

del diritto a rivalsa della parte denunciante) è giudicata contemporaneamente all'azione principale e collo stesso giudizio. Se non interviene, essa non può, per principio, impugnare la sentenza in suo confronto: le potrà solo, eccezionalmente, nei casi previsti dall'art. 119 PCT (cfr. art. 120 e specialmente 122 §§ 1 e 2 PCT). In altri termini, la denuncia di lite secondo il diritto ticinese provoca una vera e propria causa tra il denunziante e la parte denunciata, causa che si innesta al procedimento originale e nella quale vien statuito tanto sull'esistenza del regresso che sulla misura del danno causato dalla parte denunciata e di cui essa è contabile verso la parte denunziante. Il diritto ticinese prescrive persino che, se non interviene, la parte denunciata subisce una specie di contumacia, nel senso che, per principio, il risultato della causa nei riguardi del denunciante vale anche verso la parte denunciata (art. 122 § 2 PCT). E dunque lecito equiparare la denuncia di lite del diritto ticinese ad una vera e propria azione. Ciò almeno quando, come nel caso in esame, l'atto di denuncia contiene gli elementi essenziali di una petizione: l'indicazione della somma per la quale il denunciato è dichiarato responsabile ed i motivi sui quali la parte avversa fonda la sua pretesa di regresso (v. stato di fatto lett. B). Del resto, pur contestando il diritto a rivalsa, lo S. V. D. è entrato nel merito della controversia ed ha propriamente e chiaramente considerato la denuncia di lite come l'inizio di una causa di merito, alla quale prese parte intervenendo anche nella questione dei mezzi di prova (v. contro-domande peritali), tentando di dimostrare l'infondatezza sostanziale dell'azione e proponendo che la riconvenzione proposta da Cossio fosse respinta per motivi di merito. Non si è dunque a torto che, nel caso in esame, l'istanza cantonale ha considerato l'atto di denuncia di lite come atto iniziativa di causa (petizione), cioè come un'azione interruttiva della prescrizione a sensi dell'art. 135 cif. 2 CO.

Il Tribunale federale pronuncia:

L'appellazione è respinta e la sentenza querelata 14 marzo 1923 del Tribunale di Appello del Cantone Ticino è confermata.

5. Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. Januar 1924

i. S. Wolfart und Dr. Willmann gegen Oesterlin & C^{ie}.

Art. 5 OR. Vertragsschluss unter Abwesenden durch Tele-
grammwechsel. Berücksichtigung eines Handelsgebrauches
über die Annahmefrist bei telegraphischen Offerten im
Eierhandel.

Die beklagte Firma Wolfart und Dr. Willmann in Baja (Ungarn) offerierte der Klägerin, Oesterlin & C^{ie} in Basel, am 13. Juli 1922 telegraphisch eine Kleinladung Eier « in Flachkisten ohne Nebensorten, 170 Franken, Buchs unverzollt » mit dem Ersuchen um Drahtzusage. Dieses um 10 Uhr 45 in Baja aufgegebene Telegramm traf am 13. Juli abends 19 Uhr 40 in Basel ein. Am gleichen Tage (20 Uhr 05) sandte die Beklagte ein weiteres Telegramm: « Erlasse offerierte Kleinladung Kiste 42,000 ungarische Kronen, Dringzusage », das am 14. Juli 0.40 in Basel ankam und um 7 Uhr der Klägerin überbracht wurde. Um 11 Uhr gleichen Vormittags telegraphierte diese zurück: « Marktlage flau, bedauern. » Dieses Telegramm ist am 15. Juli 1922 um 9 Uhr in Baja angekommen. Inzwischen hatte die Beklagte bereits am 14. Juli, 10 Uhr 30 morgens, der Klägerin telegraphiert: « Erlasse Offerte Kleinladung Kiste 35,000 ungarische Kronen, Dringzusage », welches Telegramm am gleichen Tage um 13 Uhr in Basel eintraf. Zwei Stunden später (15 Uhr) telegraphierte die Klägerin zurück: « Akzeptieren Kronen 35,000 franko Buchs. » Dieses Telegramm ist am 15. Juli um 9 Uhr 20 in Baja eingetroffen.

