

dass der der Klägerin im Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 30. April 1918 zugesprochene Betrag von 30,000 Fr. auf 10,000 Fr. reduziert wird.

92. Urteil des I. Zivilabteilung vom 20. Dezember 1918

i. S. Pfister gegen Hufschmid.

Kauf: Leistungsunmöglichkeit oder blosse Lieferungserschwerung? Wer innert Frist liefern muss, darf mit der Eindeckung nicht bis zum Ende der Frist warten, falls er die Eindeckungsschwierigkeiten voraussehen kann und eine Eindeckung im Verlaufe der Frist möglich gewesen. Lieferungserschwerung als Grund der Ersatzreduktion. **Wahlerklärung** nach Art. 107 « unverzüglich » abgegeben, wenn sofort nach Erhalt eines gegen die Fristansetzung provozierten Rekursentscheides.

A. — Am 15. Dezember 1915 bestellte der Kläger beim Beklagten 10,000 kg Stahlspähne à 64 Fr. per 100 kg Sorte mittel und 67 Fr. Sorte fein, und am 27. Dezember 1915 weitere 25,000 kg. Beide Bestellungen wurden vom Beklagten nur unter Vorbehalt richtigen Rohmaterial-eingangs akzeptiert. Nachdem an den ersten Vertrag 3000 kg geliefert worden waren, schlossen die Parteien am 28. Juni 1916 in Erledigung einer Klage auf Lieferung und Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung einen Vergleich ab.

« 1. Herr A. Pfister, Pfäffikon liefert an Herrn G. Hufschmid, St. Immer :

» 3000 kg Stahlspähne anfangs Juli 1916, à conto des » Kontraktes von 20 bis 25,000 kg, mit Preiszuschlag » von 13 Fr. 50 Cts. per 100 kg.

» 3000 kg per Ende Juli 1916 à conto restliche 7000 kg » zum vereinbarten Preise von 64 Fr. für « Mittel » und » 67 Fr. für « Fein ».

» 3000 kg per Anfang August, à conto Kontrakt 20

» bis 25,000 kg zu dannzumal, auf Grund des Draht- » preises festzustellendem Preise.

» 4000 kg per Ende August 1916, à conto restliche » 7000 kg (Saldo) zum Preise von 64 Fr. und 67 Fr.

» Restlieferung des Kontraktes von 20 bis » 25,000 kg bis Ende 1916 zu den auf Grund des zur Zeit » der Lieferung gültigen, jeweiligen Drahtpreises, fest- » zustellenden Preisen.

» 2. Ist es Herr Pfister unmöglich, das benötigte » Material, sowohl Draht als Papier erhältlich zu machen, » so fällt der Vergleich dahin.

» 3. Herr Hufschmid behält sich vor, für den Fall, » dass der Vergleich widerrechtlich nicht gehalten würde, » Schadenersatz für verspätete Lieferung der restlichen » 7000 kg und der 20 bis 25,000 kg Stahlspähne, gestützt » auf die Kontrakte vom 11. und 22. Dezember 1915, zu » verlangen »

In der Folge lieferte der Beklagte das Restquantum aus dem ersten Vertrag, 7000 kg, und an den zweiten Vertrag 6000 kg. Weitere Sendungen unterblieben. Am 1. Februar 1917 liess der Kläger dem Beklagten durch den Einzelrichter des Bezirksgerichtes Pfäffikon eine einmonatliche Nachfrist ansetzen. Hiegegen rekurrierte Pfister an das zürcherische Obergericht, dessen Rekurskammer jedoch am 7. März 1917 den Rekurs abwies. Dieser Entscheid ging dem klägerischen Anwalt am 14. März 1917 zu, worauf er am folgenden Tag namens seines Klienten den Verzicht auf die Vertragsleistung des Beklagten erklärte und Ersatz wegen Nichterfüllung verlangte. Sodann erhob er Klage beim zürcherischen Handelsgericht, indem er um Zusprechung von 13,172 Fr. Schadenersatz nachsuchte.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage wegen Leistungsunmöglichkeit. Eventuell machte er geltend, der Kläger habe laut Vergleich nur mehr einen Schadenersatzanspruch wegen Verspätung. Weiter eventuell bestritt er das Quantitativ des klägerischen Anspruches.

