

jener Auffassung anerkannt, denn es ist klar, dass sie sich im eigenen Interesse des heutigen Beklagten gegenüber der « Saphir » so gut als möglich wehren musste, weshalb es nahe lag, dass sie auch diesen Standpunkt einnahm. Wenn das Bundesgericht damals den Einwand als unbegründet erklärt und infolgedessen die Klägerin zur Bezahlung von Schadenersatz an die « Saphir » verurteilt hat, so hindert dies nicht, die Frage auf Grund der vorliegenden Akten einer neuen materiellen Prüfung zu unterwerfen, wobei das Hauptgewicht auf die Gültigkeit des Kaufes Keim-Munzinger & C^{ie} zu legen ist. Diese Prüfung, auf Grund des inzwischen besser abgeklärten Sachverhaltes, zeigt aber, dass tatsächlich schon der erste Kauf gegen Art. 1 litt. c der bundesrätlichen Verordnung vom 10. August 1914 betreffend Verteuerung von Nahrungsmitteln und andern unentbehrlichen Bedarfsgegenständen verstieß. Nach dieser Bestimmung macht sich des Wuchers schuldig wer, in der Absicht, aus einer Preissteigerung geschäftlichen Gewinn zu ziehen, im Inland Einkäufe von Nahrungsmitteln oder andern unentbehrlichen Bedarfsgegenständen macht, die sein gewöhnliches Geschäftsbedürfnis erheblich übersteigen. Diese Voraussetzungen treffen in casu nach der Auslegung, welche das Bundesgericht ihnen gegeben hat (vergl. insbes. Urteil des Kassationshofes vom 3. Dezember 1918 i. S. Bloch, AS 44 I S. 208 ff.), in allen Teilen zu. Denn die gedachte Vorschrift will solche Geschäfte als illegitim und irregulär ausschliessen, die als volkswirtschaftlich überflüssig und schädlich erscheinen, indem sie im wirtschaftlichen Leben des Landes keine nützliche Funktion erfüllen, sondern bloss privatwirtschaftlichen Spekulationen dienen und daher die Wirtschaftsorganisation stören, insbesondere durch Herbeiführung von Preissteigerungen allgemein nachteilig wirken, was gerade hier der Fall sein musste; und sie umfasst, wie das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat, den ganzen sog. Kettenhandel. Es braucht daher nicht neuerdings

geprüft zu werden, ob der Kauf Munzinger & C^{ie} / « Saphir » zum Zwecke der Ausfuhr erfolgte, und daher seinerseits dem Art. 4 des Bundesratsbeschlusses vom 27. November 1915 betreffend Verkauf von Butter und Käse zuwiderlief.

War aber der zwischen den Parteien abgeschlossene Kauf wegen seines widerrechtlichen Inhalts nach Art. 20 OR nichtig, so ist klar, dass er keine Schadenersatzforderung begründen kann. Deshalb ist die vorliegende Klage abzuweisen, ohne dass auf die übrigen, vom Beklagten erhobenen Einwendungen einzutreten ist. Dem steht auch das Urteil des Bundesgerichts vom 9. Februar 1918 im früheren Prozesse zwischen den heutigen Parteien nicht entgegen, weil damals die Frage, ob die Klage nicht wegen Nichtigkeit des Kaufes unbegründet sei, nicht aufgeworfen und demgemäss auch nicht entschieden worden war.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird begründet erklärt, das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 4. Oktober 1918 aufgehoben und die Klage gänzlich abgewiesen.

43. Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. April 1919

i. S. Schweiz. Maschinen-Import-A.-G. c. Miéville.

Art. 107 Abs. 2 OR. Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Ausschluss der Haftung? Unzulässigkeit der Geltendmachung eines schon lange vor dem Ablauf der Nachfrist und der Verzichtserklärung auf die Lieferung liquidierten Schadens.

