaufvertrages ausser Betracht fällt, nicht ankommen kann. Andererseits ist Basel sowohl Erfüllungs-ort als der Ort, wo sich die Ware bei der Annahmeverweigerung befunden hat, welch' beide Momente für die dortige Vornahme des Selbsthilfeverkaufes sprechen OSER, Kommentar zum OR Art. 93 Anm. 4, a und STAUB, a. a. O. S. 556 Anm. 41).

Mit Unrecht will ferner die Gültigkeit im besondern des zweiten Verkaufes wegen Identität des Kaufgegenstandes mit dem des ersten bezweifelt werden. Die Klägerin hat weder gesetz- noch vertragswidrig gehandelt, indem sie die von ihr verkaufte erste Wagenladung beim ersten Selbsthilfeverkauf ersteigerte, um sie

dann als zweite zu liefernde Ladung anzubieten, und indem sie darauf nach eingetretenem Annahmeverzug hinsichtlich ihrer neuerdings vom Rechte des Selbsthilfeverkaufes Gebrauch machte. Der erste Wagen war mit seiner Versteigerung durch den Erlös ersetzt worden und die Klägerin konnte nunmehr darüber gleich frei verfügen, wie irgend ein anderer Ersteigerer es hätte tun können. Sie konnte ihn so gut wie sonstige Ware als Gegenstand der ihr obliegenden weitem Lieferung verwenden, sofern er noch von vertragsgemässer Beschaffenheit war. Nun erklärt jedoch die Vorinstanz, es müsse nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge angenommen werden, dass das Alter der schon am 12. Januar ab Fabrik versandten Ware ihrer Verkäuflichkeit etwelchen Eintrag getan habe. Diese tatsächliche Würdigung ist für das Bundesgericht massgebend und die auch in diesem Punkte von der Klägerin verlangte Aktenergänzung nicht gerechtfertigt. Dass dieser geringfügige Mangel die Empfangbarkeit des zweiten Wagens unberührt gelassen hat, steht ausser Frage. Alsdann aber konnte der Mangel auch nicht die Zulässigkeit des wegen Annahmeverweigerung der Ware angebehrten Selbsthilfeverkaufes ausschliessen.

Was sodann im besondern die Steigerungsbedingungen anlangt, so lässt sich zunächst der Behauptung des Beklagten nicht beipflichten, die Klägerin hätte mit Garantie für die Ausfuhr verkaufen sollen. Einmal hat die Klägerin eine solche Garantie — dem Käufer für die allfälligen Folgen der Nichtausführbarkeit aufzukommen — keineswegs vertraglich übernommen, sondern dem Beklagten lediglich für den Fall des Erlasses eines schweizerischen Ausfuhrverbotes das Recht des Vertragsrücktrittes gewährt. Dass auch dem Selbsthilfeverkäufer dieses Recht hätte zugesagt werden sollen, macht der Beklagte nicht geltend und in der Tat würde eine solche Zusage dem Zwecke des Selbsthilfeverkaufes zuwiderlaufen, dem Verkäufer die durch die Annahmeverweigerung verhinderte Erfüllung rasch zu ermöglichen. Frei-

lich hat die Klägerin hinterher, als ihr beim Angebot der Ware der Beklagte Schwierigkeiten machte, Erklärungen abgegeben, die sich im Sinne einer eigentlichen Garantie für die Ausfuhr auffassen lassen. Indessen kann der Beklagte nicht verlangen, dass sie diese Verpflichtungen, womit sie ihn zur Aufgabe seiner ungerechtfertigten Annahmeverweigerung zu bestimmen suchte, nun auch gegenüber dem Selbsthilfeverkäufer eingehe. Sie hat diese nachträglichen Zugeständnisse nur unter der Bedingung darauffolgender Annahmehereitschaft der Gegenpartei gemacht, nicht etwa in der Meinung, die stets wachsende Gefahr eines absoluten Ausfuhrverbotes weiter zu tragen.

Mit Recht dagegen beanstandet der Beklagte, dass beim Selbsthilfeverkauf die Garantie für Qualität und Gewicht wegbedungen wurde. Vertraglich ist über die Beschaffenheit der zu liefernden Chokoladensorten nichts besonderes ausgemacht worden und die Klägerin hatte daher von Gesetzes wegen Ware nicht unter mittlerer Qualität anzubieten (Art. 71 Abs. 2 OR). Ein Ausschluss dieser gesetzlichen Haftbarkeit des Verkäufers muss aber beim Selbsthilfeverkauf als in der Regel unzulässig gelten. Er verstösst gegen die berechtigten Interessen des säumigen Käufers an der Erzielung eines günstigen Verwertungsergebnisses und der Verkäufer hat auch beim Selbsthilfeverkauf gegenüber dem Erwerber für die gesetzlich vorausgesetzten Eigenschaften der Kaufsache einzustehen (vgl. auch STAUB, a. a. O. S. 555). Auf Art. 234 OR, der die Gewährleistungspflicht bei der Zwangsversteigerung ausschliesst, kann sich der Beklagte nach dem Gesagten nicht berufen. Die Wegbedingung einer Gewichtsgarantie sodann war unzulässig, weil die Klägerin dem Beklagten vertraglich ein bestimmtes Nettogewicht zugesichert hatte und die Unterlassung seiner Angabe beim Selbsthilfeverkauf auf den Erlös ebenfalls nachteilig einwirken musste. Dies gilt ebenso für die beim ersten Verkauf weiter hinzugefügte Bedingung « brutto für netto ».

