

haupt, nur mit grössten Schwierigkeiten im stande sein wird, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Würdigt man diese Umstände, so erscheint es als angemessen, den Entschädigungsbetrag alles in allem auf 15,000 Fr. festzusetzen. Von der Zusprechung einer Genugtuungssumme gemäss Art. 47 OR ist abzusehen, weil der Verletzte an dem Schaden nicht ganz unschuldig ist und ihm auch aus diesem Grunde nicht der ganze erweisliche Schaden zugebilligt wird.

6. — Aus den von der Vorinstanz angegebenen zutreffenden Gründen haften die beiden Beklagten gegenüber dem Kläger solidarisch für die ganze Schuld. Denn beide haben durch ihr fahrlässiges Verhalten eine wesentliche Ursache in der Kausalreihe, eine Bedingung für den vollen Erfolg gesetzt, und es liegt deshalb gemeinsame Verschuldung im Sinne von Art. 50 OR vor. Die Regresspflicht unter ihnen ist nach dem Grade des beidseitigen Verschuldens zu ordnen; der Abstufung der Vorinstanz, welche das Verschulden des Krebs bedeutend geringer bemessen hat, als dasjenige Widmers ( $\frac{1}{3}$  zu  $\frac{2}{3}$ ), ist beizupflichten. Soweit also Krebs mehr als 5000 Fr. bezahlt, steht ihm ein Rückgriffsrecht gegen Widmer zu, und soweit dieser mehr als 10,000 Fr. bezahlt, hat er einen Rückgriff gegen Krebs.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

1. Die Anschlussberufung wird abgewiesen.
2. Die Hauptberufungen werden in dem Sinne teilweise begründet erklärt, dass die von Krebs und Widmer solidarisch an Habegger zu zahlende Entschädigung auf 15,000 Fr. nebst 5% Zins seit 7. April 1918 herabgesetzt wird.  
Soweit Krebs mehr als 5000 Fr. bezahlt, steht ihm ein Rückgriffsrecht gegen Widmer, und soweit dieser mehr als 10,000 Fr. bezahlt, steht ihm ein Rückgriffsrecht gegen Krebs zu.
3. Im übrigen werden die Hauptberufungen abgewiesen.

#### 48. Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Juni 1919

i. S. Botta gegen Vidiella.

**Kauf mehrerer Kaufsachen:** Recht des Verkäufers, wegen Nichtbezahlung der einen, die Lieferung der andern zu verweigern? — Unerschwinglichkeitseinrede des Verkäufers? — Verzicht auf Lieferung seitens des Käufers? — Einrede des Verkäufers aus Art. 2 ZGB gestützt auf eine weitgehende Änderung der Preisverhältnisse? — Irrtum?

A. — Der Kläger Vidiella bestellte im Februar 1917 beim Reisenden des Beklagten Botta unter Genehmigungsvorbehalt des Beklagten 5 Fass Alicante und 15 Fass Montagner, lieferbar sofort und zahlbar innert 30 Tagen. Am 14. Februar 1917 genehmigte der Beklagte diesen Vertrag, erklärte jedoch, er könne nicht sofort liefern, da die Ware schwer erhältlich sei. Am 22. Februar sodann schrieb er dem Kläger, er könne den Alicante nunmehr liefern, müsse aber hinsichtlich des Montagner noch um Geduld bitten, bis er eingehe.

Am 24. Februar wurde der Alicante abgesandt und am 16. März dafür Rechnung gestellt. Der Kläger weigerte sich jedoch zu zahlen, bis er auch den Montagner erhalten haben werde. Hiegegen protestierte Botta und setzte am 27. März dem Kläger, da dieser auf seinem Standpunkt beharrte, eine Frist von drei Tagen an zur Akzeptierung einer in der Höhe des Kaufpreises des Alicante auf ihn gezogenen Tratte mit der Androhung, dass er sonst vom Vertrag zurücktrete. Da der Kläger aber auch hierauf nicht zahlte, kam es zwischen den Parteien zum Prozess, der damit endigte, dass der Beklagte (der damalige Kläger) vom Bundesgericht in letzter Instanz berechtigt erklärt wurde, trotz Nichtlieferung des Montagners Bezahlung des Alicante zu verlangen.

