

sehen von dem übrigen Anpassungsverfahren müsste in diesem Falle auch noch eine Uebersetzung der ersten Urkunde vorgenommen werden.

In dem vom Kläger eingelegten Gutachten von Professor Huber wird allerdings die Ansicht vertreten, diese Komplikationen lassen sich zum grössten Teil vermeiden, wenn die Parteien sich schon in der ersten Urkunde zu einer Anpassung an das Beurkundungsrecht des Kantons der gelegenen Sache verpflichten würden. Dieser Auffassung kann jedoch deswegen nicht gefolgt werden, weil damit, wenn sich eine Partei weigerte, ihrer Verpflichtung nachzukommen, den Behörden des Ortes der gelegenen Sache zugemutet würde, einfach auf die erste Beurkundung abzustellen und die eigenen Beurkundungsnormen ausser Anwendung zu lassen.

6. — Weder aus dem Wortlaut, noch aus dem Sinn und Geist des Art. 55 SchT z. ZGB, noch aus dem übrigen Inhalt des ZGB ergibt sich somit ein Rechtssatz, der den Kantonen verbieten würde, für Verträge über dingliche Rechte an auf ihrem Kantonsgebiet gelegenen Liegenschaften die *lex rei sitae* vorzubehalten. Was aber für Hauptverträge gilt, muss auch für Vorverträge, die den Abschluss eines solchen Vertrages zum Gegenstand haben, zutreffen. Wenn auch nur indirekt, ist doch auch der Vorvertrag auf den Erwerb des betreffenden dinglichen Rechtes gerichtet, die Bindung der Parteien ist die nämliche, und die gleichen Beziehungen verbinden den Vertragsinhalt mit dem Ort der gelegenen Sache. Es wäre daher nicht einzusehen, warum den Kantonen nicht gestattet sein sollte, dieselben Kautelen aufzustellen für den Abschluss eines Vorvertrages wie für den Abschluss des Hauptvertrages.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des thurgauischen Obergerichts vom 10. März 1921 bestätigt.

### III. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

##### 66. Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. September 1921 i. S. Bourne & Co. Ltd. gegen Weberei Tösstal A.-G.

**K a u f.** Wirkung einer nach Vertragsabschluss eingetretenen wesentlichen Leistungerschwerung auf die Lieferpflicht des Verkäufers; Interessenausgleich durch Teilung des Schadens bezw. Zusprechung einer reduzierten Entschädigung wegen Nichterfüllung.

A. — Die Beklagte, Firma S. Bourne & Co. Ltd., welche in Nottingham (England) die Garnfabrikation betreibt, und mit der Klägerin, Weberei Tösstal A.-G. in Bauma, bereits in Geschäftsverbindung stand, verkaufte am 22. Juli 1915 durch ihren Zürcher Vertreter Enz der Klägerin 10,000 kg Voile Zwirn Nr. 100/2, 34/35 turns, zum Preise von 9 Fr. per kg, franko Fracht und Zoll Bauma, 4 % Skonto 30 Tage Kasse, lieferbar September bis November ab England, zirka 1000 kg per Woche.

Schon damals hatte die englische Regierung die Ausfuhr solcher Waren nach der Schweiz verboten, bis ein « official distributing committee » (welches dann in der Gestalt der SSS ins Leben gerufen wurde) gegründet sein würde, um den Uebergang in Feindesland zu verhindern. Die Beklagte teilte dies noch im Juli 1915 ihren Kunden, so auch der Klägerin mit, und bemerkte: Inzwischen bleibe ungewiss, ob es Wochen oder Monate lang gehe, bis sie die Erlaubnis zur Verschiffung von Ware nach der Schweiz erlangen könne; es bleibe ihr daher nichts anderes übrig, als unterdessen die Produktion dieser Garne einzustellen. Immerhin lehne sie « mit Bezug auf Nr. 100/2 und alle ihre Orders » jede Verantwortlichkeit für Lieferungsverzug ab, und anerkenne ihren Kunden das Recht auf Rücktritt nicht.

Trotzdem schloss die Beklagte am 16. September 1915 mit der Klägerin einen weiteren Vertrag über 20,000 kg gleicher Garne, lieferbar Oktober 1915 bis Januar 1916, ab.