6. — Die Rechtsfolgen dieser von der Klägerin zu verantwortenden Mängel des Selbsthilfeverkaufes bestehen, wie auch die Vorinstanz annimmt, nicht in einer gänzlichen Unverbindlichkeit der Selbsthilfeverkaufes für den bisherigen Käufer, so dass der Verkäufer gegenüber diesem seinen Anspruch auf den Kaufpreis völlig verwirkt hätte. So scheint freilich die deutsche Praxis, sei es unbedingt, sei es mit gewissen Vorbehalten und Einschränkungen, die Frage zu lösen (vgl. STAUB, a. a. O. S. 558 ff.). Dass dies aber auch für das — sie nicht ausdrücklich regelnde — OR zu geschehen habe, lässt sich durch keine zureichenden Gründe rechtfertigen. Wohl aber fordern Erwägungen sowohl rechtlicher Natur als solche der Zweckmässigkeit und Billigkeit grundsätzlich eine andere Behandlung, wobei immerhin für besondere Ausnahmefälle (etwa bei Arglist des Verkäufers) die Möglichkeit einer gänzlichen Ungültigkeit des Selbsthilfeverkaufes vorbehalten bleiben mag. Nach Art. 92 Abs. 1 und 93 Abs. 1 OR tritt der Erlös aus dem Selbsthilfeverkauf an die Stelle der zu hinterlegenden Kaufsache und durch dessen Hinterlegung kann sich der Verkäufer von seiner Verbindlichkeit befreien. Hat er nun wegen von ihm zu verantwortender Mängel des Verkaufverfahrens einen geringern Erlös, als sonst erhältlich gewesen wäre, erzielt und hinterlegt er diesen, so liegt darin freilich quantitativ das Angebot einer ungenügenden Leistung, und es braucht sich der Gläubiger an sich eine solche nicht gefallen zu lassen. Hingegen betrifft doch sein Anspruch auf einen wertvollern Leistungsgegenstand nicht mehr die Kaufsache, sondern eine Geldsumme, und es ist so nicht einzusehen, warum diese dem Gläubiger zu leistende Summe gerade aus dem Erlös der verkauften Sache herrühren muss und der Schuldner seiner Pflicht zur Verfügungstellung des vollen Geldbetrages nicht auch derart genügen kann, dass er nebst dem zu geringen Erlös auch den für das volle Angebot noch erforderlichen Mehrbetrag

hinterlegt oder, statt letzteres zu tun, erklärt, diesen Mehrbetrag durch verrechnungsweise Kürzung seiner Kaufpreisforderung dargeben zu wollen. Hiebei ist mit der Vorinstanz auch darauf zu verweisen, dass sonst vielfach der Gläubiger eine nicht ganz gehörige Leistung unter entsprechender Erleichterung seiner eigenen Verpflichtung annehmen muss und zwar gerade auch beim Kaufvertrage (vgl. Art. 196 Abs. 1, 205 Abs. 2 und 209). Allerdings kann die Bestimmung dessen, was bei richtigem Vorgehen durch den Verkauf erhältlich gewesen wäre, unter Umständen Schwierigkeiten bieten. Aber solche bestehen auch in andern Fällen, wo der Richter die Folgen von wirklich eingetretenen und als eingetreten angenommenen Tatsachen nach dem erfahrungsgemässen Laufe der Dinge vergleichsweise abschätzt. Entscheidend bleibt, dass die hier vertretene Lösung der Frage dem Gerechtigkeits- und Billigkeitsgefühl besser entspricht als die gegenteilige. Diese würde in der Tat dazu führen, dass der säumige Gläubiger, statt bloss für die Folgen der Mangelhaftigkeit des Verkaufverfahrens schadlos gehalten zu werden, zu Ungunsten seines Verkäufers auch die Rechtsnachteile des Verzuges nicht mehr zu tragen hätte, so dass seine ungerechtfertigte Annahmeverweigerung hinterher ihre nachteilige Wirkung für ihn verlöre.

