

14. Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. Februar 1922

i. S. Schaufelberger gegen Milz.

Die Nichtvornahme von vertraglich dem Käufer obliegenden, zur Ermöglichung der Ablieferung der Ware notwendigen Vorbereitungs-handlungen begründet Schuldnerverzug, der den Verkäufer zum Vorgehen im Sinne von Art. 107 OR berechtigt. Wahlrecht. Abstrakte Schadensberechnung.

A. — Laut Vertrag vom 11. Juni 1920 verkaufte der Kläger dem Beklagten 6 Wagen à 25 m³ Madriers und 6 Wagen à 25 m³ Bastings in bestimmter Dimension und Qualität zum Preise von 123 Fr. per m³ franco Wagen Basel B. B., zahlbar gegen Frachtbriefduplikat mit Volksbankanweisung auf 30 Tage; Liefertermin: Juni, Juli, August 1920 auf Abruf. Der Vertrag bestimmt ferner, dass die Ware übernommen und eingemessen werde. Der Beklagte liess die Monate Juni und Juli verstreichen, ohne abzurufen. Am 20. Juli teilte ihm der Kläger mit, es seien einige Wagen Holz geschnitten; er erwarte umgehend die Versandpapiere. Unterm 31. Juli 1920 erneuerte er die Mahnung, worauf ihm der Beklagte am 2. August schrieb, dass sein Einmesser im Laufe der nächsten 14 Tage die Ware übernehmen werde. Dieser Einmesser, ein gewisser Salvator, erschien sodann beim Kläger, nahm aber die Ware nicht ab. Ueber die Gründe äusserte sich der Beklagte mit Schreiben vom 24. August 1920 dahin, Salvator habe die für ihn geschnittenen Madriers alle ungehölzelt und durchnässt auf dem Lagerplatz liegend angetroffen. Da eine Abnahme unter diesen Umständen ausgeschlossen sei, ersuche er ihn — den Kläger, — die Madriers sofort richtig zu stapeln, damit die Ware trocknen und eine Uebernahme eventuell doch noch stattfinden könne. In seiner Antwort vom 26. August 1920 wies der Kläger darauf hin, dass die Madriers und Bastings in den Monaten Juni bis August zu beziehen waren. In der Annahme, dass die Ware sofort, sobald 1 oder 2 Wagen

geschnitten seien, speziert werden könne, habe er dieselbe daher, weil aus trockenem Holz geschnitten, auch nicht aufgehölzelt. Wenn sie nun bei dem langen Liegenlassen durch Nässe gelitten habe, so habe der Beklagte diesen Schaden selbst verschuldet und auch an sich zu tragen. Wörtlich fügte er sodann bei: « Ich fordere Sie zum letzten Mal auf, unverzüglich die geschnittenen zirka 7 Wagen abzunehmen, andernfalls werde solche anderweitig zu verkaufen suchen und Sie für den allfällig entstehenden Verlust und für Umtriebe haftbar machen. Weitere Ware werde ich nicht mehr für Sie schreiben, da Sie sowieso die Lieferfrist verpasst haben. » Mit Schreiben vom 28. August 1920 berief sich der Beklagte darauf, dass es überall üblich sei, die Madriers und Bastings sofort aufzutischen. Geschnittenes Holz, auch trockenes, das 8 Tage aufeinander liege, werde blau und unansehnlich. « Ich weise Ihre Aufforderung ganz energisch zurück und fordere Sie nochmals auf, diese Madriers und Bastings unverzüglich aufzutischen. Ich mache Sie heute schon darauf aufmerksam, dass ich Ware, welche verdorben und blau ist, nicht brauchen kann. Sollte Ihnen dies nicht belieben, dann teile ich Ihnen in aller Form mit, dass ich auf Ihre Lieferung verzichte und Sie für den mir entstehenden Schaden verantwortlich mache. Ich erwarte Ihre Mitteilungen bis zum 1. September, sollte ich bis dahin ohne Ihre Nachrichten sein, so nehme ich an, dass Sie auf meine Aufforderung nicht eintreten wollen. » Der Kläger liess diesen Brief unbeantwortet. Erst am 6. Dezember 1920 schrieb er dem Beklagten unter Hinweis auf den abgeschlossenen Vertrag und die trotz wiederholter Aufforderungen nicht erfolgte Abnahme des Holzes unter anderem: « Habe von dieser Ware 7 Wagen geschnitten und aufgehölzelt und fordere Sie zum letzten Male auf, die Ware endlich zu beziehen. Sollte nicht innert 4 Tagen bezügliche Versandpapiere erhalten, werde Sie wegen Nichteinhaltung des Ver-