Am 15. Juli telegraphierte die Beklagte zurück (Abgang 11 Uhr 50 von Baja): « Auf Ihre Antwort bedaure, haben Kronen eingekauft, entgegenkommend erlasse offerierte Kleinladung 165 Franken, Dringzusage. » Auf dieses am 15. Juli um 18 Uhr in Basel eingetroffene Telegramm antwortete die Klägerin am folgenden Tage um 13 Uhr 20 telegraphisch: « Haben Ihre Kronenofferte prompt beantwortet, beharren auf Lieferung wie offeriert. » Dieses Telegramm traf am gleichen Tage um 21 Uhr in Baja ein.

Der weitere Telegrammwechsel führte zu keiner Einigung. Mit Schreiben vom 20. Juli 1922 setzte die Klägerin der Beklagten eine Nachfrist bis Ende Juli an, beifügend: « ansonst wir Sie für den entstandenen Schaden haftbar machen. »

Die Klägerin hatte inzwischen am 14. Juli 1922 beim Schweiz. Bankverein 2,100,000 ungar. Kr. zum Kurse von 0,43, also für 9030 Schweizerfranken gekauft. Nach dem erfolglosen Ablauf der Nachfrist verkaufte sie dieselben am 4. August 1922 wieder zum damaligen Kurse von 0,20, löste also nur 4200 Fr. und büsste an Kursverlust 4830 Fr. ein. Gleichzeitig erwirkte sie einen Arrest auf ein Guthaben der Beklagten beim Schweiz. Bankverein in Basel von 7500 Fr. und leitete Betreuung ein, der gegenüber die Beklagte Recht vorschlug.

Auf ein Telegramm der Beklagten vom 15. August 1922, worin sie sich bereit erklärte, die Eier zum offerierten Preise von 35,000 ungar. Kr. nachzuliefern, antwortete die Klägerin nicht.

B. — Mit der vorliegenden Klage belangt sie die Beklagte auf Zahlung von 5810 Fr. Schadenersatz nebst 5 % Zins seit 7. September 1922, indem sie sich auf den Standpunkt stellt, es sei durch die am 14. Juli 1922 telegraphisch erklärte Annahme der dritten Offerte der Beklagten vom gleichen Tage ein definitiver Kaufvertrag zustande gekommen. Die Beklagte habe erkennen müssen, dass das erste Telegramm der Klägerin vom 14. Juli

nicht die Antwort auf die dritte Offerte sein könne. Dass sie die Kronen in der Zeit zwischen der Ankunft des ersten und zweiten Telegramms der Klägerin (20 Minuten) gekauft habe, werde bestritten. Mit der Fristansetzung habe die Klägerin gleichzeitig ihre Wahlerklärung nach Art. 107 Abs. 2 OR im Sinne der Ablehnung der Realerfüllung und der Geltendmachung von Schadenersatz verbunden. Eine weitere Erklärung sei daher nach dem erfolglosen Ablauf der Nachfrist nicht mehr nötig gewesen. Eventuell liege die unverzügliche Verzichtserklärung in der Arrestnahme vom 3. August 1922. Auf die nachträgliche Offerte der Beklagten vom 15. Juli und das Lieferungsangebot vom 15. August 1922 habe sich die Klägerin nicht mehr einlassen müssen.

Den Schaden berechnet die Klägerin wie folgt:

a) Kursverlust auf 2,100,000 ungar. Kr. . . .	Fr. 4830
b) Entgangener Gewinn auf der 60 Kisten umfassenden Kleinladung, 22 Fr. 70 Cts. per Kiste (Gestehungspreis 168 Fr. 10 Cts. Verkaufspreis 190 Fr. 80 Cts.)	» 1362
	Total Fr. 6192

In der mündlichen Verhandlung vor erster Instanz hat sie die Schadenersatzforderung auf 5810 Fr. reduziert.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Sie bestritt das Zustandekommen eines Vertragsschlusses unter Berufung darauf, dass die Annahme der dritten Offerte nicht rechtzeitig eingetroffen sei. Ein dringlicher Telegrammwechsel zwischen Baja und Basel beanspruche höchstens 12 Stunden, während hier die Annahmeerklärung erst zirka 23 Stunden nach der Aufgabe der dritten Offerte durch die Beklagte eingegangen sei, in welchem Zeitpunkte diese sich als nicht mehr gebunden habe erachten dürfen, was sie auch unverzüglich der Klägerin mitgeteilt habe. Eventuell habe die Klägerin das Lieferungsangebot der Beklagten vom 15. August 1922 in einer gegen Treu und Glauben verstossenden