Darauf zahlte Vidiella den Alicante und forderte sodann den Beklagten Botta auf, ihm nunmehr die 15 Fass, ca. 100 Hectos, Montagner zu liefern. Botta weigerte

sich jedoch, das zu dem im Vertrag vom Februar 1917 abgemachten Preis zu tun, und der Kläger hob darauf die vorliegende Klage auf Lieferung des Montagners zu den vertraglichen Bedingungen, nämlich zu 70 Fr. per 100 Liter an.

Der Beklagte wendete demgegenüber ein, er sei bereits am 27. März 1917 vom Vertrag zurückgetreten, zudem sei die Vertragserfüllung für ihn unmöglich geworden, und ferner sei im langen Zuwarten des Klägers ein Verzicht auf die Leistung zu sehen. Weiter verstosse das Leistungsbegehren des Klägers gegen Treu und Glauben, und endlich werde das ganze Geschäft wegen Irrtums angefochten.

B. — Die Vorinstanz hat alle diese Einwendungen zurückgewiesen und die Klage zugesprochen. Sie nahm an, der Beklagte sei seinerzeit nicht berechtigt gewesen, vom Vertrage zurückzutreten. Von einer Unmöglichkeit der Leistung sodann könne man nicht sprechen, weil ja der Beklagte den Wein erhalten, und weil es sich überhaupt um eine Genussache handle. Ein Verzicht ferner falle angesichts des fortwährenden Begehrens des Klägers um Lieferung ausser Betracht, und der Einwendung aus Art. 2 ZGB und Art. 24 OR endlich, stehe der Umstand entgegen, dass der Beklagte ja längst hätte liefern können.

C. — Gegen dieses Urteil hat Botta die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Der Kläger hat auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils antragen lassen.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — In dem erwähnten Urteil vom 15. März 1918 ist das Bundesgericht in erster Linie davon ausgegangen, der Vertrag über die beiden Weinsorten sei nur äusserlich ein einheitlicher, in Wirklichkeit aber handle es sich um zwei verschiedene, von einander unabhängige Lieferungsversprechen, weshalb der Käufer nicht wegen Nicht-

lieferung der einen Weinsorte auch die Zahlung der andern, gelieferten, verweigern könne.

Von diesem Gesichtspunkte aus muss die Einrede, der Beklagte sei am 27. März berechtigterweise vom Vertrage zurückgetreten, abgewiesen werden. Denn wenn es sich um zwei unabhängige Lieferungen handelte, so war der Beklagte auch unbekümmert um die Nichtbezahlung des Alicante zur Lieferung des Montagners verpflichtet und besass kein Recht, wegen dieser Nichtbezahlung vom Vertrag hinsichtlich des Montagners zurückzutreten.

Aber, auch wenn man von der zweiten Erwägung des bundesgerichtlichen Urteils ausgeht, — wenn auch ursprünglich ein einheitliches Geschäft vorgelegen haben sollte, sei dasselbe doch später durch die unwidersprochene Erklärung des Verkäufers, er könne den Montagner erst nach Eingang liefern, in ein sukzessive zu erfüllendes umgewandelt worden —, so kommt man zu keinem andern Resultat. Auch dann war die Rücktrittserklärung vom 27. März nicht gültig, weil der Käufer auch bei dieser Annahme damals noch nicht im Verzuge sich befand. Das Bundesgericht hat in seinem ersten Urteil festgestellt, der Käufer habe frühestens Ende März 1917 Zahlung des Alicante verlangen dürfen. Laut Faktur forderte er diese Zahlung sogar erst 30 Tage a dato factura, also erst auf Mitte April. Am 27. März also war der Kläger mit der Alicantezahlung noch keinesfalls in Verzug. Auch wenn man daher ausgeht von einem Zusammenhang der beiden Lieferungen, war doch der Beklagte zum Rücktritt wegen Nichtzahlung der ersten so lange nicht befugt, als diesbezüglich der Käufer noch nicht im Verzuge sich befand.

2. — Die Einwendung der Unmöglichkeit der Vertragserfüllung hat der Beklagte vor Bundesgericht in der Hauptsache damit begründet, er sei zufolge der Verzögerung der Zahlung des Alicante an der Lieferung des Montagner so lange gehindert worden, bis die Preisverhältnisse sich derart geändert haben, dass ihm nunmehr

eine Leistung zu den vertraglichen Bedingungen nicht mehr zugemutet werden könne.

