

die sie vorher unbeeinflusst von solchen Erwägungen abgegeben hatte, nicht alteriert werden. Aus dem gleichen Grunde kann auf die allfälligen Bemerkungen des früheren Anwaltes der Kläger, Rebsamen bei seiner Anwesenheit in Luzern nichts ankommen, weil sie mit der Haltung, die die Kläger selbst von Anfang eingenommen, im Widerspruch stünden und nicht feststeht, wie weit er überhaupt in der Sache orientiert war.

Hatte die Beklagte den Klägern den Kaufgegenstand noch nicht übergeben und ist sie ferner, wie sie eventuell nicht bestreitet, in der Unmöglichkeit, ihn noch zu liefern, so folgt daraus aber ohne weiteres auch ihre Pflicht zur Rückerstattung der ohne Grund empfangenen Gegenleistung, des Kaufpreises und ist deshalb die Klage mit der Vorinstanz gutzuheissen.

3. — Zu Unrecht glaubt die Beklagte dieser Folge mit dem Hinweise darauf begegnen zu können, dass nach Art. 185 OR die Gefahr der Sache mit dem Kaufabschlusse und unabhängig von der Tradition auf den Klägern geruht habe. Der in der angeführten Gesetzesbestimmung übernommene gemeinrechtliche Grundsatz « *periculum est emptoris* » bezieht sich nur auf den zufälligen Untergang oder Verlust der Sache in der Zeit zwischen dem Abschlusse und dem Vollzuge des Kaufes, nicht auf einen Verlust, der auf ein schuldhaftes Verhalten des Verkäufers, d. h. auf von ihm zu vertretende Umstände zurückzuführen ist. Hier hat man es aber mit einem Falle der letzteren Art zu tun. Denn der Grund des Entzuges des Kaufobjektes liegt nicht etwa, wie die Beklagte behaupten will, in einem von einem Dritten verübten « Diebstahl », sondern darin, dass sie in ihrer Stellung als blosser unselbständige Besitzerin des Holzes mit ihrem Besitzesrechtsanspruch gegenüber einem dritten Besitzer, der seine Stellung als solcher aus einem mit dem Eigentümer selbst abgeschlossenen Veräusserungsgeschäft herleitete, nicht durchzudringen vermochte. Wer eine fremde Sache in eigenem Namen verkauft, kann sich aber nicht auf

Art. 185 OR berufen, wenn er sie nachträglich infolge einer anderweitigen Verfügung des Eigentümers nicht zu liefern vermag, sondern hat die Unmöglichkeit der Erfüllung, in der er sich befindet, ausschliesslich seinem eigenen Verhalten zuzuschreiben. Dass der Verlust nicht eingetreten wäre, wenn die Kläger die Ware rechtzeitig abgenommen hätten, vermag daran nichts zu ändern, weil der Annahmeverzug des Käufers den Verkäufer nicht von der Verpflichtung entbindet, jenem das Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern I. Kammer vom 23. Mai 1918 bestätigt.

## V. OBLIGATIONENRECHT

### DROIT DES OBLIGATIONS

69. Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. September 1918

i. S. Strohhandelsgesellschaft, Klägerin  
gegen Hollstein, Beklagte.

Schuldnerverzug zufolge Nichtleistung eines Akkreditivs. — Art. 214, Abs. 2 OR. Sofortige Rücktrittserklärung: wenn sie nach der ersten Mahnung zur Erfüllung versäumt wurde, kann der Verkäufer neuerdings mahnen und dann die Erklärung abgeben. Betreibung « auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung » ist Rücktrittserklärung.

A. — Die Klägerin, die Strohhandelsgesellschaft in Bern, hatte an die Beklagtschaft, das Delikatessenhaus Hollstein in Weissenfels an der Saale, 5 Wagen Orangen in Körben und 3 Wagen in Kisten verpackt verkauft. Bezüglich dieser Kistenorangen kam das Geschäft nicht

zur Ausführung, weil die Beklagtschaft, trotzdem die Klägerin die Orangen in Basel als dem Erfüllungsort, versandbereit hielt, das ausbedungene Akkreditiv nicht leistete. Nachdem nämlich die Klägerin den Beklagten verschiedentlich zur Leistung des Akkreditivs gemahnt, und nachdem sie ihm im Anschluss an eine derartige Mahnung per Postkarte vom 13. Januar 1917 geschrieben hatte, sie mache ihn für allen Schaden, « der uns durch Ihre verspätete Erfüllung entstehen sollte », verantwortlich, telegraphierte der Beklagte am 18. Januar 1917 von Frankfurt aus, es sei eine neue Verordnung erlassen worden, die die Einfuhr von Orangen verbiete, die bereits gelieferten 5 Wagen seien schon beschlagnahmt worden. Am gleichen Tage hatte die Klägerin auf ein Guthaben des Beklagten in Schaffhausen für eine Forderung von 2000 Fr. aus Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines Vertrages einen Arrest auswirken lassen. Gegen den Zahlungsbefehl vom 22. Januar erhob die Beklagte Rechtsvorschlag, worauf die Klägerin den vorliegenden Prozess auf Anerkennung ihrer Arrestforderung einleitete. Sie bezifferte die Summe des ihr zugefügten Schadens auf 6600 Fr., indem sie erklärte, sie hätte an den insgesamt 1200 Kisten je 5 Fr. 50 Cts. verdient. Sie mache im Prozess aber nur den eingeklagten Betrag geltend, den sie ihrerseits ihrem Lieferanten ersetzen müsse.