In einem an ihren Zürcher Vertreter Enz gerichteten «Exposé» vom 25. November 1915 schilderte die Beklagte die Schwierigkeiten, die nunmehr mit der Erfüllung der Garnlieferungsverträge verbunden seien, und schlug vor, die Kunden sollten auf den ihnen eingeräumten Skonto von 4 % verzichten, und alle künftigen Lieferungen 45 Tage vom Datum der Faktur an bezahlen, ohne jeglichen Abzug.

Enz legte dieses Schreiben der Klägerin am 6. Dezember 1915 vor, und ersuchte sie, ihr Einverständnis zu den darin enthaltenen Vorschlägen zu erklären.

Die Klägerin antwortete am 15. Dezember 1915, sie sei damit einverstanden, den üblichen Diskonto fallen zu lassen, unter der Bedingung, dass die Beklagte fortfahre, für sie zu spinnen («under the condition that you go forth spinning for us»); auch stimme sie dem Vorschlag zu, alle Fakturen netto Kassa ohne jeglichen Abzug innert 45 Tagen nach dem Datum der Faktur zu bezahlen, vorausgesetzt, dass sie im Besitz der Ware sei.

Mit Zuschrift vom 21. Dezember 1915 zeigte die Beklagte den Empfang dieser Erklärung an, indem sie der Klägerin für den Verzicht auf den Skonto dankte; ferner erklärte sie sich mit der Zahlung bei Ankunft der Ware in Bauma einverstanden. Von der «Bedingung», dass die Beklagte fortfahre, für die Klägerin zu spinnen, ist in diesem Schreiben nicht direkt die Rede; immerhin heisst es am Schlusse des Briefes: «You may at all times depend upon our using our very best efforts in your interest» (Sie können sich jederzeit darauf verlassen, dass wir unsere besten Anstrengungen in Ihrem Interesse machen).

Dagegen hat die Beklagte am 26. Januar 1916 an

ihren Vertreter Enz geschrieben, er müsse der Klägerin gegenüber betonen (point ut), dass ihre mit Schreiben vom 15. Dezember 1915 abgegebene Annahmeerklärung nicht ganz in Ordnung sei, indem sie an die Bedingung geknüpft sei, dass die Beklagte weiterhin für sie spinne; sie (die Beklagte) könne diese Bedingung nicht annehmen; sie werde spinnen, sobald sie es für angezeigt erachte, und bemerkte zum Schluss: «Wie könnten wir mit Spinnen fortfahren, wenn wir nicht eine einzige Lizenz für die Klägerin erhalten, und gegenwärtig nicht wissen, dass wir eine solche erhalten werden?»

Enz teilte dies am 31. Januar 1916 der Klägerin mit, und übermachte ihr gleichzeitig eine Zustimmungserklärung, mit der Bitte, ihm dieselbe mit ihrer Unterschrift versehen zurückzusenden.

In der Duplik zur Widerklage erklärte der Anwalt der Klägerin, «eine solche Mitteilung habe sich unter seinen Akten nicht vorgefunden; er müsse daher vorläufig bestreiten, dass dieses Schreiben jemals abgesandt worden sei.»

Mit Zuschrift vom 27. Dezember 1915 machte die Beklagte die Klägerin darauf aufmerksam, dass jeder Käufer bei der SSS ein Zertifikat einzuholen habe, auf Grund dessen sie beim War trade Department die Ausfuhrlicenz auswirken könne.

Am 6. Januar 1916 ersuchte die Klägerin die Beklagte, grössere Sendungen an die SSS via Cette auf den Weg zu bringen, und am 10. Januar verlangte sie unverzügliche Lieferung.

Ende März 1916 übersandte die Beklagte ihrem Vertreter Enz ein Schreiben des Auswärtigen Amtes in London, in welchem die Schwierigkeiten des Warentransportes durch Frankreich nach der Schweiz geschildert sind, sowie ein allgemeines «Exposé» über die damaligen Verhältnisse. Sie erklärte, nicht fortfahren zu können, Waren zu verschicken, von denen sie nicht sicher wisse,

ob sie ihren Bestimmungsort innerhalb angegebener Zeit erreichen; die schweizerischen Kunden sollen ihr erlauben, auf sie Wechsel zu ziehen, 60 Tage vom 1. April ab, also zahlbar vom 1. Juni 1916 an.