B. — Das Handelsgericht wies nach Durchführung eines Beweisverfahrens die beiden ersten Einwendungen des Beklagten ab und schützte die Klage grundsätzlich. Im Quantitativ kam es dagegen zu einer Reduktion, weil entgegen der Ansicht des Klägers der Beklagte aus dem zweiten Vertrag, bezw. mit Rücksicht auf die diesbezügliche Vergleichsbestimmung, nur 20,000 nicht 25,000 kg Spähne zu liefern verpflichtet gewesen sei. In Betracht komme daher nur noch ein Quantum von 14,000 kg, das er zu 15,522 Fr. hätte liefern müssen, während der Kläger in einem mit dem Comptoir Franco-Suisse S. A. in Lausanne abgeschlossenen allerdings nur teilweise zur Ausführung gelangten, Deckungsgeschäft einen Preis von 23,870 Fr. hätte zahlen müssen. Sein Schade betrage demnach 8348 Fr., in welchem Betrage die Klage zu schützen sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Im Streite liegen, da in dieser Hinsicht das erstinstanzliche Urteil nicht angefochten worden ist, nur noch 14,000 kg Stahlspähne als Restlieferung aus dem zweiten Kaufvertrag.

2. — Wie vor erster Instanz hat der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung in erster Linie mit der Behauptung zu stützen versucht, die Erfüllung seiner Leistungspflicht sei ohne sein Verschulden unmöglich geworden.

Diese Unmöglichkeit wird einmal daraus abgeleitet, dass der Kläger die Ware zum Export nach Frankreich bestimmt habe, während das von Deutschland zu beziehende Rohmaterial nur unter der Bedingung der Nichtausfuhr nach den Ententeländern zu erhalten gewesen sei.

Dieser Einwand erledigt sich durch die verbindliche Feststellung der Vorinstanz, die fragliche Verkehrsbeschränkung habe nur für zu Kriegszwecken bestimmte Waren gegolten, während Stahlspähne nicht unter diese Warenkategorie zu rechnen seien.

In zweiter Linie nimmt der Beklagte den Standpunkt ein, seine Leistung sei zufolge Erschwerung der Rohmaterialzufuhr unmöglich geworden.

Auch diesen Einwand hat das Handelsgericht abgelehnt, und zwar, weil feststehe, dass der Beklagte im Laufe des Jahres 1916 70,000 kg des für die Stahlspähnefabrikation nötigen Walzdrahtes erhalten habe.

Diese Feststellung kann nun allerdings nicht ohne weiteres massgebend sein, weil nicht der ganze Jahresbezug, sondern nur derjenige seit Eingehung der Vergleichspflicht für die Frage in Betracht kommen kann, ob die Erfüllung dieser Verpflichtung möglich gewesen ist oder nicht. Im zweiten Halbjahr 1916 hat nun aber der Beklagte nur 30,000 kg Draht erhalten, während er für die dem Kläger laut Vergleich noch zu liefernden 27,000 kg Spähne 33,750 kg Draht bedurft hätte.

Andererseits ergeben die angeführten Ziffern aber doch, dass von einer absoluten, objektiven oder subjektiven, Leistungsunmöglichkeit nicht gesprochen werden kann. Die an den Kläger im zweiten Halbjahr 1916 gelieferten 13,000 kg Spähne haben nur 16,350 kg Rohmaterial verbraucht, und die Einwendung des Beklagten, er habe noch andere Kunden bedienen und daher den Rest des Rohmaterials für sie verwenden müssen, ist vom Handelsgericht aus prozessualen, vom Bundesgericht daher nicht überprüfbaren Gründen zurückgewiesen worden. Pfister hätte daher zum mindesten noch aus den restierenden 13,650 kg Walzdraht dem Kläger Spähne anfertigen und liefern sollen. Dabei wäre dann nur noch ein Quantum von circa 3000 kg restant geblieben. Bezüglich dieser 3000 kg könnte man allenfalls von einer Unmöglichkeit der Leistung sprechen, denn es steht fest, dass der Beklagte sich sehr um die Erlangung weiteren Rohmaterials bemüht, sich immer wieder an seine ständigen Lieferanten in Biel und Luzern gewandt, Zeitungsinserate erlassen und bei der Eisenzentrale Vorstellungen gemacht hat, ohne mehr als die 30,000 kg Draht erhalten zu können.

