

102. Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. Dezember 1917

i. S. **Krayer-Ramsperger, A.-G.**, Beklagte, Berufungsklägerin
und Anschlussberufungsbeklagte,
gegen **A. Zivy**, Kläger, Berufungsbeklagter
und Anschlussberufungskläger.

Ist ein Weiterverkauf von Ware, für die eine Ausfuhrbewilligung besteht, zulässig? Bundesratsverordnung vom 10. August 1914 gegen die Verteuerung von Lebensmitteln: unterstehen ihr auch für die Ausfuhr bestimmte Waren? Kann ein Kauf, der nicht wegen Verletzung dieser Verordnung oder der Bestimmungen über die Ausfuhrbewilligungen als «widerrechtlich» nach Art. 20 OR anfechtbarer ist, unter dem Gesichtspunkte eines «Verstosses gegen die guten Sitten» angefochten werden? — Erfüllungsummöglichkeit? — Substanziierungspflicht und Beweislast bei der Schadenersatzforderung des Käufers wegen Nichterfüllung. Verpflichtung des Käufers zur Eindeckung? — Herabsetzung der Ersatzforderung nach Art. 43 Abs. 1 OR; mangelndes Verschulden und besonderer Charakter des Kaufgeschäftes (hier eines Risiken bietenden und volkswirtschaftlich zu beanstandenden «Kriegsgeschäftes») als Herabsetzungsgründe.

1. — Am 27. März 1916 verkaufte die Beklagte, die in Basel ein Lebensmittelgeschäft betreibt, dem Kläger, der vor dem Kriege Rolladenfabrikant war, einen Wagen Chokolade, Ringmarke Menage, zu 5 Fr. das Kg., franko Schweizergrenze «mit Ausfuhrbewilligung nach Deutschland», sofort lieferbar gegen beim Bankhaus Ehinger & C^{ie} in Basel zu stellendes Akkreditiv und Bezahlung des Preises bei Uebergabe des bahnamtlich abgestempelten Frachtbriefduplikates. Trotz Leistung des Akkreditives und Zahlungsbereitschaft lieferte die Beklagte nicht. Sie hatte von dem Kolonialwarenhändler Paul Widemann in Zürich laut dessen brieflicher Bestätigung vom 23. März 1917 einen Wagen Chokolade gleicher

Sorte für 4 Fr. 75 Cts. das Kg. franko Schweizergrenze «mit Ausfuhr nach Deutschland» netto comptant gekauft, wobei sie Widemann mitteilen sollte, an wen die Ausfuhrbewilligung für den Wagen zu giriren sei. Mit Karte vom 28. März stellte dann zwar Widemann die Absendung des Wagens für den 29. März in Aussicht: am 1. April schrieb er jedoch der Beklagten, sein Lieferant berichte ihm nun, dass er trotz Bemühungen die Ausfuhrbewilligung in Bern noch nicht habe erhalten können, weil das März-Kontingent erreicht sei.

Am 3. und 7. April setzte der Kläger der Beklagten Nachfristen zur Erfüllung an und am 13. April erklärte er ihr, dass er sein Akkreditiv zurückgerufen habe, eine nachträgliche Lieferung ablehne und seine Schadenersatzansprüche geltend machen werde: Von all' dem gab die Beklagte jeweilen ihrem Verkäufer Widemann Kenntnis. Dieser vollzog indessen auch jetzt die Lieferung nicht.

Im vorliegenden Prozess belangt nunmehr der Kläger die Beklagte auf Bezahlung einer Schadenersatzsumme von 10,000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 28. September 1916 (Klageeinreichung). Zur Begründung bringt er an: Der Marktpreis der Schweizer Haushalt-Chokolade sei in Deutschland zur Zeit, da die Beklagte hätte liefern sollen, auf wenigstens 7 Fr. 30 Cts. das Kg. gestanden. Das Steigen des Preises werde denn auch von der Beklagten in der Korrespondenz zugegeben. Der Kläger wolle sich immerhin mit dem Ersatz des (geringern) konkreten Schadens begnügen, der ihm dadurch entstanden sei, dass er den gekauften Wagen am 30. März 1917 an Isidor Bollag in Frankfurt a. M. für 6 Fr. das Kg. unverzollt ab Basel und unter Garantie des Preises durch die Schweizerische Kreditanstalt in Basel weiterverkauft habe und dass dieses Geschäft nun dahingefallen sei. Dadurch sei ihm nachweisbar ein Gewinn von 1 Fr. per Kg., also von zusammen 10,000 Fr. entgangen. Ein ferneres Begehren des Klägers, ihm die Geltendmachung weiterer Ansprüche für den

Fall, dass Bollag ihn Schadenersatzpflichtig erkläre, vorzubehalten, ist vor Bundesgericht nicht mehr erneuert worden. Zu bemerken ist noch, dass der Kläger laut der Verkaufsbestätigung vom 30. März sich gegenüber Bollag ausbedungen hatte, dass das Geschäft ohne gegenseitige Ansprüche auf Schadenersatz hinfällig werden solle, falls der Wagen nicht die Grenze passiere.