A. — Mit Schreiben vom 6. September 1916 offerierte die Beklagte, Schweiz. Maschinen-Import-A.-G. in Zürich, dem Kläger, Charles Miéville in Paris, unter Bezugnahme auf eine Besprechung : 10 Drehbänke « Vira » 150 B zum

Stückpreis von 3275 Fr. ab Zürich, zahlbar zu $\frac{1}{3}$ bei Bestellung und zu $\frac{2}{3}$ bei der Absendung gegen Vorweisung von Ursprungszeugnis und Ausfuhrbewilligung. Gestützt auf diese Offerte und eine telephonische Besprechung vom 8. September 1916 bestellte der Kläger an diesem Tage bei der Beklagten 5 Drehbänke « au prix unitaire de 3275 fr. payable en argent suisse »; dabei erklärte er: « Le délai de livraison est fixé au 10 octobre au plus tard. » Die Beklagte verdankte diese Bestellung mit Schreiben vom 12. September an den Bankier D. Miéville in Montreux, den Vater des Klägers, der für ihn bei diesem Geschäft korrespondierte und Zahlungen vermittelte; zugleich bestätigte sie den Empfang der vertraglichen Anzahlung (5458 Fr. 30 Cts. = $\frac{1}{3}$ des Kaufpreises).

Am 12. September 1916 telegraphierte der Kläger der Beklagten: « commande ferme cinq nouveaux Vira mêmes conditions délai 20 octobre vous mettre relation Miéville Montreux. » Am gleichen Tage bestätigte er die Bestellung schriftlich, teilte der Beklagten mit, dass er Miéville in Montreux angewiesen habe, ihr die verschiedenen Zahlungen zu leisten, und ersuchte sie, die Lieferung der Drehbänke möglichst zu beschleunigen. Die Beklagte ihrerseits bestätigte diese neue Bestellung mit Schreiben vom 15. September an D. Miéville in Montreux. Dieser liess ihr am 16. September weitere 5458 Fr. 30 Cts. als $\frac{1}{3}$ des Kaufpreises der zweiten Serie anweisen.

Auf eine telegraphische Erkundigung des Klägers vom 18. Oktober antwortete die Beklagte am 27. Oktober: « Tours suivront quelques jours. » Nach wiederholten Reklamationen seitens des Klägers schrieb die Beklagte am 21. November an D. Miéville, sie habe nun die Ausfuhrbewilligung erhalten für 5 Drehbänke, welche sie unverzüglich durch das Speditionshaus A. Natural, Le Coultre & C^{ie} nach Paris sende, und sie hoffe, in wenigen Tagen auch für die übrigen 5 Drehbänke die Ausfuhrbewilligung zu erhalten. Gleichzeitig stellte sie ihm

Faktura über die 5 am 8. September bestellten Drehbänke. Am 23. November antwortete ihr D. Miéville, dass er ihr dafür 11,066 Fr. 70 Cts. anweisen lasse, und am 2. Dezember bestätigte sie ihm den Empfang dieses Betrages als Saldo der Faktur. Der Kläger schrieb ihr dann am 18. Dezember, er habe ihr eine Bescheinigung zukommen lassen, dass die letzten 5 Drehbänke für die « aviation militaire » bestimmt seien, um ihr die Ausfuhr dieser Drehbänke zu erleichtern; sie solle ihm unverzüglich das genaue Datum telegraphieren, an welchem die Drehbänke abgegangen seien. Am 26. Dezember telegraphierte die Speditionsfirma A. Natural, Le Coultre & C^{ie} in Genf dem Kläger, sie habe erst 3 Drehbänke erhalten. Mit Schreiben an die Beklagte vom 8. Januar 1917 stellte der Kläger fest, dass — entgegen wiederholten Zusicherungen, wonach 5 Drehbänke abgegangen seien, die weiteren 5 fertiggestellt seien und Anfangs Januar folgen sollten — erst 3 Drehbänke in Genf seien, und erklärte ihr, er müsse nun für jede Drehbank pro Tag Verspätung 20 Fr. Schadenersatz verlangen. Die Beklagte antwortete am 16. Januar u. a., die von der ersten Serie restierenden 2 Stück seien auch ihr fakturiert worden, sie habe sie aber wegen Mangelhaftigkeit nicht akzeptieren können und habe der Fabrik deshalb Auftrag gegeben, sie zu ersetzen. Am 22. Februar teilte sie dem D. Miéville mit, sie gehe nun gegen den Fabrikanten der Drehbänke, John B. Metzler in Zürich, gerichtlich vor, da es absolut unmöglich sei, auf gütlichem Wege zu einer Lösung zu gelangen. Auf die wiederholten Mahnungen des Klägers bzw. seines Vaters hin verwies sie jeweilen auf ihren Prozess gegen Metzler. Am 11. Juni 1917 endlich setzte ihr D. Miéville zur Ablieferung der 7 letzten Drehbänke Frist bis 20. Juni, mit der Erklärung, wenn bis zum Ablauf dieses Tages die Drehbänke nicht mit der Ausfuhrbewilligung an die erwähnte Speditionsfirma in Genf abgeliefert seien, werde dieser Rest der Bestellung annulliert, und habe sie ihm die dafür bezahlte Summe nebst Zins

