

Betrages mit 2449 M. 65 Pf. nebst Zins zum Tageskurs am Tag der Zahlung zugesprochen, von der Erwägung ausgehend, die Klägerin habe in ihrem eventuellen Antrag nicht mehr verlangt. Diese Voraussetzung trifft nicht zu. Allerdings hat die Klägerin an zweiter Stelle ihres Eventualantrages nur einen Betrag von 2449 M. 65 Pf. genannt; die andere Hälfte der vom Beklagten zurückbehaltenen Provision ist aber bereits in dem im Eventualantrag an erster Stelle genannten Betrag von 29,625 Fr. enthalten, welcher sich im übrigen aus der Hälfte des an Neufeld & C<sup>te</sup> tatsächlich bezahlten Kaufpreises zusammensetzt. Die der Klägerin in Dispositiv 1 *b* des angefochtenen Entscheides zugesprochene Summe ist daher um den Betrag von 2449 M. 65 Pf. nebst Zins zu 5 % seit dem 28. September 1914 zum Tageskurs am Tag der Zahlung zu erhöhen.

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

Die Berufung des Beklagten wird abgewiesen.

Diejenige der Klägerin wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass der in Dispositiv 1 *b* des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 2. Februar 1917 genannte Betrag von 2449 M. 65 Pf. auf 4899 M. 30 Pf. erhöht wird. Im übrigen wird das angefochtene Urteil bestätigt.

**65. Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. September 1917**  
i. S. Vogel & C<sup>ie</sup> gegen Liechti.

Art. 107 Abs. 2 O.R. Der Ersatz des durch die Erfüllungsverzögerung verursachten Schadens kann nur neben dem Begehren um nachträgliche Erfüllung des Vertrages, nicht auch in Verbindung mit dem Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangt werden. Für die Bestimmung dieses letzteren Schadens sind massgebend die Verhältnisse im Zeitpunkte, in welchem der Verzicht auf die Vertragserfüllung erklärt wird.

A. — Am 28./29. Mai 1915 kam in Zürich zwischen den daselbst domizilierten Parteien ein Kaufvertrag zustande, wonach der Beklagte Liechti der Klägerin, Kommandit-Aktiengesellschaft Vogel & C<sup>ie</sup>, 50 Wagen = 500 t von ihm als « in Marseille disponibel » offerierten Reis Saigon I zu 50 Fr. per 100 kg, brutto für netto, franko verzollt Genf, zahlbar bei Eintreffen der Ware in Genf, mit einer Anzahlung von 25 % (12 Fr. 50 Cts. per 100 kg) in Check auf Paris bei Vertragsabschluss, zu liefern hatte, und zwar, gemäss unbestrittener Zusage, im Juni 1915. Mit Schreiben vom 26. Juni 1915 machte die Klägerin, nachdem sie die vereinbarte Anzahlung von 62,500 Fr. schon am 29. Mai geleistet hatte, den Beklagten darauf aufmerksam, dass noch kein Sack geliefert sei und dass sie deshalb wegen nicht rechtzeitiger Vertragserfüllung ihre Vorbehalte machen müsse, weil sie selbst die Ware als Juni-Lieferung weiterverkauft und von seiten ihres Käufers einen gleichlautenden Vorbehalt empfangen habe. Hierauf gab ihr der Beklagte mit Brief vom 28. Juni die « positive Zusicherung », dass wenigstens ein Teil der Ware noch im Laufe des Monats Juni und der Rest im Juli « zur Andienung gelangen » werde. Bis zum 20. Juli erfolgte jedoch immer noch keine Lieferung. Das veranlasste die Klägerin, mit Schreiben von diesem Tage dem Beklagten eine Frist von 8 Tagen zur Erfüllung des Ver-