Die Beklagte beantragt Abweisung der Klage aus folgenden Gründen: Der zwischen den Parteien abgeschlossene Kaufvertrag sei, weil rechtswidrig und gegen die guten Sitten verstossend, ungültig. Er verletze nämlich die bundesrätliche Vorschrift, wonach zur Vermeidung des sog. wilden Handels nur die Fabrikanten selbst Chokolade ausführen dürften. Der streitige Vertrag wolle diese Vorschrift umgehen und einem Händler zum Export verhelfen. Sodann könne der Kläger die Beklagte auch deshalb nicht für den ihm aus dem Geschäfte mit Boliag entgangenen Gewinn verantwortlich machen, weil nicht nur der Ankauf der Chokolade durch den Kläger, sondern auch der Weiterverkauf an Bollag verboten gewesen sei. Der Gewinn aus dem letztern Geschäfte von 10,000 Fr. sei ein unerlaubter und das Geschäft sei sogar nach der bundesrätlichen Verordnung vom 10. August 1914 gegen die Verteuerung von Nahrungsmitteln strafbar, und zwar sowohl nach litt. a als nach litt. c des Art. 1 dieser Verordnung. Die erste dieser Bestimmungen treffe zu, weil der vom Kläger erzielte den üblichen Geschäftsgewinn um das vierfache übersteige, die andere, weil der Kläger Rolladenfabrikant sei und der Einkauf eines ganzen Wagens Chokolade also sein gewöhnliches Geschäfts- und Haushaltsbedürfnis erheblich übersteige. Eventuell könne nur für den erlaubten entgangenen Gewinn von circa 5 % = 2500 Fr. Ersatz verlangt werden. Eine Ersatzpflicht der Beklagten bestehe endlich auch deshalb nicht, weil sie keine Schuld treffe an der Nichterfüllung. Sie sei von ihrem langjährigen Lieferanten Widemann, der sie sonst stets gut bedient habe, im Stiche gelassen worden;

auch habe sie, weil nicht Fabrikantin, keine Ausfuhrbewilligung erhalten können. Sie sei so wegen Unmöglichkeit der Leistung frei geworden. Endlich werde verneint, dass der Marktpreis in Deutschland zur fraglichen Zeit 7 Fr. 30 Cts. betragen habe.

Der Kläger hat diese Ausführungen als unzutreffend bestritten und dabei zur Begründung dafür, dass die beiden Verträge den bundesrätlichen Verordnungen über den Handel und die Ausfuhr von Chokolade nicht zuwiderlaufen, ein Privatgutachter des Prof. Dr. Zürcher in Zürich eingelegt.

Die beiden kantonalen Instanzen, das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt durch Urteil vom 1. Mai 1917, haben die Klage in einem Betrag von 4000 Fr. samt entsprechendem Verzugszins geschützt. Vor Bundesgericht verlangt die Beklagte als Berufungsklägerin deren gänzliche Abweisung, der Kläger aber durch Anschlussberufung deren völlige Zusprechung.

2. — Als rechtswidrig und aus diesem Grunde ungültig scheidet die Beklagte sowohl den vom Kläger mit ihr abgeschlossenen Kauf als den Weiterverkauf durch den Kläger an Bollag an; weil diese Geschäfte gegen eine die Erteilung von Ausfuhrbewilligungen betreffende Verbotbestimmung verstossen, nämlich gegen die angebliche Vorschrift, dass Bewilligungen für die Ausfuhr von Chokolade nur an Fabrikanten solcher erteilt werden dürfen. Diese Vorschrift, macht die Beklagte geltend, werde umgangen, wenn man einem Händler von Chokolade dadurch zum Export verhelfen wolle, dass man die Ware «mit Ausfuhrbewilligung» verkaufe. Dem gegenüber bemerken die beiden Vorinstanzen übereinstimmend: Allerdings erteile das eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement Ausfuhrbewilligungen für Chokolade nur an Fabrikanten. Dagegen verbiete keine Bestimmung den Weiterverkauf der mit Ausfuhrbewilligung versehenen Ware an Händler. Vielmehr sei ein solcher Weiterverkauf, wie für die Vorinstan-