7. — Nach dem Gesagten gestaltet sich die Berechnung der Klageforderung wie folgt :

Die Klägerin hat Anspruch auf die noch nicht bezahlte Quote der Kaufpreise beider Wagen und zugehörige Verzugszinse, unter Abrechnung, einerseits, des Betrages, um den die Steigerungserlöse infolge der von der Klägerin zu verantwortenden Mängel des Versteigerungsverfahrens niedriger sind, als die bei ordnungsgemässen Selbsthilfeverkäufen erzielbaren, und unter Hinzurechnung, anderseits, der Auslagen, die der Klägerin dadurch entstünden, dass die Annahmeverweigerung des Beklagten sie zur Durchführung der Selbsthilfeverkäufe nötigte.

Hiernach ergibt sich folgende ziffermässige Bemessung:

Der Kaufpreis für beide Wagen beträgt:
 $2 \times 24,079 \text{ Fr. } 20 =$ Fr. 48,158 40

Daran hat die Klägerin beim Vertragsabschluss anbezahlt erhalten » 2,000 —
 verbleiben Fr. 46,158 40

der durch die Selbsthilfeverkäufe erzielte Erlös, $17,220 \text{ Fr. } 50 + 13,837 \text{ Fr. } 16 =$ » 31,057 66

Von diesem Erlös hat nach seiner Hinterlegung die Klägerin 29,057 Fr. 60 auf Rechnung des Kaufpreises bezogen, welcher Bezug nicht als rechtlich unzulässig beanstandet wurde.

Ein Rest von 2000 Fr. blieb hinterlegt. Mit Recht hat die Vorinstanz die Hinterlegungsstelle angewiesen, auch diesen Teil des Erlöses — samt Verzugszins zu 6 % seit dem 15. März 1915 — der Klägerin auszuzahlen.

Damit bleibt die Kaufpreisforderung noch ungedeckt für. Fr. 15,100 74

welcher Betrag die Summe der beiden Mindererlöse, von 6858 Fr. 70 Cts. und 10,242 Fr. 04 Cts., abzüglich der anbezahlten 2000 Fr. darstellt.

Zu fordern hat sodann die Klägerin noch Vergütung der ihr aus den Selbsthilfeverkäufen erwachsenen Auslagen, die mit der ersten Instanz zu bemessen sind auf: 319 Fr. 10 Cts. (Speditionskosten), plus 335 Fr. 65 Cts. (Steigerungskosten), plus 40 Fr. 55 Cts. (Gerichtskosten), plus 645 Fr. 05 Cts. (Anwaltskosten), zusammen » 1,340 35

Gesamtforderung der Klägerin an Kapital Fr. 16,441 09

welcher Summe endlich noch für die einzelnen Posten die entsprechenden Vorzugszinse zuzufügen sind (für die

beiden Kaufpreise seit der Fälligkeit unter der Berücksichtigung der seitherigen Abzahlungen aus dem Erlöse und für die Kostenforderung seit der Anhebung der Bereitung, dem 31. Mai 1915).

Diese Gesamtforderung muss nun aus dem doppelten Grunde angemessen gekürzt werden, weil die Klägerin für die Mängel des Steigerungsverfahrens einzustehen hat und weil der Inhalt des zweiten zu liefernden Wagens durch die vorherige Lagerung in seiner Verkäuflichkeit bereits beeinträchtigt und insofern nicht mehr völlig vertragsgemäss war. Beide Umstände haben nach der für das Bundesgericht massgebenden und übrigens auch sachlich als richtig erscheinenden Würdigung der Vorinstanz die Steigerungsergebnisse ungünstig beeinflusst. Im besonderen ist der Ausschluss der Garantie für die Qualität und das Gewicht der Ware nicht etwa dadurch bedeutungslos geworden, dass die Kaufliebhaber, wie die Klägerin behauptet, die Ware hätten prüfen und Auskunft darüber erhalten können. Trotzdem war eine die ordentliche Verkäuferhaftung wegbedingende Klausel geeignet, Bedenken gegen die Ware wachzurufen und auf den Preis zu drücken. Würdigt man alle diese Momente in ihrer Gesamtwirkung, so sind sie von hinreichendem Gewichte, um eine Herabsetzung der Ansprüche der Klägerin aus den beiden Kaufverträgen um etwa 6000 bis 7000 Fr. zu rechtfertigen. Damit gelangt man zu einer Forderungsrestanz von rund 10,000 Fr., wobei diese Summe von einem einheitlichen Zeitpunkte an, dem 31. Mai 1915, zu 6 % zinsbar zu stellen ist. Sachlich deckt sich dieses Ergebnis mit dem der Vorinstanz, die auf anderm Wege zu der nämlichen Schätzung des von der Klägerin zu tragenden Schadens gekommen ist.

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

Die beiden Berufungen werden abgewiesen und es wird das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 3. März 1916 bestätigt.