Weise abgelehnt, sodass die Klage aus diesem Grunde abzuweisen wäre. Ausserdem habe die Klägerin versäumt, nach Ablauf der Nachfrist eine Verzichts- oder Rücktrittserklärung abzugeben, sodass ihr bloss ein Anspruch auf Erfüllung des Vertrages zustehen würde.

Eventuell sei die eingeklagte Schadenssumme überschätzt; der Schaden belaufe sich höchstens auf 5280 Fr.

C. — Das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt wies die Klage ab, indem es auf Grund einer Auskunft des Telegraphenbureaus Basel, dass die Laufzeit eines Telegramms von Basel nach Baja normalerweise 3 Stunden betrage, das Zustandekommen eines Vertragsschlusses wegen verspäteten Eingangs der Annahmeerklärung — die nach seiner Rechnung innert 11 Stunden hätte eintreffen müssen — verneinte.

Auf Appellation der Klägerin hin hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt die Klage mit Urteil vom 13. November 1923 im Betrage von 5280 Fr. nebst 5 % Zins seit 7. September 1922 geschützt, grundsätzlich von der Erwägung ausgehend, dass die Beklagte angesichts des späten Einganges des ersten Telegramms der Klägerin mit einer längeren Annahmefrist habe rechnen müssen, sodass die Annahmeerklärung als rechtzeitig eingetroffen anzusehen sei.

Auf eine Beweisabnahme über die von der Klägerin behauptete Usance, dass im internationalen Eierhandel der Antragsteller 24 Stunden an seine Offerte gebunden sei, und die hierfür eingelegten Bescheinigungen trat das Appellationsgericht nicht ein.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Begehren um gänzliche Abweisung der Klage; eventuell beantragt sie Herabsetzung der der Klägerin zugesprochenen Entschädigung nach richterlichem Ermessen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — (Kompetenz.)
2. — In der Sache selbst ist mit beiden kantonalen

Instanzen daran festzuhalten, dass die Beklagte die Ablehnungserklärung der Klägerin vom 14. Juli 1922 nicht auf alle drei Offerten beziehen konnte, da dieselbe, wie aus dem Telegramm hervorging, nur $\frac{3}{4}$ Stunden nach Abgang des dritten Angebots von Baja in Basel abgesandt worden ist. Zu prüfen ist daher, ob auf Grund des dritten Angebots ein Kaufvertrag zustande gekommen sei. Hiebei ist davon auszugehen, dass es sich bei dieser am 14. Juli, 10 Uhr 30 morgens, in Baja telegraphisch aufgegebenen Offerte um eine unbefristete im Sinne von Art. 5 OR handelt, wonach der Antragsteller bis zu dem Zeitpunkt gebunden bleibt, «wo er den Eingang der Antwort bei ihrer ordnungsmässigen und rechtzeitigen Absendung erwarten darf.» Für die Berechnung dieses nützlichen Zeitraumes kann nun entgegen der Auffassung des Zivilgerichts jedenfalls dann, wenn es sich wie hier um Kaufleute handelt, nicht einseitig nur auf die normale Laufzeit eines Telegramms unter Hinzurechnung einer Überlegungsfrist und Aufgabe- u. Bestellzeit abgestellt werden, sondern es ist auch den im Handelsverkehr unter Kaufleuten dieser Branche geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen Rechnung zu tragen, d. h. die für Geschäfte dieser Art bestehende Verkehrssitte mitzubetrachten, die im Zweifel als stillschweigend vereinbarte *lex contractus* zu gelten hat. Auf eine solche den Eierhandel zwischen Ungarn und der Schweiz beherrschende tatsächliche Übung dahingehend, dass die Annahmefrist bei telegraphischer Offerte 24 Stunden betrage, hat sich die Klägerin in der Vorinstanz berufen, und zum Beweise hiefür eine Anzahl Bescheinigungen in- und ausländischer Eiergrosshändler ins Recht gelegt. Das Appellationsgericht ist auf eine Beweisabnahme hierüber mit der Begründung nicht eingetreten, «dass das Gericht schon auf Grund der bisherigen Akten zur Bejahung des Kaufabschlusses komme», woraus zu schliessen ist, dass es den Beweisantrag an sich prozessual nicht als unzulässig betrachtete; jedenfalls fehlt es an