trages für Schadenersatz, zirka 20 Fr. per m³, gerichtlich belangen. » Laut Mitteilung seiner Firma vom 7. Dezember war der Beklagte damals für 8 bis 10 Tage landesabwesend. Mit Zuschrift vom 18. Dezember 1920 sodann erklärte er dem Kläger, dass er auf die Lieferung verzichtet habe, da er auf die am 28. August 1920 erfolgte Fristansetzung hin ohne Antwort geblieben sei. Am 29. März liess ihm der Kläger durch seinen damaligen Vertreter neuerdings eine Frist zur Abnahme der bereitgestellten 7 Wagen Schnittholz bis 2. April ansetzen, welcher Aufforderung gegenüber der Beklagte unterm 30. März abermals die Erklärung abgab, dass er laut seinem Schreiben vom 28. August 1920 auf die Lieferung ausdrücklich verzichtet habe.

B. — Daraufhin reichte der Kläger Klage ein mit den Rechtsbegehren :

« 1. Der Beklagte sei schuldig und zu verurteilen, dem Kläger einen Betrag von 21,525 Fr. nebst Zins zu 6 % seit 26. August 1920 zu bezahlen.

« 2. Der Beklagte sei ferner schuldig und zu verurteilen, eine angemessene richterlich zu bestimmende Geldsumme als Schadenersatz zu bezahlen. »

In der Replik fügte er das weitere eventuelle Begehren bei :

« Der Beklagte sei schuldig und zu verurteilen, dem Kläger einen angemessenen richterlich zu bestimmenden Betrag als Ersatz des ihm aus der Nichterfüllung des Vertrages entstandenen Schadens nebst Verzugszins zu bezahlen. »

Zur Begründung führte er aus, der Beklagte habe die Annahme der ihm vertragsgemäss angebotenen Ware (7 Wagen), bezw. die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen, ohne die die Erfüllung nicht möglich gewesen sei, ungerechtfertigterweise verweigert. Dadurch sei er in Annahmeverzug gemäss Art. 92 ff. OR gekommen. Infolgedesser habe eine Fristansetzung seitens des Klägers mit der in Art. 107

OR vorgesehenen Wirkung nicht erfolgen können. Dieser sei denn auch tatsächlich vom Vertrage nicht zurückgetreten. Bis zur Stunde habe das Holz noch keinen Schaden gelitten; jedenfalls aber hafte der Kläger für allfällige seit dem Verzuge des Beklagten eingetretene Mängel nicht. Auf dessen Brief vom 28. August hin sei die Ware aufgehölet worden. Dass dem Beklagten hievon keine Mitteilung gemacht wurde, sei unerheblich; der Kläger habe damit rechnen dürfen, dass sich jener um den Sachverhalt kümmern werde. Zur Fristansetzung sei der Beklagte, weil selbst im Verzuge, nicht berechtigt gewesen. Uebrigens habe er den Kläger zur Vertragserfüllung gar nicht aufgefördert.

Eventuell sei der Rücktritt des Klägers durch den Verzug des Beklagten begründet gewesen. Für diesen Fall werde festgestellt, dass mit der streitigen Ware gegenwärtig kaum ein Verkaufspreis von 90 Fr. per m³ erzielt werden könne. Im Dezember 1920 habe die Differenz mindestens 20 Fr. per m³ betragen. An Hand dieses Preisunterschiedes sei der dem Kläger entstandene Schaden nach richterlichem Ermessen zu bestimmen.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klagebegehren 1 und 2 und Nichteintreten auf das Eventualbegehren, eventuell auch Abweisung desselben. Der Kläger sei mit seinem Brief vom 26. August 1920 vom Vertrage zurückgetreten. Auch habe er sich durch die widerspruchslose Entgegennahme des Schreibens des Beklagten vom 28. August 1920 mit dessen Verzicht auf Lieferung der Ware einverstanden erklärt. Ein Schaden sei dem Kläger daraus nicht erwachsen; eventuell wäre für die Berechnung der Entschädigung auf die Marktpreise im Juni, Juli, August oder September abzustellen.