Am 1. April 1916 berichtete die Klägerin an Enz, sie habe Zertifikate für 4102 plus 2000 kg netto 100/2 von der SSS erhalten, und verlangte sofortige Zustellung der Fakturen für diese Beträge; sie ersuchte ihn ferner, die Beklagte zu veranlassen, auch den Rest ihrer Kontrakte zu fakturieren und in England sorgfältig einzulagern, denn sie werde auch für diese Qualitäten sukzessive Bewilligungen von der SSS erhalten.

Die Beklagte antwortete am 18. April 1916, die 4102 kg seien am 13. März, unmittelbar nach Empfang der bezüglichen Lizenz, versandt worden; an die 2000 kg seien 1390 kg geliefert worden, der Rest werde später folgen; sie hätte nicht genügend Garn mit 34/35 Drehungen, und könne nicht genügend Rahmen frei machen, um ihn jetzt herzustellen. Unverständlich sei, was die Klägerin mit ihrem Begehren meine, es seien ihr auch die Fakturen für den Rest der Kontrakte zu senden. Sie werde doch nicht glauben, dass alles Garn für den ganzen Rest ihrer Kontrakte bereit sei; sie wisse wohl, dass die Beklagte « aus bereits dutzendmal dargelegten Gründen » mit der Manufaktur nicht fortfahren könne, bis sie im Besitz der SSS-Zertifikate sei. Die Beklagte lehne deshalb jede Verantwortlichkeit ab.

Im Juni 1916 scheint die Klägerin Zertifikate für 6600 kg zugesichert erhalten zu haben. Die Beklagte teilte am 18. und 19. Juni der Klägerin mit, sie werde diese 6600 kg sofort in Arbeit nehmen; wie die Klägerin wisse, müsse dieses Quantum erst hergestellt werden, es werde bei einem andern Zwirner unter Aufsicht der Beklagten gewirnt. Die Klägerin müsse ihr aber versprechen können, dass sie innert einem Monat in den Besitz der Zertifikate gelange; sie werde alsdann sofort beim War trade Department ein Gesuch um Erteilung der Ausfuhrlizenz stellen, was noch ein bis zwei Wochen bean-

spruchen werde. Ferner müsse die Klägerin auf diesen 6600 kg eine Preiserhöhung von 12 % netto Kassa bewilligen.

Die Klägerin nahm diesen Vorschlag an, aber nur bezüglich 4000 kg. Enz berichtete ihr am 22. Juni 1916, diese 4000 kg werden ihr sofort zu 10 Fr. 08 Cts. per kg ohne Skonto fakturiert; er habe ihre Annahmerklärung der Beklagten telegraphisch mitgeteilt, damit sie die betreffende Ware in Arbeit nehmen könne.

Am 29. Juni 1916 berichtete die Beklagte, sie werde dementsprechend liefern:

289 kg zu 8 Fr. 60 Cts., Saldo auf 24. Juni 1915, plus 12 % netto Kassa;

3711 kg zu 9 Fr., à conto Vertrag vom 22. Juli 1915, plus 12 % netto Kassa.

Unterm 29. Juli 1916 meldete die Klägerin, sie habe von der SJB eine weitere Lizenz für 2000 kg erhalten, und sie würde, « wie bei der jüngsten Bewilligung, auf den Kontraktpreisen 10 % Aufschlag für Mehrfrachtspesen bezahlen », wenn dieses Quantum innert nützlicher Frist zur Ablieferung gebracht werde.

Die Beklagte antwortete am 10. August 1916, wenn das Zertifikat prompt beschafft werde, so könnte die Klägerin dieses Garn innert sechs bis acht Wochen zum Kontraktprice plus 16 % Aufschlag (= 10 Fr. 44 Cts. per kg netto ohne Skonto) erhalten, worauf die Klägerin am 12. August erklärte, die geforderte Vergütung « diesmal noch, jedoch ohne Präjudiz für die bestehenden Kontrakte », bewilligen zu wollen.

Zu diesem Vorbehalt bemerkte die Beklagte in ihrer Zuschrift vom 21. August 1916, sie finde ihn nicht am Platz; ihre Meinung sei, dass die 6000 (4000 + 2000) kg, deren Lieferung vereinbart worden sei, von den Kontrakten abgeschrieben werden müssen; bezüglich des Restes werde es, je nach dem die Lage der Verkäuferin sich gestalte, beiden Parteien freistehen, auf einer neuen Basis zu unterhandeln.