zurückzuerstatten. Diese Fristansetzung wiederholte er mit Schreiben vom 14. Juni 1917. Nachdem endlich 2 weitere Drehbänke in Genf angekommen waren, welche laut einem Schreiben der Beklagten am 5. Juni abgesandt worden waren, erklärte D. Miéville mit Schreiben vom 20. Juni der Beklagten, entgegenkommenderweise wolle er die Frist bis Samstag den 23. Juni verlängern, unter Wiederholung der Annullierungserklärung für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der Frist. Am 25. Juni telegraphierte Metzler dem D. Miéville, er habe diesen Vormittag die Ausfuhrbewilligung erhalten und die Drehbänke würden noch gleichen Tags abgehen. D. Miéville erklärte aber der Beklagten mit Brief vom 25. Juni, da die Drehbänke am 23. Juni nicht abgeliefert worden seien, sei die Bestellung annulliert, was er auch dem Metzler geantwortet habe. Er verlangte gleichzeitig von ihr unter Vorbehalt von Schadenersatzansprüchen die Rückerstattung der Anzahlung für die 5 letzten Drehbänke = 5458 Fr. 30 Cts. nebst 5% Zins seit der Zahlung.

B. — Mit der vorliegenden Klage verlangt er in erster Linie Rückerstattung der am 16. September 1916 geleisteten Anzahlung von 5458 Fr. 30 Cts. nebst 6% Zins von diesem Tage an. Die zweite Forderung von 15,131 Fr. setzt sich aus 3 Posten zusammen: 10,000 Fr. verlangt er, weil er diesen Betrag am 25. Mai 1917 an Paul Vaillant in Paris, dem er die 10 Drehbänke weiter verkauft hatte, wegen Nichtlieferung der damals restierenden 7 Drehbänke habe bezahlen müssen; 5000 Fr. fordert er als Gewinnentgang auf den 5 Drehbänken, die bis zum Ablauf der angesetzten Nachfrist nicht geliefert wurden. Er führt aus, er habe die Drehbänke an Vaillant zum Preise von 4500 Fr. pro Stück verkauft, für Fracht und Zollspesen berechne er 225 Fr. pro Stück, sodass sich sein Nettogewinn auf 1000 Fr. pro Stück gestellt hätte. 131 Fr. verlangt er als Zinsverlust auf dem Kaufpreis der im Juni 1917 abgelieferten 2 Drehbänke. Er macht geltend, er habe die letzten $\frac{2}{3}$ des Kaufpreises für diese 2 Drehbänke

($\frac{2}{3}$ von 6550 Fr. = 4366 Fr. 70 Cts.) statt im Juni 1917 schon am 23. November 1916 bezahlt, und die Beklagte habe ihm daher von diesen 4366 Fr. 70 Cts. 5% Zins zu vergüten für 6 Monate.

C. — Die Beklagte beantragt Abweisung der Klage und hat der Firma John B. Metzler in Zürich 1 den Streit verkündet.

D. — Durch Urteil vom 19. November 1918 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Beklagte verpflichtet, dem Kläger 5458 Fr. 30 Cts. nebst 6% Zins vom 25. Juni 1917 an und 10,776 Fr. 40 Cts. nebst 5% Zins vom 1. September 1917 an zu bezahlen, und die Mehrforderung abgewiesen.

E. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit den Anträgen, es sei aufzuheben und die Klage abzuweisen soweit sie den Betrag von 5458 Fr. 30 Cts. nebst Zins übersteige.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — (Aktenvervollständigungsbegehren.)
2. — Mit der Vorinstanz ist die Schadenersatzpflicht der Beklagten grundsätzlich zu bejahen. Es genügt in dieser Hinsicht, auf die in allen Teilen zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen, ohne dass die verschiedenen von der Beklagten im kantonalen Verfahren erhobenen Einwendungen im einzelnen erörtert zu werden brauchen. Dagegen hat die Beklagte heute zum ersten Mal den Standpunkt eingenommen, die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen Nichterfüllung seitens des Klägers sei schon durch den Kaufvertrag selber ausgeschlossen gewesen, indem jener in seinem Bestellungsschreiben vom 8. September 1916 erklärt habe: « Il est entendu que si pour une raison quelconque les machines ne pouvaient être exportées, la S. M. J. s'engage à me rendre le montant du dépôt fait à la commande, sans indemnité de part ni d'autre. » Allein, abgesehen