C. — Mit Urteil vom 21. September 1921 hat das Handelsgericht des Kantons Bern die Klage abgewiesen.

D. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt unter Wiederholung seiner

in der Vorinstanz gestellten Begehren und Beifügung eines Eventualantrages auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Beweisergänzung.

E. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers diese Anträge bestätigt.

Der Vertreter des Beklagten hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Der Kläger klagt in erster Linie auf Erfüllung des Kaufvertrages nebst Ersatz des ihm durch die Erfüllungsverzögerung des Beklagten verursachten Schadens. Nun hat er aber den Beklagten am 6. Dezember 1920 zur Abnahme der Ware mit der Androhung aufgefordert, dass er nach fruchtlosem Ablauf der hierzu angesetzten Frist Schadenersatz wegen Nichterfüllung in der Höhe von zirka 20 Fr. pro m³ geltendmachen werde. Darin lag ein Vorgehen im Sinne von Art. 107 OR, d. h. das Setzen einer Frist zur nachträglichen Erfüllung seitens des Gläubigers gegenüber dem im Verzuge befindlichen Schuldner und die gleichzeitige Ausübung des in Abs. 2 der genannten Bestimmung dem Gläubiger zustehenden dreifachen Wahlrechts, die nach ständiger Praxis mit der Nachfristsetzung als Androhung verbunden werden kann. Vorausgesetzt, dass dem Kläger dieser Rechtsbehelf zustand, was bejaht werden muss (vgl. Erw. 3 bis 6), so ist mit der Abgabe dieser Wahlerklärung sein ursprüngliches Recht auf Realerfüllung erloschen und an dessen Stelle bei fortbestehendem Verträge der Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung getreten. Hieran vermag weder die Tatsache etwas zu ändern, dass der Beklagte mit Schreiben vom 18. Dezember erklärte, bereits selbst auf die Lieferung verzichtet zu haben, noch der Umstand dass ihm der Kläger im März 1921 nochmals Lieferung angeboten hat.

2. — Mit dem Erfüllungsanspruch entfällt ohne weiteres auch das auf ihn gegründete und nur mit ihm haltbare Begehren um Ersatz des Verspätungsschadens im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR (vgl. AS 43 II 510 und 45 II 277).

3. — Die Zulässigkeit des erst in der Replik gestellten Schadenersatzbegehrens, die sich ausschliesslich nach kantonalem Prozessrecht beurteilt, ist heute vom Beklagten mit Recht nicht mehr bestritten worden. Es bleibt daher lediglich zu prüfen, ob dessen materielle Voraussetzungen vorhanden seien. Hiebei ist davon auszugehen, dass eine Schadenersatzklage nach Art. 107 Abs. 2 OR sich auf Schuldnerverzug stützen muss. Gläubiger war nun der Kläger aus dem Kaufvertrage insofern, als er den Kaufpreis zu fordern hatte und berechtigt war, vom Beklagten Abnahme der ordnungsgemäss angebotenen Ware, sowie Vornahme derjenigen Vorbereitungs-handlungen (Abruf, Bereitschaft zum Einmessen) zu verlangen, die zur Ermöglichung der Ablieferung notwendig waren. Und Schuldner war danach der Beklagte insofern, als er zur Bewirkung dieser ihm obliegenden Leistungen verpflichtet war.

4. — Seiner Abrufs- und Uebernahmepflicht ist nun der Beklagte anfänglich insoweit nachgekommen, als er auf die Mitteilung des Klägers vom Juli 1920, dass einige Wagen geschnitten seien und die Aufforderung, die Abnahme zu vollziehen, im August 1920 seinen Einmesser Salvator schickte, der jedoch sowohl die Einmessung, wie die Abnahme des Holzes verweigerte. Die Entscheidung über die Verzugsfrage hängt somit davon ab, ob der vom Beklagten für diese Weigerung angeführte Grund, dass nämlich die Ware nicht richtig gestapelt, bzw. «aufgehölzelt» war, sich als stichhaltig erweise.