zen aus früheren Prozessen notorisch sei, erlaubt, weshalb auch sehr oft Händler Chokolade ausführten. Das Bundesgericht pflichtet dieser Auffassung bei, deren Richtigkeit durch seine eigene Erfahrung in Fällen dieser Art bestätigt wird (vergl. z. B. die Urteile i. S. Compagnie Suisse pour la fabrication des Chocolats c. Kahn vom 20. Mai 1916, BE 42 II Nr. 34 S. 219 ff., und in Sachen Schürch c. Burg vom 29. Dezember 1916). Das Verbot der Uebertragung einer Ausfuhrbewilligung, das sich in Art. 3 Abs. 2 der Verordnung des Bundesrates vom 11. August 1916 betreffend Bestrafung der Uebertretung der Ausfuhrverbote, findet, kann nicht rückwirkend auf das im März 1916 abgeschlossene Geschäft angewendet werden. Es ist daher nicht zu prüfen ob überhaupt eine Uebertretung zur absoluten, vom Gerichte von Amtes wegen zu beachtenden Nichtigkeit, führen würde.

3. — Im weiteren beruft sich die Beklagte auf die Strafbestimmungen unter den litt. a und c der b u n d e s r ä t l i c h e n V e r o r d n u n g v o m 1 0 . A u g u s t 1 9 1 4 g e g e n d i e V e r t e u e r u n g v o n N a h r u n g s m i t t e l n u n d a n d e r n u n e n t b e h r l i c h e n B e d a r f s g e g e n s t ä n d e n . D a b e i m a c h t s i e n i c h t s o w o h l g e l t e n d , d a s s d e r v o n i h r s e l b s t m i t d e m K l ä g e r a b g e s c h l o s s e n e K a u f a l s e i n d u r c h d i e g e n a n n t e n B e s t i m m u n g e n u n t e r S t r a f e g e s t e l l t e s W u c h e r g e s c h ä f t z i v i l r e c h t l i c h n a c h A r t . 2 0 O R n i c h t i g s e i — i n w e l c h e r H i n s i c h t d e r V o r w u r f w u c h e r i s c h e n V e r h a l t e n s s i e s e l b s t t r ä f e — , s o n d e r n s i e b e h a u p t e t : d e r W e i t e r v e r k a u f d u r c h d e n K l ä g e r a n B o l l a g h a b e d i e s e n C h a r a k t e r d e r W u c h e r h a f t i g k e i t , e n t b e h r e d a h e r a u c h d e r z i v i l r e c h t l i c h e n G ü l t i g k e i t u n d m i t h i n k ö n n e d e r K l ä g e r v o n i h r n i c h t E r s a t z d e s u n e r l a u b t e n G e w i n n e s b e a n s p r u c h e n , d e n e r g e m a c h t h ä t t e , f a l l s d i e B e k l a g t e i h r e L i e f e r u n g s p f l i c h t n a c h g e k o m m e n w ä r e .

Vor allem fragt es sich nun aber, ob überhaupt Verträge wie die zwei vorliegenden, wonach die W a r e m i t A u s f u h r b e w i l l i g u n g v e r k a u f t w i r d , u n t e r d i e b u n d e s r ä t l i c h e V e r o r d n u n g v o m 1 0 . A u g u s t 1 9 1 4 f a l l e n ,