Dazu kommt, dass auch der Kläger mit seinen in gleicher Richtung gemachten Versuchen verschiedenerorts abgewiesen wurde. Immerhin gelang es ihm doch, vom Comptoir Franco-Suisse in Lausanne noch ein kleineres Quantum zu erhalten, was darauf schliessen lässt, dass der Beklagte doch wohl auch noch das kleine Rest-Quantum von 3000 kg hätte decken können, wenn er sich noch an weitere Firmen gewendet und entsprechend höhere Preise bezahlt hätte.

In der bundesgerichtlichen Verhandlung versuchte der Anwalt des Beklagten, den Beweis der Unmöglichkeit der Vergleichserfüllung daraus abzuleiten, dass im letzten Teil des zweiten Halbjahres 1916 wenigstens der Einkauf von Walzdraht gänzlich unmöglich gewesen sei. Nun habe aber derjenige, der sich zu einer Leistung innert einer Frist verpflichtete, das Recht, mit der Leistung bis an das Ende der Frist zuzuwarten, bzw. sich für dieselbe erst dann einzudecken, und dementsprechend befreie ihn eine gegen Ende der Frist eingetretene Leistungsunmöglichkeit ebensogut, wie wenn diese Unmöglichkeit während des Laufes der ganzen Frist angedauert hätte.

Dieser Auffassung ist, ohne dass die Frage der Unmöglichkeit für das Ende der Frist noch speziell untersucht zu werden braucht, grundsätzlich entgegenzuhalten, dass ein derartiges Zuwarten auf eine gegen Ende der Frist sich vielleicht zeigende Erfüllungsmöglichkeit zum mindesten dann nicht, bzw. nur unter dem Risiko des Verkäufers, statthaft ist, wenn die Erfüllungsschwierigkeiten voraussehbar waren. Denn dann kommt es einer Verletzung seiner Sorgfaltspflicht gleich, wenn der Verkäufer sich bietende Deckungsmöglichkeiten verpasst, trotzdem er nicht weiss, ob sich spätere noch finden werden, ob er also seine Vertragspflichten werde erfüllen können. Diese Lösung ist insbesondere den gegenwärtigen Kriegsverhältnissen allein angemessen, werden doch regelmässig gerade wegen allfälliger Lieferungsschwierigkeiten die Fristen weiter erstreckt als in normalen Zeiten,

nicht, damit der Pflichtige zuwarte bis zum Ende der Frist, sondern damit er die Frist ausnütze. Uebrigens war ja das auch gerade der Sinn der vergleichsweisen Lieferungserstreckung im vorliegenden Fall.

3. — Mit zutreffender Begründung hat das Handelsgericht sodann auch den weiteren gegen die Klage erhobenen Einwand zurückgewiesen, laut Vergleich Ziff. 3 hätte der Kläger nur noch Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen können. In der Tat ergibt sich aus der Vorgeschichte des Vergleiches, dass es den Parteien in erster Linie um die Erledigung einer auf Schadenersatz wegen Verspätung gerichteten Klage zu tun war. Diesem Umstand wurde der Wortlaut des Vergleiches angepasst, ohne dass dabei offenbar auf das Wahrecht aus Art. 107 OR verzichtet werden wollte.

Unstichhaltig ist sodann auch der ebenfalls gegen das Fundament der Klage gerichtete Einwand, der Kläger habe seine Wahlerklärung (Art. 107 OR) nicht unverzüglich abgegeben. Diese Einrede ist dem Beklagten schon deswegen abgeschnitten, weil er es war, der die Abklärung der Sachlage durch seinen Rekurs gegen die richterliche Nachfristansetzung verzögerte. Sobald aber der Rekursentscheid dem Kläger zuzuging, hat er auch sofort seine Wahl kundgegeben und damit dem « unverzüglich » des Art. 107 Genüge getan.

Endlich befreit auch der Vorbehalt des Rohmaterial-einganges den Beklagten nicht. Selbst wenn man diesen Vorbehalt, wie er in Offerte und Bestätigungsschreiben vom 22. und 27. Dezember 1915 enthalten ist, dahin auffassen sollte, der Beklagte sei bei blosser Erschwerung der Rohmaterialbeschaffung befreit, so sagt doch der Vergleich in Ziff. 2 ausdrücklich nur, die Verpflichtung Pfisters falle mit ihrem Unmöglichwerden dahin. Hierin liegt zweifellos eine Erschwerung der Stellung des Beklagten, die er sich offenbar gefallen lassen musste, um die Erstreckung seiner Lieferfrist zu erlangen.