Ueber die gegenseitigen Pflichten des Käufers und Verkäufers bei der Durchführung der Abnahme stellt das Gesetz keine besondern Rechtssätze auf. Eine solche Regelung wäre der Natur der Sache nach auch gar nicht mög-

lich. Es ist daher hiebei auf die Lebensgewohnheiten abzustellen und dem Geiste des Gesetzes entsprechend als leitendem Grundsatz davon auszugehen, dass Käufer und Verkäufer dasjenige vorzukehren haben, was dem einen und andern Teil nach Treu und Glauben im rechtsgeschäftlichen Verkehr zugemutet zu werden pflegt. Wenn nun die Vorinstanz auf Grund des Urteils der sachverständigen Richter feststellt, es bestehe im Holzhandel allgemein die Uebung, dass geschnittenes Holz — Madriers und Bastings — nur gehölzelt und aufgetischt abgenommen werde, es sei denn dass die Ware sofort, d. h. innert wenigen Tagen nach dem Schnitt angenommen werden müsse, so ist das Bundesgericht an diese tatsächliche Feststellung gebunden. Zu Unrecht hat sie der Kläger mit der Einwendung angefochten, dass im Prozessmaterial über diese Frage nichts enthalten sei. Denn um eine Aktenwidrigkeit zu begründen, wäre gerade der Nachweis eines Widerspruchs mit einer bestimmten Aktenstelle oder einem Aktenstück erforderlich. Wenn die Vorinstanz von einer Expertise Umgang genommen und auf das private Wissen ihrer Mitglieder abgestellt hat, so beurteilt sich dieses Vorgehen ausschliesslich nach dem kantonalen Prozessrecht und ist daher vom Gesichtspunkte des Bundesrechts aus nicht anfechtbar.

Dagegen muss sich fragen, ob das angefochtene Urteil nicht eine rechtsirrtümliche Anwendung der hienach massgebenden Regeln über die Ablieferung insoweit enthalte, als es annimmt, der gedachte Ausnahmefall (wonach der Verkäufer das Holz nicht aufzutischen braucht) treffe hier nicht zu.

Laut Vertrag waren die 12 Wagen Holz in den Monaten Juni, Juli und August abzurufen. Nun liess der Beklagte die beiden ersten Monate verstreichen, ohne innerhalb dieser Zeit in monatlich gleichen Raten Ware abzufordern, d. h. insgesamt zirka 8 Wagen. Als daher der Kläger Ende Juli 7 Wagen als zur Abnahme bereit meldete, durfte er in guten Treuen damit rechnen, dass sie sofort abgenom-

men würden; dies umsomehr als bereits zwei Monate der Abrufsfrist unbenützt verstrichen waren. Die Aufforderung zur Aufhölzelung seitens des mit dem Abruf säumigen Beklagten bedeutete demgegenüber eine dem Kläger nicht zuzumutende Mehrarbeit, deren Vornahme er mit Schreiben vom 26. August mit Recht verweigerte. War aber der Beklagte nicht berechtigt, seine Mitwirkung bei der Uebernahme und der Einmessung der Ware von der Aufhölzelung abhängig zu machen, so entbehrte auch seine Fristansetzung vom 28. August 1920 der Rechtswirksamkeit, zumal er darin lediglich dieses Auftischen der Bretter als Bedingung der Abnahme erklärt und sich nicht auf Mangelhaftigkeit der Ware als Grund der Abnahmeverweigerung berufen hat. Denn wenn er in diesem Schreiben auch darauf hinwies, dass er Ware, welche infolge Nässe blau und verdorben sei, nicht abnehme, so kann hierhin eine Erklärung, dass er die gesamte Ware wegen nicht vertragsgemässer Beschaffenheit zurückweise, nicht erblickt werden. Dies schon deshalb nicht, weil alsdann ein Grund für das den Gegenstand der Nachfristsetzung bildende Begehren um Aufhölzelung unerfindlich wäre.

5. — Der Einwand des Beklagten, der Kläger habe durch die widerspruchslose Entgegennahme des Schreibens vom 28. August auf Abnahme verzichtet, geht fehl. Eine Antwort auf das unberechtigte Ansinnen durfte der Kläger umsomehr unterlassen, als er bereits in seinem Briefe vom 26. August 1920 mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht hatte, dass er der Aufforderung keine Folge leisten werde.