einer gegenteiligen Feststellung im angefochtenen Urteil. Einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Beweisergänzung in diesem Punkte bedarf es indessen nicht, da die notwendigen Feststellungen vom Bundesgericht auf Grund der vorhandenen Akten selbst vorgenommen werden können. Hierbei ist entscheidend auf die von der Klägerin eingelegten Bescheinigungen von Eiergrosshändlern, insbesondere auf diejenigen des M. Berler, Zürich, X. Sartory, Freiburg i. Br., Karl Sexauer, Freiburg i. Br. und der Vereinigung deutscher Eierimporteure, Berlin, abzustellen, in denen übereinstimmend bestätigt wird, dass im internationalen Eierhandel der Antragsteller auch bei dringlichem Telegrammwechsel Übungsgemäss 24 Stunden an seine Offerte gebunden bleibe. Nun hat freilich die Beklagte das Bestehen einer solchen Usance bestritten; allein irgendwelche Anhaltspunkte, die geeignet wären, Zweifel an der Zuverlässigkeit dieser Belege zu erwecken, liegen nicht vor, sodass kein Anlass besteht, dieselben nicht als den wirklichen Verhältnissen entsprechend hinzunehmen. Danach aber durfte sich die Klägerin mangels einer ausdrücklichen anderweitigen Fristansetzung nach Treu und Glauben im Verkehr darauf verlassen, dass diese den internationalen Eierhandel beherrschende tatsächliche Übung, die der Beklagten als Eierexporteurin zweifellos bekannt sein musste, stillschweigend auch für das in Aussicht genommene Geschäft gelte, ihr also die Übungsgemässe Annahmefrist von 24 Stunden eingeräumt sei. Ihre gemäss Feststellung der Vorinstanz 22 ½ Stunden nach der Aufgabe der Offerte in Baja eingetroffene Annahmeerklärung muss daher als rechtzeitig eingegangen angesehen, und dementsprechend das Zustandekommen eines Vertragsschlusses in Übereinstimmung mit dem Vorderrichter bejaht werden.

3. — Diesen Vertrag hat die Beklagte durch ihre ungerechtfertigte Erfüllungsverweigerung gebrochen. Sie bestreitet jedoch, dass die formellen Voraussetzungen

einer Schadenersatzklage nach Art. 107 Abs. 2 OR gegeben seien, unter Berufung darauf, die Klägerin habe ihr Recht, statt der Erfüllung, Schadenersatz zu verlangen, dadurch verwirkt, dass sie es unterlassen habe, nach Ablauf der Nachfrist unverzüglich den Verzicht auf die nachträgliche Leistung zu erklären, sodass ihr nur ein allfälliger Anspruch auf Realleistung nebst Schadenersatz wegen Verspätung verbleibe. Die Vorinstanz hat diesen Einwand mit der Begründung abgelehnt, dass die Klägerin das ihr nach Art. 107 Abs. 2 OR zustehende dreifache Wahlrecht in zulässiger Weise gleichzeitig mit der Nachfristsetzung durch die Erklärung: « ansonst wir Sie für den entstandenen Schaden haftbar machen » im Sinne eines Verzichts auf die Realerfüllung und der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen Nichterfüllung ausgeübt habe. Ob indessen in dieser Erklärung der Klägerin eine den Anforderungen von Art. 107 Abs. 2 OR Genüge leistende Ausübung des Wahlrechts zu erblicken sei, die gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts mit der Fristansetzung als Androhung verbunden werden konnte, kann dahingestellt bleiben, da jedenfalls in der nach dem Ablauf der Nachfrist erfolgten Arrestnahme eine deutliche Kundgebung des Willens der Klägerin, die Beklagte an Stelle der Realerfüllung auf das Erfüllungsinteresse zu belangen, gefunden werden muss.