Die Klägerin erwiderte am 9. September 1916, sie gehe

mit dieser Auffassung nicht einig: « denn diese Lieferungen durch die SSS sind eine Sache für sich. Wir haben deshalb auch Hand geboten, Ihrem Hause entgegenzukommen, und jeder SSS-Bewilligung ist eine Spezial-Abmachung erfolgt (?), wie nun auch die jüngste.

» Der Rest unserer Kontrakte mit den HH. S. Bourne & Co. Ltd. besteht nach wie vor zu Recht.

» Unser Vorbehalt war also so zu verstehen, dass die getroffenen Vereinbarungen nur für diese durch die SSS hereinzubringenden Quanten bestehen. »

Die Beklagte erklärte hierauf am 28. September, es sei ihr nicht klar, was die Klägerin meine. Die Lieferungen von 6000 kg seien vereinbart worden gegen Kontrakte, und seien daher von dem Gesamtbetrag der Kontrakte abzuziehen. Ueber den Rest von 24,289 kg (d. h. 4289 kg auf dem Julivertrag und 20,000 kg auf dem Septembervertrag) werde seiner Zeit unterhandelt werden: die Beklagte werde entweder, d. h. wenn möglich, zu Kontraktpreisen liefern, oder Zuschläge verlangen, oder den Rest annullieren.

Laut Schreiben des Enz vom 6. Oktober 1916 anerbot die Klägerin an diesem Tage für eine weiter zu bewirkende Lieferung von 3000 bis 5000 kg mündlich einen Aufschlag von 25 % über den Vertragspreis (= 11 Fr. 25 netto). Die Beklagte antwortete am 9. Oktober, sie könne augenblicklich nur 1500 kg liefern, und müsse hiefür einen Kaufpreis von 13 Fr. 50 Cts. per kg. fordern.

Am 28. November 1916 verlangte die Klägerin die bestimmte Zusage, wie der Saldo des Juli- und des Septembervertrages zur Ausführung gelange. Auf alle Fälle erwarte sie, dass wenigstens der Saldo des ersten Kontraktes, 4272 kg — es waren bisher geliefert worden: laut Faktur vom 30. August 1916, Eingang 17. Oktober: 3711 kg; laut Faktur vom 12. September 1916, Eingang 17. Oktober: 11 kg; laut Faktur vom 30. Oktober 1916, Eingang 6. Dezember: 2005 kg, zusammen 5727 kg, Rest also 4273 kg — im ersten Semester 1917 ab-

geliefert werde. Sie offeriere für den Saldo 30% Zuschlag auf dem Vertragspreis, « als Entschädigung für die heutigen Mehrspesen ». Die avisierte Sendung (d. h. wohl die 2005 kg laut Faktur vom 30. Oktober 1916) werde sie im Fakturabetrag von 20,924 Fr. 75 Cts. bei der Schweizerischen Bankgesellschaft einbezahlen, jedoch vorläufig « zu unserer Verfügung ».

Enz erwiderte hierauf am 30. November, die Zurückhaltung der 20,924 Fr. 75 Cts. würde nach Auffassung der Beklagten einem Vertragsbruch gleichkommen, denn die Klägerin habe sich verpflichtet, die Fakturen sofort nach Erhalt der Waren zu begleichen ohne irgendwelche Vorbehalte. Sodann setzte er der Klägerin auseinander, warum man von der Beklagten jetzt keine Lieferungen gegen Kontrakt erwarten könne, weil nämlich ihre Maschinen mit anderweitigen Kontrakten belegt, die Produktionskosten seit Sommer 1915 enorm gestiegen seien und das für die Schweizer Kontrakte bestimmte Rohmaterial anderweitig verbraucht worden sei; die Beklagte habe sich bei der bestehenden Unsicherheit nicht neu decken können, und sei nunmehr angewiesen, Rohmaterial zu Tagespreisen zu kaufen. Schon die Offerte vom 9. Oktober bedeute ein Opfer von einigen Franken per kg. Zum Schluss offerierte Enz die restlichen 4273 kg für das erste Semester 1917 ab England zu 15 Fr. per kg.

Später kam die Beklagte entgegen bis zu 14 Fr. Die Klägerin war bereit, hierauf einzugehen; sie schlug aber andere Zahlungsbedingungen vor. Die Unterhandlungen zerschlugen sich schliesslich, indem die Klägerin am 27. Februar 1917 ihren Vorschlag zurückzog, weil er nicht *tale quale* angenommen worden sei.