Diese sog. Unerschwinglichkeitseinrede könnte jedoch auf alle Fälle nur dann geschützt werden, wenn die Verzögerung der Vertragsliquidierung wirklich auf Momenten beruhen würde, die vom Willen des Verkäufers gänzlich unabhängig gewesen wären. Diese Voraussetzung ist jedoch nicht gegeben. Geht man von der Annahme aus, es habe sich um zwei gesonderte Lieferungsversprechen gehandelt, so ist dafür ohne weiteres kein Raum. Nimmt man aber an, es liege ein Zusammenhang im Sinne der zweiten Erwägung des oben zitierten bundesgerichtlichen Urteils vor, so kommt in Betracht: Wenn der Beklagte behauptet, der Kläger habe auf eine Preissteigerung spekuliert, so trifft ihn andererseits selber der Vorwurf, dass er trotz des behaupteten Verzuges des Käufers während ca. einem Jahr zugewartet, die Rechtsbehelfe des Art. 107 OR unberücksichtigt und so die ihm gegebenen Mittel, den Vertrag zu liquidieren, unbenützt gelassen hat. Allerdings hatten im ersten Prozess die kantonalen Instanzen sich auf den Standpunkt gestellt, die Wege des Art. 107 seien ihm verschlossen, er dürfe Zahlung des Alicante erst nach Lieferung des Montagners verlangen. Allein diese rechtsirrtümliche und von ihm immer bestrittene Ansicht durfte ihn nicht abhalten, aus dem von ihm angenommenen Schuldnerverzug des Käufers hinsichtlich des Alicante seine Konsequenzen zu ziehen. Danach hat der Beklagte selber zur Verzögerung der Liquidation des Geschäftes beigetragen. Er ist der Preissteigerung nicht machtlos gegenübergestanden und kann sich daher nun auch nicht nachträglich auf diese Preissteigerung berufen und deshalb seine Leistungspflicht ablehnen.

Soweit die Unmöglichkeitseinrede weiter sich auf die Behauptung stützen will, der Beklagte habe ganz speziellen Montagner verkauft, den er dann nach Eingang wegen Verzuges des Klägers hinsichtlich der Alicantezahlung

nicht habe liefern und daher anderweitig verwenden müssen, so ist diesbezüglich der Vorinstanz beizustimmen, die erklärt, nach der Aktenlage könne von einer Spezialisierung des zu liefernden Montagners keine Rede sein.

3. — Zu Unrecht sodann sieht der Beklagte darin einen Verzicht des Klägers auf die Leistung, dass dieser während der Dauer des Prozesses nie Erfüllung verlangt und die unter der Bedingung vorgängiger Zahlung des Alicante angebotene Lieferung des Montagners abgelehnt habe.

Von einem Verzicht könnte nur die Rede sein, wenn zu dem blossen Zuwarten des Klägers Umstände hinzutreten wären, die nach Treu und Glauben im Verkehr auf einen Verzichtwillen schliessen liessen. Dem ist aber nicht so. Die Umstände des Falles sprechen vielmehr gerade für die gegenteilige Auffassung. Der Kläger verweigerte die Zahlung des Alicante, weil er zuerst den Montagner geliefert haben wollte. Hierin liegt nicht ein Verzicht auf die Montagnerlieferung, sondern geradezu das Verlangen, den Montagner, und zwar den Vertragsbedingungen entsprechend, zu liefern. Dabei irrte sich Vidiella allerdings über diese Vertragsbedingungen, indem er Vorauslieferung beider Weinsorten beanspruchen zu können und daher auch das bedingte Angebot ablehnen zu dürfen glaubte. Allein trotz dieses Irrtums ist gleichwohl deutlich zu erkennen, dass er den Montagner haben wollte.

4. — Gleich wie von einer den Beklagten befreienden Unerschwinglichkeit könnte sodann in dem Verlangen, den Wein trotz gänzlich veränderter Preisverhältnisse zu liefern, ein Verstoss gegen Treu und Glauben nur gesehen werden, wenn der Beklagte der Veränderung dieser Verhältnisse machtlos hätte zusehen müssen. Da er es aber in der Hand hatte, dem Kläger eine Nachfrist anzusetzen und nachher vom Vertrage zurückzutreten, kann er sich nicht darüber beklagen, wenn der Kläger diese Unterlassung nun ausnützt.