4. — Hinsichtlich des Quantitatifs hat der Kläger auf

einen mit der S. A. Comptoir Franco-Suisse in Lausanne abgeschlossenen «Deckungs»-Kauf abgestellt. Dieses Kaufgeschäft ist nur zum Teil zur Ausführung gelangt. Die Parteien hatten sich mit Rücksicht auf die steigende Tendenz der Preise für die einzelnen Teillieferungen neue Preisberedungen vorbehalten, konnten sich aber abgesehen von den beiden ersten Lieferungen von 1000 und 150 kg nicht mehr einigen.

Der Beklagte hat diesem Kauf den Charakter eines Deckungsgeschäftes abgesprochen, weil er vor Ablauf der Nachfrist und nicht in Deckungsabsicht kontrahiert worden sei.

Die erstere dieser Bemängelungen erweist sich ohne weiteres als unbegründet. Ein zu früher Deckungskauf hätte dem Beklagten nur bei sinkender Preistendenz ein Recht zu Einwendungen gegeben, nicht aber in einem Falle wie dem vorliegenden, wo die frühere Eindeckung seinen Interessen dienlich gewesen ist. Sodann aber kann auch die Deckungsabsicht des Klägers nicht bezweifelt werden. Dass der Kauf einige Tage vor Ablauf der Nachfrist, deren Nichtbenützung vorauszusehen war, vorgenommen wurde, vermag die Wahrscheinlichkeit des Zusammenhanges von Nichtleistung und Deckung nicht aufzuheben, und die übrige Aktenlage, auf deren Würdigung durch die Vorinstanz verwiesen werden kann, spricht wiederum nicht gegen die klägerische Darstellung.

Zweifelhaft dagegen erscheint die Frage, ob der Deckungskauf, trotzdem er von Anfang an nur für ein Teilquantum definitiv, d. h. mit definitiver Preisberedung geschlossen wurde, dennoch einer konkreten Schadensberechnung zur Grundlage dienen kann. Denn für das Restquantum über 1150 kg hinaus fehlt eine Festlegung des Kaufpreises. Andererseits steht einer abstrakten Schadensberechnung nach dem Wortlaut des Gesetzes entgegen, dass für die streitigen Stahlspähne ein Markt- oder Börsenpreis nicht nachgewiesen wurde.

Nun ist aber Art. 191 OR nicht so aufzufassen, als ob

dem Käufer nur die beiden Schadensberechnungsmethoden der Abs. 2 und 3 zur Verfügung stehen. Vielmehr ergibt sich aus Abs. 1 klar, dass jede Art des Schadensnachweises zulässig ist. Von diesem Standpunkte aus kann aber zweifelsohne der Abschluss mit dem Comptoir Franco-Suisse berücksichtigt werden, auch wenn der Preis nur für einen Teil der dem Kläger zu liefernden Waren festgesetzt wurde. Zwar ist dieser Preis höher als derjenige, den der Beklagte hätte verlangen können, aber es spricht doch nichts dafür, dass er wesentlich übersetzt gewesen wäre.

5. — Die Schadensberechnung der Vorinstanz hält somit sämtlichen Einwendungen des Beklagten stand. Sie ist aber auch vom Kläger in seiner Anschlussberufung zu Unrecht angefochten worden.

Nach seiner Auffassung hätte die Vorinstanz einfach die Erhöhung des Rohmaterialpreises über die verabredeten Grundpreise zum Kaufpreis schlagen sollen, während sie diese Erhöhung zunächst zum Rohmaterialpreis geschlagen und dann berechnet habe, welche Erhöhung demgemäss die Herstellungskosten des verarbeiteten Produktes erfahre.

In seiner Offerte vom 22. Dezember 1915 hat der Beklagte den fraglichen Preiserhöhungsvorbehalt so gefasst, dass die Preise sich «gemäss Erhöhung des Drahtpreises» ändern sollen, und in seinem Bestätigungsschreiben vom 27. Dezember 1915 erklärt der Kläger für den Fall einer Erhöhung des Drahtpreises sich bereit, «für das in jenem Moment von diesen 25,000 kg noch rückständige Quantum den gleichen Aufschlag, höchstens aber 3 Fr. per 100 kg zu bezahlen». Weder die eine noch die andere Fassung dieses Vorbehaltes ergibt zwingend, wie die Parteien sich die Preiserhöhung gedacht haben. Immerhin weist die Offerte des Beklagten doch eher darauf hin, dass an eine dem Rohmaterialpreis entsprechende Preiserhöhung gedacht wurde. Dazu kommt nun aber, dass diese von der Vorinstanz akzeptierte Berechnungsart auch vom