davon, dass die Beklagte sich heute zum ersten Mal auf diese Aeusserung des Klägers beruft, um daraus einen Rechtsschluss abzuleiten, ist der Einwand deshalb unbegründet, weil der Kläger damit doch jedenfalls nur sagen wollte, der Vertrag solle als aufgehoben gelten, wenn aus irgend einem unabwendbaren Grunde die Drehbänke tatsächlich nicht nach Frankreich ausgeführt werden könnten; hätte dagegen jede Haftung für Nichterfüllung des Vertrages durch die Verkäuferin von vornherein wegbedungen werden wollen, so müsste dies deutlich gesagt und vom Käufer anerkannt sein, was nicht der Fall ist.

3. — Ist somit die Beklagte an sich schadenersatzpflichtig, so ergibt sich daraus in erster Linie ihre Pflicht zur Rückerstattung der geleisteten Anzahlung von 5458 Fr. 30 Cts. Sie hat übrigens diese Pflicht anerkannt und den Betrag bezahlt. Anders verhält es sich mit dem weiteren Schadensposten von 10,000 Fr. dem Betrag, den der Kläger an seinen Unterakkordanten Vaillant wegen Nichtlieferung der rückständigen 7 Drehbänke auf Grund des am 20. April 1917 abgeschlossenen Vergleiches bezahlt hat. Der Einwand, der Kläger hätte es auf ein gerichtliches Urteil ankommen lassen sollen, hält nicht stich. Wenn die Vorinstanz auf Grund der ihres Erachtens glaubwürdigen Zeugenaussage Vaillants erklärt, der Vergleich sei der Sachlage angemessen gewesen und der Kläger sei damit besser weggekommen, als wenn er prozessiert hätte, so hat es dabei für das Bundesgericht sein Bewenden.

4. — Es fragt sich aber, ob der Betrag von 10,000 Fr. als Schadenersatz wegen Nichterfüllung vom Kläger geltend gemacht werden könne, trotzdem er im Zeitpunkt der Nachfristsetzung an die Beklagte, des unbenützten Ablaufes der Frist und seiner Verzichtserklärung auf die Lieferung schon seit geraumer Zeit bezahlt worden, der Schaden somit bereits eingetreten und liquidiert war. Wie das Bundesgericht in seinem Urteil vom 3. April 1919

i. S. Mellwig & C^{ie} gegen Luss, in Anlehnung an das frühere Urteil i. S. Vogel & C^{ie} gegen Liechti (AS 43 II S. 510), ausgesprochen hat, sind, nachdem die nicht-säumige Vertragspartei von ihrem Wahlrecht nach Art. 107 OR Gebrauch gemacht und auf Erfüllung verzichtet hat, für die Bestimmung des « aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens » die Verhältnisse in dem Zeitpunkt massgebend, in welchem der Verzicht erklärt worden ist. Denn unter der « Nichterfüllung » im Sinne von Art. 107 kann, soll die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung einen Sinn haben, nur die Nichterfüllung innert derselben gemeint sein. Erfüllt der Schuldner den Vertrag innert der Nachfrist, so ist der Gläubiger selbstverständlich gehalten, die Erfüllung noch anzunehmen. Lässt er aber die Frist unbenutzt verstreichen, so ist der Gläubiger berechtigt, auf die Leistung zu verzichten und, unter bestmöglicher Eindeckung, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, wobei sich der Schaden nach dem Werte des untergehenden Erfüllungsanspruches, und dieser hinwiederum nach dem gegenwärtigen Wert der Ware, d. h. nach dem Betrage, den der Gläubiger im jetzigen Zeitpunkt für einen Deckungskauf aufwenden müsste, bemisst.