5. — Der Irrtumseinrede endlich steht entgegen,

dass der behauptete Irrtum nicht ein wesentlicher im Sinne des Art. 24 OR ist.

Von einem Irrtum gemäss Art. 24 Ziff. 3 kann schon deswegen keine Rede sein, weil für die Zeit des Abschlusses bzw. die Zeit des Einganges der Ware (also des Liefertermines) der Beklagte sich über die Preisverhältnisse gar nicht geirrt hat. Der Montagner war damals nicht erheblich mehr wert als der Beklagte meinte. Geirrt hat sich der Verkäufer damals nur insofern, als er annahm, die Liquidation des Geschäftes werde in der vorgesehenen Zeit vor sich gehen. Dieser Irrtum aber ist ein unwesentlicher. Andernfalls müssten alle durch den Krieg verzögerten Geschäfte anfechtbar sein. Er ist nur ein Irrtum im Motiv, im Resultat, ein Irrtum über die Einträglichkeit eines Geschäftes, der sich auch auf Art. 24 Ziff. 4 nicht stützen kann.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 11. Februar 1919 bestätigt.

#### 49. Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Juni 1919

i. S. von Hahn gegen Schröters Erben.

Betrug? Bürgschaft oder Vertrag zu Gunsten Dritter? — Unerlaubte Handlung. Die ausserordentliche Verjährung des Art. 60 Abs. 2 OR ist nicht anwendbar, wenn durch rechtskräftiges Urteil festgestellt ist, dass die Handlung, aus welcher die Zivilklage hergeleitet wird, nicht strafbar sei. Keine neue Einrede i. S. von Art. 80 O G, weil die kanton. Instanz die Verjährungsfrage von sich aus untersucht hatte.

A. — Mit Vertrag vom 17. Mai 1905 verkaufte Theodor Schröter in Zürich sein Verlagsgeschäft um 300,000 Fr. an Erhard Richter. Um die geforderte Anzahlung von

100,000 Fr. leisten zu können, setzte sich Richter in Beziehung mit F. Grebner aus Berlin, damals in Affoltern, und mit F. Spörri in Baden, die beide bedeutende Darlehen in Aussicht stellten. Richter setzte eine Berechnung der Rentabilität des Geschäftes auf, worin ein jährlicher Reingewinn von 72,000 Fr. ausgewiesen wurde. Diese Aufstellung trug am Fusse den von Richter eigenhändig geschriebenen Satz : « Umstehende Bilanz habe an Hand der schriftlichen Angaben des Herrn Th. Schröter und darauffolgender persönlicher Prüfung der Bücher und Fakturen möglichst genau und gewissenhaft selbst aufgestellt und kann für Richtigkeit (kleinere Irrungen vorbehalten) jederzeit eintreten. »

Am 1. Juli 1905 ging Grebner mit Richter einen Darlehensvertrag ein, wonach er diesem 35,000 Fr. zu beschaffen hatte, gegen 5% Zins und einen Anteil am Reingewinn des Geschäftes von 11,67%, wobei Richter die Garantie übernahm, dass dieser Gewinnanteil wenigstens 15% des Darlehenskapitals, also 5250 Fr., neben der Verzinsung betragen werde. Tatsächlich bezahlte Grebner nur 34,000 Fr. Es steht fest, dass dieses Geld mit der Anzahlung Richters in die Hand des Theodor Schröter gelangt ist.

Schon nach dem ersten Geschäftsjahr stellte sich heraus, dass der von Richter berechnete Reingewinn bei weitem nicht erreicht werde, und dass bei den vorhandenen Zins- und Abzahlungslasten das Geschäft sich nicht halten lasse. Richter klagte gegen Schröter auf Aufhebung des Kaufvertrages wegen Betruges und erzielte auf dem Vergleichsweg einen Nachlass von 20,000 Fr. auf der Kaufsumme. Dagegen schlug Grebner die ihm anbotene Rückzahlung des Darlehens samt Zins aus.

Am 30. November 1908 trat Richter das Verlagsgeschäft zum Preise von 280,000 Fr. an Fritz Schröter, Sohn des Theodor Schröter, ab. Entgegen dem Darlehensvertrag erhielt Grebner vom Verkaufe erst nach Abschluss Kenntnis. Dem Käufer wurde die Schuld des Verkäufers.