Der Beklagte verlangte Abweisung der Klage indem er ausführte, ein deutsches Einfuhrverbot habe die Abnahme der Ware unmöglich gemacht. Zudem sei die vorher gelieferte Ware verdorben gewesen, weshalb er die streitige nicht mehr habe abnehmen müssen. Uebrigens werde der Schaden der Klägerin bestritten, eventuell sei er selbst verschuldet. Endlich habe die Klägerin eine Nachfrist zur Erfüllung nicht angesetzt.

B. — Das Bezirksgericht Schaffhausen hat die Klage abgewiesen, weil die Klägerin die Ansetzung einer Nachfrist und die Anzeige des Rücktrittes gemäss OR 107 und 214 unterlassen habe.

Mit Urteil vom 12. April 1918 hat das Obergericht des Kantons Schaffhausen, an das die Klägerin das Urteil weitergezogen hatte, den erstinstanzlichen Entscheid bestätigt. Es ging davon aus, dass die Klägerin die Orangen dem Beklagten am 11. Januar 1917 gehörig angeboten, und dass der letztere die Annahme ungerechtfertigterweise verweigert habe. Das deutsche Einfuhrverbot bedinge keine Unmöglichkeit der Vertragserfüllung, da die Ware in Basel abzuliefern gewesen sei. Auch sei eine Fristansetzung zur nachträglichen Erfüllung angesichts des Art. 214 nicht nötig gewesen. Dagegen müsse das Begehren der Klägerin abgewiesen werden, weil sie die in Art. 214 Abs. 2 vorgesehene Rücktrittsanzeige nicht abgegeben habe.

C. — Gegen diesen Entscheid der Vorinstanz ergriff die Klägerin unter Aufrechterhaltung ihrer Begehren um Zuspruch von 2000 Fr. die Berufung an das Bundesgericht. In der Berufungsbegründung führte sie aus, die Unterlassung der Rücktrittserklärung mache den Unterlassenden nur schadenersatzpflichtig (Fick Note 14 zu Art. 214), beraube ihn aber nicht des Rücktrittsrechtes. Zudem sei die Erklärung angesichts der Annahmeverweigerung des Beklagten vom 18. Januar 1917 unnötig gewesen. Eventuell sei die Rücktrittserklärung früh genug in Gestalt des Arrestbefehles erfolgt.

Der Beklagte hat auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils angetragen. Das Arrestbegehren sei keine Rücktrittserklärung, weil es sich an den Richter, nicht an den Käufer gerichtet habe, eventuell sei es zu spät erfolgt. Eventuell werde der Schaden bestritten, und es müsste daher auch bei Annahme des klägerischen Standpunktes eine Rückweisung der Akten an die Vorinstanz erfolgen.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Der Beklagte ist nicht in der Lage die Nichtannahme der streitigen Orangen zu rechtfertigen. Insbesondere kann er sich nicht auf das deutsche Einfuhrverbot

berufen. Nach dem Vertrag war er zur Abnahme in Basel verpflichtet, was ihm trotz des fraglichen Einfuhrverbotes möglich gewesen wäre.

War demnach seine Annahmeverweigerung ungerechtfertigt, so wurde er durch die Mahnung der Klägerin, die Ware zu beziehen, in Annahmsverzug gesetzt.

Er wurde aber von der Klägerin durch die Mahnung zur Leistung des Akkreditivs überdies auch in Schuldnerverzug gesetzt. Zwar ist es richtig, dass Akkreditiv und Kaufpreis nicht genau übereinstimmen, und dass dieser letztere überhaupt noch nicht genau festgestellt worden war, allein auf alle Fälle sollte doch die Deckung an den Kaufpreis angerechnet werden, so dass ihr also materiell die Bedeutung einer Anzahlung zukam. Ihre Nichtleistung seitens des Beklagten bzw. die Mahnung der Klägerin haben dieser also zweifelsohne die Rechte aus Art. 107 und Art. 214 OR gesichert, und zwar stand ihr das Wahlrecht aus Art. 214 ohne eine Nachfristansetzung offen. Dagegen war die Klägerin allerdings verpflichtet, wenn sie, wie sich das aus ihrer Stellungnahme im Prozess ergibt, vom Vertrage zurücktreten wollte, dies dem Beklagten sofort mitzuteilen. Ob eine solche Rücktrittserklärung erfolgt, und eventuell wann, ist daher im nachfolgenden zu untersuchen.