Am 7. Juni 1917 setzte die Klägerin der Beklagten Frist an bis Mitte Juli 1917 zur Lieferung von 6000 kg, wovon 4273 kg per Saldo des Kontraktes vom Juli 1915. Es folgten neue Unterhandlungen, die wiederum zu keiner Einigung führten.

Am 18. Januar 1918 setzte die Klägerin der Beklagten

abermals Frist an bis 15. März 1918, und am 21. März 1918 erklärte sie, auf die nachträgliche Erfüllung zu verzichten und Schadenersatz zu verlangen.

*B.* — Mit der vorliegenden, am 29. April 1918 eingereichten Klage fordert die Klägerin als Schadenersatz wegen Nichterfüllung den Betrag von 76,914 Fr., nebst 6 % Zins seit 11. Juni 1917. Sie macht geltend, die Beklagte wäre im Stande, zu liefern, sie habe aber die Erfüllung ausdrücklich verweigert, und sei daher gemäss Art. 191 OR schadenersatzpflichtig geworden. Der Marktpreis der in Frage stehenden Ware betrage heute per kg mindestens 27 Fr., also 18 Fr. mehr als der Vertragspreis; das mache für die 4273 kg, mit welchen die Beklagte im Verzuge sei, 76,914 Fr. aus.

*C.* — Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage, und erhob Widerklage mit dem Begehren, die Klägerin sei zu verurteilen, ihr 46,777 Fr. 30 Cts. nebst 5 % Zins seit 8. Mai 1917 zu bezahlen.

*D.* — Durch Urteil vom 20. Dezember 1920 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Hauptklage im Betrage von 59,578 Fr. 25 Cts., nebst 6 % Zins seit 30. März 1918, gutgeheissen, die Mehrforderung abgewiesen, und die von der Widerklägerin auf 39,294 Fr. 65 Cts., nebst 5 % Zins seit 8. Mai 1917, reduzierte Widerklageforderung gänzlich zugesprochen.

*E.* — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte und Widerklägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Abweisung der Hauptklage in vollem Umfange, eventuell auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Abnahme der offerierten Beweise und zur Ausfällung eines neuen Entscheides auf Grund des durchgeführten Beweisverfahrens.

*F.* — Die Klägerin und Widerbeklagte hat sich der Berufung angeschlossen und beantragt, die Hauptklage sei im vollen Betrage von 76,914 Fr. nebst 6 % Zins seit 11. Juni 1917, gutzuheissen, und die Widerklage abzuweisen, eventuell sei die Sache zur Abnahme der vor

der Vorinstanz angebotenen Beweise an dieselbe zurückzuweisen.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:* •

1. bis 3. — (Zuständigkeit des Bundesgerichts. Aufhebung des Vertrages durch übereinstimmende Willensäusserung? Einrede aus Art. 82 OR.)

4. — Schwieriger gestaltet sich die Beurteilung der Einrede, die Beklagte sei von ihrer Lieferungspflicht wegen nicht voraussehbarer erheblicher Erschwerung der Leistung befreit worden. Es ist nicht zu leugnen, dass die tatsächlichen Verhältnisse des vorliegenden Rechtsstreites im wesentlichen gleich, oder doch sehr ähnlich liegen, wie in dem im vorinstanzlichen Urteil angeführten Falle der heutigen Beklagten gegen die Firma Gubelmann & C<sup>te</sup>, der durch Urteil des Bundesgerichts vom 10. Juli 1919 (s. ZR 19 Nr. 41) zu Gunsten der Beklagten entschieden wurde. Das Bundesgericht ist dort von der Erwägung ausgegangen — die auch den Entscheidungen vom 28. Dezember 1918 und 15. Oktober 1920 i. S. Antony gegen Wirth & C<sup>te</sup> (AS 44 II Nr. 93 Erw. 3 i. f.; 46 II Nr. 75 Erw. 1) zu Grunde liegt — eine nach Vertragsabschluss eingetretene, wesentliche Erschwerung der Leistung könne zur Befreiung des Schuldners führen, wenn die Verhältnisse sich inzwischen derart geändert haben, dass es sich für ihn um eine vom wirtschaftlichen Standpunkt aus ganz andere, bzw. um eine Leistung handle, die ihm nach Treu und Glauben im Verkehr nicht mehr zugemutet werden dürfe. Diese Voraussetzungen hat das Bundesgericht im Falle Gubelmann als erfüllt betrachtet, indem in der Zeit vom Oktober 1915 bis Oktober 1916 die Verhältnisse auf dem Baumwollmarkt gänzlich andere geworden, und sowohl die Rohmaterialpreise als die Produktionskosten in einem Masse gestiegen seien, wie es von niemandem habe vorausgesehen werden können. Die Vorinstanz lässt nun diese Erwägungen für den heutigen Prozess aus dem Grunde