Daraus folgt, dass der Kläger hier die schon am 25. Mai 1917 an Vaillant bezahlte Summe von 10,000 Fr. nicht nachträglich von der Beklagten als Schadenersatz aus Nichterfüllung des Vertrages fordern kann. Da der der Zahlung zu Grunde liegende Vergleich mit Vaillant bereits am 20. April 1917 zustande gekommen war, ist der Schaden, den er heute geltend macht, schon damals eingetreten. Der Kläger wusste aber schon früher, dass er gegenüber Vaillant schadenersatzpflichtig sei; denn dieser hatte ihm am 19. März 1917 eine letzte fünftägige Frist zur Ablieferung der noch ausstehenden 7 Drehbänke gesetzt. Damals hätte der Kläger der Beklagten erklären sollen, er habe die ausstehenden Drehbänke an Vaillant weiterverkauft, und ihr eine Nachfrist ansetzen sollen,

unter der Androhung, dass er bei Nichterfüllung während derselben den Schaden geltend machen werde, den er durch die Unmöglichkeit, den Vertrag mit Vaillant zu erfüllen, erleide. Mit andern Worten: er hätte sofort gegen die Beklagte nach Art. 107 OR vorgehen und die Nachfrist mit der Lieferung an seinen Unterbesteller Vaillant in Einklang bringen sollen. Statt dessen hat er bis zum 11. Juni mit der Fristansetzung zugewartet und sich auch am 25. Juni, als er nach unbenütztem Fristablauf durch seinen Vertreter die Aufhebung des Vertrages erklären liess, damit begnügt, seine Schadenersatzansprüche vorzubehalten, ohne von dem konkreten, längst eingetretenen Schaden etwas verlauten zu lassen. Dazu hatte er indessen um so mehr Veranlassung, als es sich um bar ausgelegtes Geld, nicht nur um entgangenen Gewinn handelte. Erst am 20. August 1917 hat sein Anwalt endlich den eingeklagten Schaden geltend gemacht.

5. — Aus den nämlichen Erwägungen kann auch die Ersatzforderung von 5000 Fr. für entgangenen Gewinn, so wie sie substantiiert ist, nicht geschützt werden. Denn das schon am 25. Mai liquidierte Rechtsverhältnis mit Vaillant kann nach dem Gesagten überhaupt nicht als Grundlage für die Berechnung des dem Kläger aus der Nichterfüllung durch die Beklagte entstandenen Schadens dienen. Selbst wenn letztere die rückständigen Drehbänke innert der am 23. Juni zu Ende gehenden Nachfrist noch geliefert hätte, hätte der Kläger sie nicht mehr mit Gewinn an Vaillant weiterverkaufen können, da der Vertrag mit diesem ja bereits aufgelöst war.

6. — Fragen könnte sich danach höchstens, ob dem Kläger nicht nach abstrakter Schadensberechnung eine Entschädigung zugesprochen werden könnte; diese wäre nach der Differenz zwischen dem Vertragspreise und dem Marktpreis im Zeitpunkt, in dem spätestens hätte geliefert werden sollen, d. h. im Zeitpunkt des Ablaufes der Nachfrist, zu berechnen. Die Sache ist deshalb an die Vorinstanz

zurückzuweisen, welche in erster Linie darüber zu entscheiden haben wird, ob auf eine derartige Klagebegründung nach kantonalem Prozessrecht überhaupt noch eingetreten und eventuell in welchem Betrage die Differenz zwischen Vertragspreis und Marktpreis (wenn ein solcher im massgebenden Zeitpunkt bestand) gefordert werden könne. Dabei ist zu bemerken, dass der Vertreter des Klägers laut Protokoll des Handelsgerichts (S. 3) in der Referentenaudienz eventuell Beweis durch Expertise dafür angeboten hatte, dass die Beschaffung gleichartiger Maschinen von anderer Seite einen Mehraufwand von 1000 Fr. pro Stück erfordert haben würde.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird dahin begründet erklärt, dass das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 19. November 1918 aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

44. Urteil der II. Zivilabteilung vom 6 Mai 1919

i. S. Durrer gegen Durrer.

Art. 1, 239, 63 Abs. 2 OR. Klagbarkeit einer formlosen mündlichen Zusage des Vaters, dem mehrjährigen Sohne zur Ermöglichung einer gewissen Lebenshaltung bestimmte Zuschüsse an seinen Unterhalt « auf Erbrechnung ohne Zinsvergütung » auszusetzen?

A. — Der Kläger Louis Durrer hat vom Beklagten Niklaus Durrer, seinem vermöglichen Vater seit Jahren Vorbezüge auf sein künftiges Erbe gemacht. Die erhobenen Beträge wurden ihm jeweilen in den Büchern des Beklagten auf einem dafür eröffneten besonderen Konto belastet und der Saldo am Ende des Jahres von ihm unter-