Diese bezweckt, wie ihr Titel besagt, einer « Verteuerung der Nahrungsmittel und der andern unentbehrlichen Bedarfsgegenstände » entgegenzutreten und sie ist erlassen worden gestützt auf den Bundesbeschluss vom 3. August 1914 als eine Massnahme « zum Schutze des Landes ». In sachlicher Hinsicht sodann liegt die Annahme nahe, ein Staat wolle solche Massnahmen zur Hebung oder Milderung der durch die Kriegszeit verursachten wirtschaftlichen Notstände nur hinsichtlich seines Gebietes und seiner Einwohner treffen, es dem Nachbarstaat überlassend, die Interessen seiner eigenen Angehörigen und Einwohner in der ihm gutschheinenden Weise zu wahren. Das alles führt zu der Auffassung, dass die Verordnung vom 10. August 1914 die darin erwähnten, eine Verteuerung bewirkenden Handlungen nur soweit strafrechtlich ahnden will, als die Verteuerung dem inländischen Verbrauch dienende Ware betrifft, und dass also insoweit diese Strafsanktionen nur territoriale Geltung beanspruchen. Gegen die Annahme eines allgemeinen, über das Staatsgebiet hinausreichenden strafrechtlichen Interessenschutzes spricht auch, dass man es mit der Bekämpfung nicht des gewöhnlichen, sondern des Sozialwuchers zu tun hat, also nicht sowohl damit, die bei den einzelnen Warentransaktionen beteiligten Privaten zu schützen, — wozu vielmehr in erster Linie die ordentlichen Bestimmungen des Straf- und Zivilrechtes über wucherische Uebervorteilung dienen —, sondern damit, die Allgemeinheit gegen in bestimmten Bevölkerungskreisen sich geltend machende Auswüchse des persönlichen Egoismus zu verteidigen, deren Ueberhandnahme das Gemeinwohl gefährdet. Geht man aber hievon aus, so lassen sich Geschäfte, die Waren « mit Ausfuhrbewilligung » zum Gegenstand haben, nicht als unter die Verordnung fallend ansehen. Ware, die — zulässiger Weise — für die Ausfuhr bestimmt wurde, ist eben dadurch und so lange sie dieser Bestimmung nicht wieder entfremdet wird, dem inländischen Konsum entzogen und

insoweit kann sie auch nicht mehr Gegenstand der Erzielung eines übermässigen Gewinnes oder einer unerlaubten Aufstapelung zum Nachteil der inländischen Verbraucher bilden. Dabei beruht ihre Entziehung aus dem inländischen Verkehr auf einem rechtmässigen Akt der Staatsgewalt, der Ausfuhrbewilligung, und sie erfolgt zum Schutze überwiegender öffentlicher Interessen, in der Regel, um vom Auslande Kompensationsware zu erhalten, die notwendigen Zwecken der heimischen Volkswirtschaft, häufig gerade wiederum dringenden Bedürfnissen des allgemeinen Verbrauches dient. Hiernach steht man in Beziehung auf die Anwendbarkeit der fraglichen Strafvorschriften bei den für die Ausfuhr bestimmten Waren tatsächlich und rechtlich einer andern Sachlage gegenüber, als bei den Waren, die dem inländischen Verbrauch zuzuführen sind. Allerdings bewirkt unter Umständen auch der Handel mit Ausfuhrware durch deren Wegnahme aus dem einheimischen Verkehr und durch ihren erhöhten Preis eine Verteuerung der Ware des inländischen Konsums, und ferner mag dieser mittelbaren verteuern Wirkung vielfach dann noch Vorschub geleistet werden, wenn der Ausfuhrhandel in einer wirtschaftlich zwecklosen Weise betrieben wird, wie es namentlich dann der Fall sein kann, wenn Verkäufe über Waren mit erst noch zu erwirkender Ausfuhrbewilligung abgeschlossen werden oder wenn sich zwischen dem die Bewilligung Erhaltenden und dem die Ware Ausführenden eine Reihe von Mittelspersonen einschleibt. Allein diese Fälle werden durch die hier angerufene Bundesratsverordnung nicht getroffen. Vielmehr könnte es sich bei ihnen nur um die Anwendung von Vorschriften handeln, die den Auswüchsen des Ausfuhrhandels als solchen und den Missbräuchen, die das System der Ausfuhrbewilligungen mit sich bringen kann, begegnen sollen. Solche Vorschriften kommen aber laut dem in Erwägung 2 Gesagten hier nicht in Betracht. Heute hat sich die Beklagte freilich noch auf die Aus-

führungen des bundesgerichtlichen Entscheides in Sachen Lieblich (BE 43 I S. 135) berufen, wonach ein Verstoss gegen die litt. c der Bundesratsverordnung darin gefunden wird, dass eine Ware « an Personen abgegeben werden will, die ihrerseits darauf ausgehen, sie dem inländischen Konsum (durch Verbringung ins Ausland) ganz zu entziehen ». Allein dieser — für die damalige Entscheidung übrigens unwesentlichen — Aeusserung lässt sich keine präjudizielle Bedeutung beimessen, indem sie zu den obigen Darlegungen, namentlich soweit sie die volkswirtschaftliche Nützlichkeit und die rechtliche Erlaubtheit der auf Grund einer Bewilligung vorgenommenen Ausfuhr als solcher betreffen, nicht Stellung nimmt. Nach dem allem ist also davon auszugehen, dass die angerufenen litt. a und c der bundesrätlichen Verordnung vom 10. August 1914 hier deshalb nicht zutreffen, weil sie sich nicht auf geschäftliche Transaktionen mit zur Ausfuhr bestimmten Waren beziehen (in gleichem Sinne das vom Kläger eingelegte Rechtgutachten von Prof. Dr. ZÜRCHER, ebenso zwei Urteile des zürcherischen Obergerichts, resümiert wiedergegeben in der « Neuen Zürcher Zeitung » Nr. 602 und 794 von 1917, H. REICHEL in der Deutschen Strafrechtszeitung, 1917 Heft 9, und für das deutsche Recht LEHMANN in der Juristischen Wochenschrift, 1917 S. 368, im Gegensatz zu dem dort abgedruckten Urteile des Reichsgerichtes).