kaufmännischen Standpunkt aus als die richtigere erscheint. Wer sich gegen eine allfällige Erhöhung der Rohmaterialpreise durch eine Erhöhung des Verkaufspreises des verarbeiteten Produktes decken will, der muss diesen Verkaufspreis derart erhöhen, dass er für die ganze Verteuerung des Rohmaterials gedeckt ist, während hier der Beklagte nach Ansicht des Klägers die Erhöhung des Drahtpreises in dem Umfange an sich zu tragen hätte, in dem bei der Verarbeitung Abfälle entstehen. Die natürlichere Berechnungsart ist somit unbedingt die von der Vorinstanz gewählte. Mangels Beweises einer anderen Parteimeinung ist ihr daher gegenüber der vom Kläger angestrebten der Vorzug zu geben.

6. — Nach dem Gesagten kann an der vorinstanzlichen Schadensberechnung eine Aenderung nicht vorgenommen werden. Fraglich bleibt dagegen, ob nicht in der Bemessung der Ersatzpflicht das Handelsgericht von unrichtigen rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen ist.

Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht in konstanter Praxis (vergl. insbes. AS 43 II 174) sich auf den Boden gestellt hat, auch eine (zufolge der Kriegsverhältnisse eingetretene) blosser Erschwerung der Leistung nicht nur eine eigentliche Leistungsunmöglichkeit sei zu Gunsten des Pflichtigen zu berücksichtigen, nicht zwar im Sinne einer gänzlichen Befreiung, wohl aber im Sinne einer Reduktion seiner Ersatzpflicht gemäss Art. 99 und 43 OR. Eine derartige Erschwerung liegt hier nun aber ohne Zweifel vor. Es ist oben schon festgestellt worden, dass der Beklagte sich sehr um die Erlangung von Walzdraht bemüht hat und insbesondere auch, dass auch die Bemühungen des Klägers, Rohmaterial zu beschaffen, im wesentlichen vergebliche waren. Dementsprechend kommen hier die im zitierten Entscheid des Bundesgerichts aufgestellten Grundsätze voll und ganz zur Anwendung und zwar rechtfertigt das Mass der Leistungserschwerung eine Reduktion der Ersatzpflicht

auf circa die Hälfte des Schadensbetrages, nämlich auf 4000 Fr.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Anschlussberufung wird abgewiesen. Die Hauptberufung wird teilweise gutgeheissen und der vom Handelsgericht Zürich dem Kläger zugesprochene Betrag auf die Summe von 4000 Fr. reduziert.

93. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Dezember 1918
i. S. **Antony** gegen **Wirth & Cie.**

K a u f. Unmöglichkeit der Lieferung während der Kriegszeit. Keine definitive Befreiung, sondern grundsätzliche Aufrechthaltung der Lieferpflicht. Notwendigkeit ihrer Beschränkung, insbesondere in zeitlicher Hinsicht.

A. — Der Kläger ist Besitzer einer mechanischen Zwirnerei in Mülhausen i/E., die Beklagte betreibt eine mechanische Spinnerei in Dieffurt. Im Mai und Juni 1915 kaufte ersterer von letzterer folgende Posten Baumwollgarne :

- « Am 15. Mai 1915 N° 100 M. J. Joan. peig. 3500 kg » à 7 Fr.
- « am 15. Mai 1915 N° 99 M. M. peig. 2000 kg à 6 Fr. 85,
- » am 9. Juni 1915 N° 101 M. M. peig. 8000 kg à 6 Fr. 50,
- » am 12. Juni 1915 N° 101 peig. Joan 12,000 kg à 6 Fr. 50,
- » am 15. Juni 1915 N° 101 Joan. peig. 5000 kg à 6 Fr. 50,
- » am 21. Juni 1915 N° 100/1 do. peig. 20,000 kg » à 6 Fr. 50. »

Die beiden ersten Bestellungen wurden effektiert, die letzten vier, mit zusammen 45,000 kg, welche vom Oktober 1915 bis Januar 1916 lieferbar waren, dagegen nicht.