nicht gelten, weil die Beklagte durch stillschweigende Zustimmung zu dem Briefe der Klägerin vom 15. Dezember 1915 ihr zugesagt habe, « für sie weiter zu spinnen » : diese Verpflichtung stehe der Auffassung entgegen, es sei der Beklagten nach Lage der wirtschaftlichen Verhältnisse gestattet gewesen, mit der Fabrikation zuzuwarten, bis eine Ausfuhrlizenz für eine weitere Lieferung vorlag. Deshalb könne die Steigerung der Produktionskosten, im Gegensatz zum Falle Gubelmann, nicht zur Befreiung der Verkäuferin führen; ihre Weigerung, ohne Preiserhöhung zu liefern, sei nicht berechtigt gewesen.

Es fragt sich daher in erster Linie, ob die Beklagte durch Nichtbeantwortung der von der Klägerin in ihrem Schreiben vom 15. Dezember 1915 gestellten Bedingung, dass sie mit Spinnen für die Klägerin fortfahren werde, wirklich eine Verpflichtung in diesem Sinne übernommen habe. Diese Annahme muss überprüft werden, da sie das Resultat der Auslegung der in dem Verhalten der Parteien liegenden Willenserklärungen derselben bildet, es sich also um eine rechtliche Erwägung, nicht um eine tatsächliche Feststellung, handelt. Nun kann sehr wohl der Schlusssatz des Briefes der Beklagten vom 21. Dezember 1915 als Antwort auf jene Bedingung angesehen werden: sie wolle ihr *Möglichstes* im Interesse der Klägerin tun. Schon das spricht dafür, dass die Beklagte nicht eine unbedingte, sondern höchstens eine von den Verhältnissen abhängige Verpflichtung übernommen hat. Die Beklagte hat denn auch in wiederholten Schreiben (siehe insbesondere ihre Zuschriften vom 18. April und 18. und 19. Juni 1916) klar und deutlich den Standpunkt eingenommen, sie könne nicht spinnen, solange sie nicht die Ausfuhrlicenzen der SSS besitze.

5. — Das eigene Verhalten der Parteien zeigt indessen, dass eine der Unmöglichkeit gleichstehende Leistungser schwerung für die Beklagte nicht bestand. Indem sie sich nämlich bereit erklärte, den Rest der Juli-Ware zu 15 bis 14 Fr. per kg zu liefern, während die Markt-

preise damals gemäss Feststellung der Vorinstanz erheblich höher waren, gab sie zu erkennen, dass die damalige Verteuerung, soweit sie über jenen Betrag hinaus bestand, keine derartige Erschwerung war, dass ihr die Lieferung überhaupt nicht mehr zugemutet werden konnte. Eine gänzliche Befreiung der Beklagten von der Lieferpflicht würde sich deshalb unter den vorliegenden Umständen nicht rechtfertigen, denn der Wille der Parteien ging offenbar auf Fortsetzung des Vertragsverhältnisses. Vielmehr erscheint eine Verteilung des Schadens auf beide Parteien am Platze, da es mit Treu und Glauben nicht vereinbar wäre, die eingetretene ausserordentliche Erschwerung der Verhältnisse einzig durch die Klägerin tragen zu lassen, sondern auch die Beklagte sich zu einer Mehrleistung herbeilassen muss. So hat denn auch das deutsche Reichsgericht in mehreren Entscheidungen ausgeführt, die Billigkeit erfordere in Fällen, wo die Leistung einer Partei infolge völliger Veränderung der Verhältnisse wirtschaftlich zu einer ganz anderen geworden sei, dass ein angemessener Ausgleich der beiderseitigen Interessen durch Teilung des entstandenen Schadens zwischen beiden Vertragsteilen statfinde (vgl. Reichsger. Entsch. **99** S. 259; **100** S. 130 ff.).