trages anzusetzen, mit der Androhung, dass sie andernfalls « die erforderlichen Schritte gegen ihn einleiten » müsste. Der Beklagte ersuchte mit Schreiben vom 24. Juli, diese Fristsetzung zu annullieren, da es bei den gegenwärtigen Ereignissen ein Ding der Unmöglichkeit sei, « eine Lieferfrist gutzuheissen ». In der Folge kam es zu einem Abkommen der Parteien, wonach, laut Briefwechsel vom 25./26. Juli, der Beklagte der Klägerin 120 t des Reises, die inzwischen nach Genf gelangt waren, sofort auf Rechnung der geleisteten Anzahlung spesenfrei zu überweisen hatte und ihr im weitern die Zusage gab, dass er « bemüht sein » werde, die restanzlichen 380 t « im Laufe des Monats August 1915 sukzessive zu überweisen », während die Klägerin ihm versprach, sich eventuell, falls nicht das ganze Quantum im August zu sukzessiven Lieferung gelangen könnte, über eine Prolongation des Restes mit ihm zu verständigen, sowie ferner, nach Ueberweisung der 120 t auf die noch zu liefernden 380 t die geforderte Anzahlung von 25 % mit 47,500 Fr. « in Check auf Paris zum Parikurse » (mit Vorbehalt des Abzugs allfälliger, ihr bei der Lieferung der 120 t belasteter Spesen) zu leisten. Dieses Abkommen gelangte insoweit zur Ausführung, als der Beklagte die 120 t tatsächlich überwies und der Klägerin hiefür eine provisorische Faktur über 60,000 Fr. mit einem Saldo zu ihren Gunsten von 2500 Fr. ausstellte, wogegen die Klägerin dem Beklagten am 29. Juli als weitere Anzahlung einen Check von 40,675 Fr. (nämlich 47,500 Fr., abzüglich des Saldos von 2500 Fr., sowie der von ihr ausgelagerten Fracht- und Zollspesen von zusammen 4325 Fr.) übersandte. Weitere Lieferungen aber erfolgten nicht mehr. Auch die Korrespondenz der Parteien ruhte, bis die Klägerin am 12. Juni 1916 den Beklagten unter Hinweis darauf, dass bei Anlass der Prüfung ihrer Jahresbilanz pro 1915 durch die mitbeteiligten Aktionäre die nur teilweise Erfüllung des mit ihm abgeschlossenen Kaufes über 500 t Reis Saigon I konstatiert worden sei,

anfragte, ob er geneigt sei, in Unterhandlungen einzutreten, um diese Angelegenheit auf gutlichem Wege durch Zahlung einer Abfindungssumme aus der Welt zu schaffen. Der Beklagte antwortete am 15. Mai, er sei nicht in der Lage, Propositionen bezüglich einer Abfindungssumme zu machen, dagegen stelle er der Klägerin ihre Anzahlung von 47,500 Fr. in französischer, nicht in schweizerischer Währung nach Belieben zur Verfügung. Hierauf setzte ihm die Klägerin mit Schreiben vom 19. Mai 1916 eine mit Ende des Monats ablaufende Frist an, um die noch ausstehenden 380 t nach den Bestimmungen des Abschlusses vom 28./29. Mai 1915 zu liefern, mit der Androhung, dass sie nach fruchtlosem Ablauf der Frist auf die Lieferung verzichten, die geleistete Anzahlung samt Zins zurückfordern und Schadenersatz geltend machen werde. Demgegenüber wandte der Beklagte ein, dass die Forderung der Klägerin aus dem Kaufvertrag gemäss Art. 119 OR erloschen sei, weil ihm zufolge des im Oktober 1915 in der Schweiz eingeführten Reismonopols die Lieferung der Ware unmöglich geworden sei; dabei neuer te er sein Anerbieten, die Anzahlung von 47,500 Fr. in französischer Währung, wie er sie empfangen habe, zurückzuerstatten. Die Klägerin aber konstatierte mit Schreiben vom 1. Juni 1916 den unbenutzten Fristablauf und erklärte unter Erneuerung ihrer Rückforderungs- und Schadenersatzbegehren, auf die Lieferung der restierenden 380 t zu verzichten, worauf ihr der Beklagte am 7. Juni einen Check auf Paris von 47,500 Fr. überweisen liess.