6. — Hat somit nach dem Gesagten der Beklagte die ihm vertraglich obliegende Mitwirkung zur Ermöglichung der Ablieferung ungerechtfertigt verweigert, so ist er dadurch mit seinen Verpflichtungen in Verzug gekommen. Denn nach dem Vertrage war er auf Ende jeden Monats (Juni/August) zum Abrufe eines verhältnismässigen Teils der gegen Frachtbriefduplikat durch Anweisung zahlbaren

Ware verpflichtet. Indem er auf diese Zeitpunkte nicht nur nicht abrief, sondern die Ausführung des Vertrages dadurch überhaupt hinderte, dass er seine Mitwirkung zu der Erfüllung des Verkäufers versagte, machte er sich auch der Zahlungsverweigerung schuldig (vgl. Entsch. des Reichsger. Bd. 53 S. 12).

Unter diesen Umständen war deshalb der Kläger sowohl auf der Grundlage des Abnahme- wie des Zahlungsverzuges zur Setzung einer Nachfrist gemäss Art. 107 OR und nach deren erfolglosem Ablauf zum Rücktritt im Sinne des Verzichtes auf die nachträgliche Leistung unter Geltendmachung des Erfüllungsinteresses berechtigt. Wenn er zuvor noch vergeblich versucht hat, die Ware anderweitig zu verkaufen, so lag darin ein weitgehendes Entgegenkommen für den Beklagten. Jedenfalls aber kann darin nicht, wie dieser einwendet, ein stillschweigender Verzicht des Klägers auf die nachträgliche Durchsetzung seiner Vertragsrechte gefunden werden.

7. — Da es sich unbestrittenermassen um eine marktgängige Ware handelt, hat der Kläger Anspruch auf Ersatz des abstrakten Schadens. Als solchen kann er gemäss Art. 215 Abs. 2 OR die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Marktpreis zur Erfüllungszeit fordern, ohne dass er weitere Tatsachen zum Nachweise des erlittenen Schadens dartun muss. Für die Berechnung ist dabei nach ständiger Praxis auf den Ablauf der Nachfrist als massgebenden Zeitpunkt abzustellen, d. h. vorliegend auf den 10. Dezember, bzw. auf die Preisverhältnisse Mitte Dezember 1920. Zur Ueberprüfung der vom Kläger unter Berufung auf Expertise geltend gemachten Differenz von 20 Fr. per m³ fehlen nun die erforderlichen Grundlagen. Die Sache ist daher unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie den Preis feststelle, zu welchem nach der Marktlage vom 10. Dezember 1920 (resp. ungefähr Mitte Dezember 1920) der Kläger das vom Beklagten noch abzunehmende Holz (7 Wagen) hätte weiterverkaufen können, behufs neuer

Entscheidung auf Grund der so festgestellten Preisdifferenz.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird dahin begründet erklärt, dass das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 21. September 1921 aufgehoben, das eventuelle Begehren des Klägers um Schadenersatz wegen Nichterfüllung grundsätzlich gutgeheissen und die Sache zur Festsetzung der Entschädigung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

15. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. März 1922 i. S. Zala gegen Joli-Zala.

Erbteilungsvertrag, Vergleich. Anfechtung wegen Irrtums. — Beginn der Verjährung der Forderung aus einem Pfandausfallschein. Art. 158 SchKG.

1. —

2. — Gegenüber dem kantonalen Verfahren ist sodann die Streitlage insofern vereinfacht, als die Kläger in der bundesgerichtlichen Verhandlung die Ausführungen der Vorinstanz über die formelle Gültigkeit des Teilungsvertrages nicht bestritten. Zu untersuchen bleibt daher nur, ob die Vorinstanz mit Recht den Vertrag wegen Irrtums aufgehoben hat.

Dabei ist davon auszugehen, dass der Vertrag sich rechtlich als ein aussergerichtlicher Vergleich darstellt, durch den die Beteiligten unter gegenseitigen Zugeständnissen die Beseitigung der bestehenden Streitigkeiten herbeiführen wollten (AS 36 I S. 769).

Nach feststehender Doktrin und Praxis können aber Vergleiche nur angefochten werden, wenn nachgewiesen