Damit werden alle andern Streitfragen gegenstandslos, die von den Parteien in Hinsicht auf die Anwendbarkeit der beiden Strafbestimmungen aufgeworfen wurden: ob das Merkmal übermässigen Gewinnes im Sinne der litt. a gegeben sei, ob das gekaufte Quantum das « gewöhnliche Geschäftsbedürfnis » des Klägers überschritten habe und insoweit litt. c zutrefte, ob, wenn letzteres zu bejahen ist, der Kläger mit Fug geltend mache, seine Strafbarkeit beurteile sich auf Grund der ihm günstigern, aber erst nach dem streitigen Kauf

erlassenen litt. c des Bundesratsbeschlusses vom 18. April 1916, der die Verordnung vom 10. August 1914, besonders auch in ihrer litt. c abgeändert hat. Ebenso ist nicht zu prüfen, ob die Uebertretung eines Verbotes wir das in den gedachten Bundesratsverordnungen aufgestellte, schlechthin Nichtigkeit des bezüglichen Geschäftes zur Folge habe.

4. — Zu Unrecht auch glaubt die Beklagte die beiden Käufe oder doch den zwischen dem Kläger und Bollag abgeschlossenen als gegen die guten Sitten verstossend anfechten zu können. Ist davon auszugehen, dass es keinem die Erteilung von Ausfuhrbewilligungen betreffenden Verbotsgesetze zuwiderliefe, wenn die streitige Ware von Händlern verkauft und gekauft wurde, so muss ferner ein solcher Kauf insoweit nicht nur als keine rechtswidrige (gegen eine Rechtsnorm verstossende) Handlung gelten, sondern auch als kein unter dem Gesichtspunkte der Unsittlichkeit anfechtbares Rechtsgeschäft. Ebenso entfällt die Möglichkeit einer derartigen Anfechtung, was die behauptete Wucherhaftigkeit des mit Bollag abgeschlossenen Kaufes anlangt, nachdem die gegen den Preiswucher erlassenen Strafnormen der bundesrätlichen Verordnung vom 10. August 1914 sich als unanwendbar erwiesen haben. Hält ein Vertrag vor den zum Schutz gegen Wucher aufgestellten Rechtsnormen des Straf- oder Zivilrechtes stand, so kann er nicht trotzdem mit der Begründung zu Falle gebracht werden, dass er immerhin für das sittliche Gefühl sich als wucherisch darstelle und dass ihm aus diesem Grunde vermöge des Art. 20 OR die Rechtsbeständigkeit abzuerkennen sei. Fragen liesse sich nur, ob der angeblich wucherische Charakter des Kaufes mit Bollag (— beim andern Kaufe hätte die Beklagte selbst die Bewucherung begangen —) zu einer Anfechtung nach Art. 21 OR führen könnte. Allein das hat die Beklagte — und wohl mit Grund — selbst nicht behauptet und daher braucht auch nicht auf die weitere

Frage eingetreten zu werden, ob sie, obwohl nicht Vertragspartei, zur Anfechtung befugt wäre.

5. — Die fernere Behauptung der Beklagten, sie sei wegen Unmöglichkeit der Erfüllung von ihrer Lieferungspflicht befreit worden und sonach nicht schadenersatzpflichtig, wird damit begründet, dass ihr Lieferant sie im Stiche gelassen habe. Nun handelt es sich aber um einen Gattungskauf — Kauf eines Quantums Chokolade einer gewissen Sorte — und Leistungsunmöglichkeit, selbst bloss subjektive, hätte daher für die Beklagte erst vorgelegen, wenn sie nicht nur ausser Stande gewesen wäre, die zu liefernde Ware sich von ihrem Käufer zu beschaffen, sondern auch, sie sonstwie erhältlich zu machen (vergl. die Entscheidung des Bundesgerichtes vom 29. Juni 1917 in Sachen Munzinger & C^{te} gegen Adler). Einen Beweis in diesem Sinne aber hat sie nicht anboten, geschweige denn erbracht.