B. — Mit ihrer Ende August 1916 beim Handelsgericht des Kantons Zürich eingereichten Klage hat die Klägerin folgende, vom Beklagten in erster Linie grundsätzlich bestrittene Forderungen, je nebst 5 % Zins seit 7. Juni 1916, ans Recht gesetzt :

a) 7526 Fr. 30 Cts., wovon 5296 Fr. 45 Cts. als Differenz zwischen dem Nominalwert und dem Kurswert von 88,85 % des am 7. Juni 1916 erhaltenen Checks, und

2229 Fr. 85 Cts. als Verzinsung des Checkbetrages zu 5 % vom 29. Juni 1915 bis 7. Juni 1916 ;

b) 15,200 Fr. als Schadenersatz, weil sie zufolge der Säumnis des Beklagten ihrerseits einen mit Leo Brager in Zürich unter gleichen Lieferungsbedingungen abgeschlossenen Weiterverkauf der Ware nicht habe halten können und sich deshalb schliesslich, am 5. August 1915, veranlasst gesehen habe, mit Brager ein Abkommen zu treffen, wonach er gegen eine Entschädigung von 20,000 Franken in die Aufhebung des ganzen Kontraktes eingewilligt und auf alle weiteren Ansprüche verzichtet habe ; von dieser Entschädigung entfalle der eingeklagte Betrag auf das ihr vom Beklagten nicht gelieferte Warenquantum von 380 t ;

c) 24,700 Fr. als Ersatz entgangenen Gewinns, den sie auf den 380 t bei dem mit Brager vereinbarten Verkaufspreis von 56 Fr. 50 Cts. per 100 kg erzielt hätte.

C. — Mit Urteil vom 2. März 1917 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt :

« 1. Der Beklagte ist verpflichtet, an die Klägerin » 7526 Fr. 30 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 7. Juni 1916 zu » bezahlen. Mit der Mehrforderung wird die Klägerin » abgewiesen. »

2. bis 4. . . . (Kosten.)

D. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und die Anträge gestellt : In Aufhebung des Urteils sei die ganze Klagesumme von 47,426 Fr. 30 Cts. nebst Zins zuzusprechen... ; eventuell sei der Prozess zu neuer Entscheidung nach vorgängiger Aktenvervollständigung im Sinne der von der Klägerin über ihr Geschäft mit Brager und bezüglich der faktischen Möglichkeit der Vertragserfüllung durch den Beklagten gemachten Beweisanerbieten an das Handelsgericht zurückzuweisen.

E. — Der Beklagte hat sich dieser Berufung innert nützlicher Frist angeschlossen und beantragt, das han-

delsgerichtliche Urteil sei insofern aufzuheben als es die eine Klageforderung zugesprochen... habe.

F. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Klägerin Gutheissung der Berufungsanträge seiner Partei und Abweisung der Anschlussberufung des Beklagten... beantragt, während der Vertreter des Beklagten auf Abweisung der Hauptberufung und Gutheissung der Anschlussberufung... angetragen hat.

Das Bundesgericht zieht  
i n E r w ä g u n g :

1. — Das Handelsgericht hat die Schadenersatzforderungen der Klägerin wegen der an Brager bezahlten Abfindung und für entgangenen Gewinn aus dem Geschäft mit diesem (oben, lit. b und c) mit der Begründung abgewiesen, ihr schon im August 1915 liquidiertes Vertragsverhältnis zu Brager könne als Grundlage ihres Schadenschadens nachweises nicht in Betracht fallen ; denn massgebend für die Berechnung des Schadens sei die Situation vom 1. Juni 1916, an welchem Tage erst die Klägerin auf die Lieferung des Beklagten verzichtet und an deren Stelle Schadenersatz verlangt habe ; zwischen dem ihr an diesem Tage infolge der Nichtlieferung erwachsenen Schaden und jenen früheren Vorgängen bestehe aber keinerlei Kausalzusammenhang. Dieser Argumentation ist beizupflichten. Wenn die Klägerin dagegen einwendet, dass der fragliche Kausalzusammenhang insofern gegeben sei, als die dem Beklagten gewährten Erstreckungen der Nachfrist seine Haftung für die jeweiligen bereits eingetretenen Schadensfolgen seines Verzuges nicht aufgehoben hätten, da die Erfüllung während der Nachfrist gemäss Art. 107 OR die Schadenersatzpflicht für die Erfüllungsverzögerung nicht ausschliesse, übersieht sie die Wirkung des in Art. 107 OR vorgesehenen Wahlrechts der nicht im Verzug befindlichen Vertragspartei. Laut Art. 107 OR konnte die Klägerin allerdings noch nach dem erfolglosen