Auch von dem in einer Reihe bundesgerichtlicher Entscheidungen (vgl. insbesondere AS **43** II S. 177 f.) eingenommenen Standpunkte aus muss die aussergewöhnliche und nicht voraussehbare Lieferungserschwerung zu einer ganz erheblichen Herabsetzung der Schadenersatzpflicht führen. Denn unter solchen Umständen darf angenommen werden, dass, wenn der Käufer eine unbeschränkte Haftung für richtige Erfüllung nicht ausdrücklich ausbedingt, er dem Verkäufer nicht mehr zumuten, und dieser sich nicht zu mehr verpflichten wolle, als was nach den Geboten der Billigkeit und eines gerechten Interessenausgleichs bei der ausnahmsweisen Erschwerung der Warenbeschaffung verlangt werden kann.

In beiden Fällen gelangt man also wesentlich aus der

nämlichen Erwägung zu dem Schluss, dass der Klägerin ein erheblich reduzierter, *ex aequo et bono* zu bestimmender Entschädigungsbetrag zuzusprechen ist. Unter Würdigung aller Umstände rechtfertigt es sich, die Entschädigung auf rund 25,000 Fr. festzusetzen. Dieser Betrag ist vom 30. März 1918 (dem Datum der Weisung des Friedensrichteramtes) an zu verzinsen.

6. — (Widerklage.)

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Hauptberufung wird teilweise begründet erklärt, und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Dezember 1920 in dem Sinne abgeändert, dass der von der Beklagten an die Klägerin zu bezahlende Betrag auf 25,000 Fr., nebst 6% Zins seit 30. März 1918, ermässigt wird.

Die Anschlussberufung wird abgewiesen.

**67. Arrêt de la II<sup>me</sup> Section civile du 22 septembre 1921  
dans la cause Beney contre dame Weber.**

CO art. 41 et suiv. — Accident d'automobile ; contravention à la disposition du règlement intercantonal prescrivant de dépasser à gauche. Cas où cette contravention entraîne la responsabilité du conducteur de l'automobile. Atténuation de la responsabilité en raison d'une faute de la victime.

A. — Le 26 juillet 1919, le mari de la demanderesse, Gottlieb Weber, horloger à Genève, circulant à bicyclette sur la route de Genève à Lausanne et dans la direction de cette dernière ville, fut renversé près de Myes par une automobile marchant dans le même sens et conduite par le défendeur Beney. Weber est décédé deux jours plus tard des suites d'une fracture du crâne occasionnée par l'accident. Une enquête pénale ordonnée

par les autorités vaudoises fut clôturée par une ordonnance de non-lieu.

Le 11 décembre 1919, dame veuve Weber a assigné Beney en paiement d'une indemnité de 20 000 fr., réclamation portée plus tard à 21 570 fr. 75 c. Elle alléguait que l'accident mortel survenu à son mari provenait de l'allure exagérée de Beney et du fait également qu'il avait voulu dépasser à gauche.

Beney a conclu à libération, déclinant toute responsabilité et affirmant que, contrairement au règlement, Weber cheminait à gauche de la route et qu'après avoir entendu les signaux, il avait tout d'abord obliqué à droite pour revenir ensuite brusquement à gauche.

Par jugement du 30 novembre 1920, le Tribunal de I<sup>re</sup> instance de Genève a débouté la demanderesse de ses conclusions et l'a condamnée aux dépens, estimant en résumé que l'excès de vitesse reproché à Beney n'était pas suffisamment établi, que Weber se trouvant sur la gauche de la route, Beney pouvait s'estimer autorisé à dépasser à droite et qu'enfin les manœuvres de Weber au dernier moment, ses allées et venues à droite et à gauche, constituaient une faute de sa part et dégageaient Beney de toute responsabilité.

Sur l'appel de la demanderesse, la Cour de justice civile de Genève a réformé ce jugement et condamné Beney à payer à dame Weber, avec intérêts de droit, la somme de 8506 fr., Beney étant condamné en outre aux dépens de première instance et d'appel.

D'après les constatations de l'arrêt, l'accident s'est produit dans les circonstances suivantes : Beney, parti de Genève vers 10 h. 45, emmenant dans son taxi Duret et une autre personne, avait traversé Versoix et était arrivé sur territoire vaudois aux environs de 11 h. 30 m. près du chemin qui monte de la route Genève-Lausanne à Myes. Il tenait la droite de la route et ne marchait pas à une allure exagérée. L'accident eut lieu après une légère courbe de la route. A cet endroit, comme aupara-