6. — Heute ist die eingeklagte Schadenersatzforderung endlich noch aus dem Grunde bestritten worden, weil ihr eine gesetzlich gültige Substanziierung mangle. Hiefür hat sich die Beklagte auf den Bundesgerichtsentscheid in Sachen Lederfabrik Durlach, Hermann und Ettler gegen S. Heim & Söhne (EB 41 II, speziell auf S. 680) berufen, wonach das Bundesgericht die Auffassung des zürcherischen Obergerichtes als nicht bundesrechtswidrig erklärte: die damalige Klägerin habe weder die Unmöglichkeit einer anderweitigen Eindeckung behauptet, noch irgend welche Angaben über die Preislage der (zum Zwecke der Verarbeitung in ihrem Betriebe) gekauften Ware gemacht und ihre Ersatzforderung sei daher als nicht genügend substantiiert abzuweisen. Allein damit will das Bundesgericht nicht besagen, der Käufer einer Gattungssache müsse sich im Falle der Nichtlieferung unter allen Umständen eindecken, um überhaupt einen Schadenersatzanspruch gegen den Verkäufer erlangen zu können. Vielmehr wird damit der Unterlassung eines Deckungs-

kaufes nur in dem Sinne Bedeutung beigelegt, dass andernfalls die erforderlichen Anhaltspunkte für eine zuverlässige Schadensberechnung (unter Umständen) vorhanden gewesen wären, während sie nunmehr fehlen, nachdem der Käufer auch sonst nicht irgend welche Angaben über die Preislage der Ware zur fraglichen Zeit gemacht habe. In seinen späten Entscheiden in Sachen R. & E. Huber c. Bencsak und Metallpapierwerke A.-G. c. Kohlrusch (BE 43 II S. 179-180 und 221-222) hat denn auch das Bundesgericht unter näherer Begründung eine solche allgemeine Verpflichtung zur Eindeckung, die eine notwendige Voraussetzung des Rechtes auf Schadenersatz bilden würde, verneint. Sich einzudecken ist der Käufer nicht schlechthin gehalten, sondern nur in der Meinung und insoweit, als es ihm obliegt, das ihm nach den Umständen Zuzumutende von sich aus vorzukehren, damit der infolge der Nichterfüllung sonst zu gewärtigende Schaden vermieden werde oder sich doch tunlich verringere. Unterlässt er solches, so kann der auf Schadenersatz belangte Verkäufer ihm entgegenhalten, die vom Käufer zu verantwortende Untätigkeit habe den Schaden entweder ausschliesslich verursacht oder doch zu dessen Entstehung mitverursachend beigetragen — neben dem in der Nichterfüllung liegenden ursachlichen Verhalten des Verkäufers —, und daher müsse er, der Käufer, den Schaden ganz oder teilweise auf sich nehmen, (so nun auch SCHULTZ, in der Schweizerischen Juristenzeitung, Heft 1 von 1918, S. 202).

Geht man aber hievon aus, so muss die Ersatzforderung des Klägers nicht nur als genügende Substanziiert, sondern auch mit der Vorinstanz als für den ganzen eingeklagten Betrag von 10,000 Fr. nachgewiesen gelten. Unbehelflich ist es allerdings, wenn der Kläger in erster Linie anbringt, der Verkaufspreis für schweizerische Haushaltungsschokolade habe im massgebenden Zeitpunkt in Deutschland 7 Fr. 30 Cts. das Kg. betragen. Der Kläger hatte nämlich