Ablauf der erstmals am 20. Juli 1915 gesetzten und dann im Abkommen vom 25./26. Juli 1915 erstreckten Nachfrist Anspruch auf Ersatz des ihr durch die Erfüllungsverzögerung des Beklagten zugefügten Schadens erheben. Allein sie musste dies unter Festhaltung des Begehrens um nachträgliche Erfüllung tun. Nur « statt dessen » konnte sie den Verzicht auf die Vertragserfüllung nebst dem Anspruch auf Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens wählen, wofür sie sich entsprechend der Androhung vom 19. Mai mit der Erklärung vom 1. Juni 1916 endgültig entschieden hat. Durch diese Wahl hat sie also jenen andern Schadenersatzanspruch *implicite* aufgegeben. Für die Bestimmung des demnach hier einzig noch in Betracht fallenden, « aus der Nichterfüllung entstandenen » Schadens aber müssen in der Tat ausschliesslich die Verhältnisse im Zeitpunkte, in welchem der Verzicht auf die Vertragserfüllung erklärt wird, massgebend sein, da unter der « Nichterfüllung » im Zusammenhange des Art. 107 nur die Nichterfüllung innert der Nachfrist, deren erfolgloser Ablauf die Verzichtserklärung veranlasst hat, verstanden sein kann (vergl. entsprechend, für den Fall der Schadensliquidation nach der hier nicht geltend gemachten Sondervorschrift des Art. 191 Abs. 3 OR, das Urteil der 1. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 6. Juli 1917 i. S. Aug. Marschel & Cie gegen Baumwollspinnerei und Zwirnerei A.-G., vorm. E. Kappeler-Bébié, Erw. 3\*). Mit dem Handelsgericht ist daher auf das Ende Mai 1915 eingegangene und am 5. August 1915 wieder gelöste Vertragsverhältnis der Klägerin zu Leo Brager grundsätzlich nicht abzustellen, sondern die für die beiden Schadenersatzforderungen einzig hierauf basierte Klage in diesem Umfange entgegen den Berufungsanträgen der Klägerin ohne weiteres abzuweisen.

2. — Was die vorinstanzlich gutgeheissene Klageforderung für den Kursverlust auf der vom Beklagten in

\* S. 356 in diesem Bande.

französischer Währung zurückerstatteten Anzahlung und für deren Verzinsung bis zur Rückerstattung (oben, litt. a) betrifft, ist aus der Vereinbarung der Parteien, wonach die Klägerin jene Anzahlung « in Check Paris zum Parikurse » leisten konnte, mit der Vorinstanz zu schliessen, dass die Anzahlung der Klägerin vorbehaltlos als vollwertig, wie wenn sie in schweizerischer Währung erfolgt wäre, angerechnet wurde und ihr deshalb auch zu diesem vollen Werte zurückerstattet werden muss. Und der Zinsanspruch lässt sich mit Rücksicht auf die grundsätzlich feststehende Schadenersatzpflicht des Beklagten wegen Nichterfüllung des Vertrages sehr wohl rechtfertigen. Somit erweist sich auch die Anschlussberufung des Beklagten als unbegründet.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Haupt- und Anschlussberufung werden abgewiesen, und es wird damit das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 2. März 1917 in allen Teilen bestätigt.

66. Arrêt de la 1<sup>re</sup> section civile du 28 septembre 1917 dans la cause Gras et Collombat contre Brasserie de St-Jean.

Cautionnement garantissant un prêt d'une somme déterminée et une créance indéterminée pour des livraisons de bière. Divisibilité du cautionnement et validité pour le montant du prêt (Art. 493 CO). Une simple dénonciation du cautionnement ne constitue pas la sommation prévue à l'art. 503 CO. La « remise » d'un café ne signifie pas nécessairement la remise volontaire du café.

A. — Le 5 juin 1912, Charles Gilliard, cafetier à Genève, reconnaissait : « avoir reçu..... à titre de prêt » de la S. A. Brasserie de St-Jean, à Genève, une somme de 6000 fr. « destinée à lui faciliter l'achat et l'explo-