Bei dieser Sachlage brauchte daher auch die Klägerin, wie die Vorinstanz mit Recht annimmt, auf das nachträgliche Lieferungsangebot der Beklagten vom 15. August 1922 nicht mehr einzugehen.

4. — Quantitativ erachtet das Appellationsgericht einen Schaden (Kursverlust und Gewinnentgang) von 5280 Fr. als ausgewiesen. Da diese Schadensfestsetzung weder mit den Akten in Widerspruch steht, noch auf einer bundesgesetzliche Bestimmungen verletzenden Würdigung des Beweisergebnisses beruht, muss es hierbei für das Bundesgericht sein Bewenden haben. Eine Herabsetzung der

Ersatzpflicht der Beklagten in Anwendung von Art. 99 Abs. 3 und 43 Abs. 1 OR kann angesichts der aus eigen-nützigen Gründen erfolgten willkürlichen Vertragsverletzung nicht in Frage kommen. Die Berufung erweist sich somit als unbegründet.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 13. November 1923 bestätigt.

**6. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung
vom 5. Februar 1924 i. S. Rüfenacht gegen Jové.**

Kauf; Nichterfüllung durch den Käufer. Mit der Klage auf Erfüllung kann nicht gleichzeitig die Eventual- oder Alternativklage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung verbunden werden, speziell nicht mit Schadenersatzbestimmung auf den Zeitpunkt, in dem der Vertrag hätte erfüllt werden sollen; das die Abnahmepflicht aussprechende Urteil kann nicht den Schadenersatz auf jenen Zeitpunkt bemessen.

Gleichzeitig mit der Erfüllung des Vertrages hat der Kläger zum voraus die Verurteilung der Beklagten zu Schadenersatz für den Fall der Nichterfüllung verlangt. Bei diesem Rechtsbegehren, welches die Vorinstanz unter Berufung auf die in §§ 89 und 246 II der soloth. ZPO enthaltenen Vollstreckungsvorschriften gutgeheissen hat, handelt es sich darum, das Interesse des Klägers an der Erfüllung der durch Dispositiv 1 des vorinstanzlichen Urteils der Beklagten auferlegten Abnahme- und Zahlungsverpflichtung zu bestimmen, damit bei Nichterfüllung sofort feststehe, welchen Betrag die Beklagte als Schadenersatzsurrogat schulde. Massgebend ist also das Interesse des Klägers an der Bezahlung des Kaufpreises gegen die Verpflichtung zur Übergabe des Kaufgegenstandes, wovon der Vorteil

abzuziehen ist, der dem Kläger bei Nichterfüllung durch die Beklagte daraus erwächst, dass er die Ware nicht an sie abgeben muss. Hieraus ergibt sich, dass es für die Schadenersatzberechnung entscheidend auf den Wert des Kaufgegenstandes in dem Zeitpunkt ankommt, in dem feststehen wird, ob die Beklagte jenes Urteilsdispositiv überhaupt erfüllen werde oder nicht. Da jedoch dieser Wert vom Richter nicht zum voraus ermittelt werden kann, liesse sich eine solche vorweggenommene Schadenersatzbestimmung mit den Schadenersatznormen des OR, die auch für die Umwandlung des Anspruchs auf Realerfüllung in einen Schadenersatzanspruch im Exekutivverfahren massgebend sind, nicht vereinbaren. Die Vorinstanz hat denn auch dem Kläger als eventuellen Schadenersatzanspruch etwas wesentlich Anderes zugesprochen, nämlich die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Marktpreis, der im Zeitpunkt galt, wo der Vertrag hätte erfüllt werden sollen (Frühjahr 1921). Diese Schadenersatzberechnung wäre nur dann zulässig gewesen, wenn der Kläger nicht auf Erfüllung, sondern von vorneherein auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung geklagt hätte: neben dem Erfüllungsanspruch, oder an Stelle eines diesen Anspruch schützenden Gerichtsurteils ist für eine solche Schadenersatzforderung kein Raum, weil das bei Schuldnerverzug nach Art. 107 OR dem Gläubiger zustehende Wahlrecht zwischen den dort aufgeführten Rechtsbehelfen durch Anhebung der Erfüllungsklage konsumiert ist.