bereits zu 6 Fr. an Bollag verkauft und war also verpflichtet, die Ware zu niedrigerem Preise nach Deutschland weiterzugeben, so dass ein allfällig höherer Marktpreis für die Berechnung des entgangenen Gewinnes ausser Betracht fällt. Der Einkaufspreis des Klägers betrug nun 5 Fr.; seine eigene Preisforderung war durch Bankakkreditiv garantiert und die Weiterexpedition nach Deutschland bot für ihn keine Risiken, da in Basel zu erfüllen war. Unter diesen Umständen muss ihm aus der Nichtlieferung der Beklagten in der Tat ein Schaden von 10,000 Fr. erwachsen sein, sofern nicht im Sinne des oben Gesagten anzunehmen ist, die Unterlassung eines Deckungskaufes sei rechtlich die eigentliche Schadensursache oder doch als Mitursache in Betracht zu ziehen. In dieser Hinsicht hat man aber mit der Vorinstanz (vergl. auch SCHULTZE, a. a. O.) die Behauptungs- und Beweislast als im Grundsätze dem seine Ersatzpflicht bestreitenden Verkäufer obliegend anzusehen. Denn er hat durch seine Nichtlieferung die Lage geschaffen, die zum Schadenseintritt führen musste, sofern und soweit dieser nicht allfällig noch durch die Gegenmassnahme eines Deckungskaufes abgewendet werden konnte. Und daher soll nunmehr auch er dartun, dass diese Massnahme, zu der er auf Grund eigener Vertragswidrigkeit den Käufer verhalten wissen wollte, wirksam, als geeignetes Mittel der Schadensabwendung, hätte vorgenommen werden können und dass sie, ungeachtet der damit verbundenen Bemühungen, Kosten und Risiken, dem Käufer nach der Sachlage billiger Weise habe zugemutet werden dürfen. Zum mindesten muss die Frage dann auf diese Art gelöst werden, wenn, wie hier, infolge der ausserordentlichen wirtschaftlichen Verhältnisse die Ware nicht mehr in der gewöhnlichen Weise gehandelt wird und unverhältnismässig grossen und unerwarteten Preisschwankungen bei dauernder Tendenz zur Preissteigerung unterliegt. Den Gegenbeweis der Möglichkeit eines der Schadensvermeidung dienlichen, vom Kläger zu

verlangenden Deckungskaufes hat aber die Beklagte nicht erbracht, sie hat nicht einmal in Abrede gestellt, dass die Ware seit dem Verkaufe an den Kläger wirklich im Preise gestiegen ist.

7. — Zu prüfen ist endlich, und zwar auf Grund von Art. 43 Abs. 1 OR (vergl. BE 43 II S. 177-178) in welchem Umfange die Beklagte für den eingetretenen Schaden von 10,000 Fr. ersatzpflichtig sei. In dieser Hinsicht ist zunächst gestützt auf die zutreffende Würdigung der Verhältnisse im angefochtenen Entscheide anzunehmen, dass die Beklagte kein Verschulden an der Nichtlieferung trifft. Durch den Vertragsabschluss mit Widemann, welche letztern sie nach ihren bisherigen Erfahrungen als zuverlässigen Lieferanten betrachten durfte, hatte sie mit der gehörigen Umsicht das erforderliche vorgekehrt, um sich die Erfüllung ihrer eigenen Lieferungsspflicht zu sichern, und als dann Widemann nicht rechtzeitig lieferte, tat sie das ihrige, um doch noch baldigst Erfüllung zu erhalten. Wenn sodann auch als denkbar noch die Möglichkeit verblieb, die Ware hinterher von anderswo innerhalb der vom Kläger angesetzten Erfüllungsfrist zu beschaffen, so kam doch dieser Möglichkeit angesichts der Unsicherheit und Erschwerung rascher Erhältlichmachung von Ersatzware kaum genügende praktische Bedeutung zu, um sie zu Ungunsten der Beklagten in Betracht ziehen zu können. Wesentliche Momente für eine Herabsetzung der Ersatzpflicht liegen auch in den nach Art. 43 ferner zu berücksichtigenden Umständen des Falles und zwar ergeben sie sich aus dem Charakter des streitigen Kaufes und der daraus abgeleiteten Schadenersatzforderung. Es handelt sich um ein « Kriegsgeschäft » und bei solchen sind erfahrungsgemäss die der richtigen Erfüllung entgegenstehenden Risiken und Hemmnisse im Verhältnis zu den normalen Geschäften bedeutend grösser, was beim Fehlen besonderer gegenteiliger Vereinbarungen eine gewisse Milderung der Haftung des Schuldners recht-

fertigt (BE 43 II S. 178). Dem Kläger ist ferner durch die Nichterfüllung kein positiver Schaden erwachsen, sondern nur ein Gewinn entgangen. Er erklärt dabei selbst (Protokoll des Appellationsgerichtes S. 5), dass dieser Gewinn ein hoher gewesen wäre, und in der Tat müsste er, vom Standpunkte der normalen Rendite solcher Geschäfte aus betrachtet, als ein ausserordentlich grosser gelten, da er 20% des Einkaufspreises betrüge und damit das handelsübliche Mass um ein mehrfaches überschreiten würde. Sodann wäre er erzielt worden auf unentbehrlichen Bedarfsgegenständen, (zu denen bei der herrschenden Lebensmittelknappheit auch die Chokolade gehört), in einer Zeit wirtschaftlichen Notstandes weiter Konsumentenkreise. Wenn auch das Geschäft, aus dem er resultieren sollte, Ausfuhrware betrifft und daher durch die geltenden Bestimmungen gegen den Sozialwucher strafrechtlich nicht verpönt ist, so hat es mit den unter diese Bestimmungen fallenden Geschäften doch wirtschaftlich insoweit eine gewisse Aehnlichkeit, als auch Geschäfte mit Ausfuhrware in Ansehung des Inlandsbedarfes preissteigend wirken können. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der fragliche Kauf nur das Endglied einer Kette von Mittelsgeschäften bildet, die sich zwischen die Erzeugung der Ware und deren geplante Ausfuhr eingeschoben haben und von denen jedes zur Verteuerung der Ware beizutragen vermochte. Dessen musste sich auch der Kläger bewusst sein, da er sich, wie namentlich aus dem wegen Nahrungsmittelwucher gegen ihn ausgefallten Strafurteil hervorgeht, in Kriegshandels-geschäften vielfach betätigt. Alle diese Momente volkswirtschaftlicher und sozialetischer Natur betreffend den Charakter des streitigen Kaufes sprechen für eine Abschwächung der vom Kläger in Anspruch genommenen strengen Schadenshaftung der Beklagten (vergl. auch BE 43 II S. 323). Bei Würdigung dessen und unter Berücksichtigung der oben der Verschuldensfrage gegebenen Lösung erscheint es als der Sachlage angemessen, die

Beklagte zum Ersatz eines entgangenen Gewinnes von 8%, also mit der Vorinstanz zur Bezahlung von 4000 Fr. zu verhalten, wozu, wie an sich nicht bestritten, Verzugszins zu 5% seit dem 28. September 1916, dem Zeitpunkt der Klageeinreichung, kommen. Unter diese Summe herabzugehen, wie die Beklagte mit ihrem eventuellen Begehren auf Zusprechung von nur 2500 Fr. verlangt, rechtfertigt sich nicht, auch nicht aus dem von der Beklagten namentlich angeführten Grunde, dass der handelsübliche Gewinn nur 5% betragen würde. Darauf kommt es angesichts der vertraglichen Gebundenheit der Beklagten und ihrer daraus folgenden Ersatzpflicht nicht an, sobald einmal das Geschäft einer Anfechtung wegen wucherhaften Gewinnes unzugänglich ist.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Hauptberufung und die Anschlussberufung werden abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 1. Mai 1917 wird bestätigt.

103. Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. Dezember 1917

i. S. Greminger, Beschwerdeführerin
gegen Rekurskammer des Zürch. Obergerichts.

Amortisation von Inhaberpapieren: Art. 849 ff OR. Bankobligation ist Inhaberpapier trotz Namensvermerk und Uebertragungsrubrik, wenn sie eine klare und bestimmte Inhaberklausel enthält.

A. — Auf Antrag des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung, hat die Rekurskammer des zürcherischen Obergerichts mit Beschluss vom 20. Oktober 1917 der Beschwerdeführerin den von ihr verlangten Aufruf einer Obligation der Schweizer. Bodenkreditanstalt verweigert. Hiegegen hat die Beschwerdeführerin gemäss Art. 86 Ziff. 4 OG

die zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht ergriffen.

B. — Aus dem Text der fraglichen Obligation sind für den Prozess folgende Stellen erheblich:

« Die Schweizerische Bodenkreditanstalt bekennt hie- mit,

Frau Bertha Greminger

F ü n f t a u s e n d F r a n k e n

schuldig zu sein. »

« Diese Obligation wird zu 5% für das Jahr und zwar halbjährlich je auf. . . . durch Einlösung der beigegebenen Coupons verzinst und dem jeweiligen Vorweiser nach erfolgter Kündigung zurückbezahlt. »

Auf der Rückseite:

« Uebertragungen »

» an
» den
» Unterschrift: »

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. — Die Vorinstanz hat den Aufruf der in Frage stehenden Obligation mit der Begründung verweigert, es handle sich um eine Namensobligation und nicht um ein Ordre- oder Inhaberpapier, für welches letztere das OR allein die Amortisation zulasse.

Die Beschwerdeführerin hat hiegegen eingewendet, der streitige Titel sei ein amortisationsfähiges Wertpapier an Ordre bzw. auf den Inhaber.

2. — Das OR sieht drei verschiedene Verfahren vor für die Kraftloserklärung von Schuldurkunden, je nachdem es sich handelt um schlichte Beweisurkunden (Art. 90) oder Ordrepapiere (Art. 844 in Verbindung mit Art. 793 ff.) oder Inhaberpapiere (Art. 849 ff.).

Nach den Ausführungen der Beschwerdeführerin kommt für den streitigen Titel in erster Linie das Amortisations-