Zunächst ist der Vorinstanz beizustimmen, dass eine solche Erklärung nicht in der Karte vom 13. Januar gesehen werden kann, wird doch in derselben gegenteils zur Vertragserfüllung gemahnt und eventuell die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen verspäteter Erfüllung angedroht. Zweifelhaft mag dagegen erscheinen, ob im Arrestbefehl eine solche Erklärung zu erblicken ist. Die Frage kann jedoch dahingestellt bleiben, denn ganz unzweifelhaft liegt die Mitteilung des Rücktrittes in der Anhebung der Betreibung für eine Schadenersatzforderung « aus Nichterfüllung eines Vertrages ».

Diese Rücktrittserklärung war nun aber nur gültig, wenn sie sofort, d. h. unmittelbar nach der Inverzug-

setzung, bzw. der Mahnung zur Erfüllung abgegeben wurde. Dies ist nicht der Fall, wenn man ausgeht von den ersten Mahntelegrammen auf Leistung des Akkreditivs oder der Karte vom 13. Januar. Allein die Unterlassung der Rücktrittserklärung im Anschluss an diese Mahnungen beraubte die Klägerin nicht des Rechts, später dennoch noch vom Vertrag zurückzutreten. Zwar hat die Vorinstanz mit Recht darauf abgestellt, dass die Bestimmung des Art. 214 Abs. 2 aufgestellt wurde, um den Verkäufer an Spekulationen auf Kosten des Käufers zu verhindern. Allein hieraus folgt noch nicht, dass der Verkäufer für immer seines Rücktrittsrechtes beraubt sein soll, wenn er nach der ersten Mahnung keine entsprechende Erklärung abgibt. Vielmehr ist seine Situation dann die, dass er entweder den Schuldner auf Erfüllung und Schadenersatz wegen Verspätung einklagen, oder von vorne beginnend ihn wiederum zur Erfüllung mahnen und im Anschluss an diese Mahnung von seinem Wahlrecht Gebrauch machen kann. Diese Lösung entspricht der *ratio legis*. Denn durch die erneute Mahnung wird dem Käufer die Möglichkeit gegeben, einer allfälligen Spekulation des Verkäufers dadurch zu begegnen, dass er seinerseits leistet. Sie allein entspricht aber auch der Billigkeit. Würde man doch sonst an einen blossen Formfehler, ohne dass das Gesetz dazu zwingt, weitestgehende Verwirkungsfolgen knüpfen, und zwar zu Gunsten desjenigen Teils, der durch seinen Vertragsbruch die für ihn ungünstige Situation selber heraufbeschworen hat. Endlich würde man dadurch auch den Verkäufer, der seinem säumigen Käufer noch etwas zuwarten will, zwingen, sofort nach der ersten Mahnung die äussersten Konsequenzen zu ziehen.

Im vorliegenden Falle nun hat der Verkäufer, nachdem er zunächst die erste Rücktrittsgelegenheit versäumte, in der Tat von vorne angefangen. Seine Betreibung ist zweifellos als eine neue Mahnung anzusehen. Gleichzeitig mit dieser Mahnung, also rechtzeitig, hat er aber diesmal auch seinen Rücktritt erklärt, denn, wie bereits oben festge-

stellt wurde, muss aus der Betreibung auf Zahlung einer Schadenersatzsumme wegen Nichterfüllung eines Vertrages auf einen solchen Rücktritt geschlossen werden.

2. — Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die formellen Grundlagen einer Schadenersatzklage gegeben sind. Nun hat aber der Beklagte die materielle Begründetheit, das Bestehen eines Schadens, bestritten und eventuell Gegenansprüche aus der ersten Orangenlieferung geltend gemacht. Diese Einwendungen hat die Vorinstanz nicht geprüft. Die Akten sind daher zur Beurteilung dieser Fragen an sie zurückzuweisen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird unter Aufhebung des Urteils des Obergerichts Schaffhausen vom 12. April 1918 gutgeheissen und die Streitsache im Sinne der Motive zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**70. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Oktober 1918 i. S. Barré gegen Schweizer & C<sup>ie</sup>.**

**Dienstvertrag.** Auflösung aus einem in der Person des Dienstherrn liegenden wichtigen Grunde. Rechtsfolgen. Art. 353 Abs. 2 OR.

Die Klägerin Witwe Bertha Barré stand seit 1913 im Dienste der Beklagten, Firma Schweizer & C<sup>ie</sup> in Luzern, als Directrice der Abteilungen für Schneiderei und Mode. Nach der Neuregelung des Verhältnisses vom 15. Januar 1914 hatte sie einen Monatslohn von 500 Fr.,  $\frac{1}{2}$ % Provision auf den Geschäften der Schneiderei und Mode, und 5% Anteil am Nettogewinn beider Abteilungen. Die Anstellung sollte bis Ende 1915 dauern und sich von da auf weitere zwei Jahre erneuern, falls keine Partei sechs Monate vor 31. Dezember 1915 die Auflösung verlangte. Letzteres geschah nicht. Dagegen kündigte die Beklagte den Ver-

trag am 30. November 1915 auf 31. Mai 1916, und sodann am 6. März 1916 auf den folgenden Tag. Letztere Kündigung begründete sie unter Hinweis auf Art. 352 OR, indem sie unter anderem behauptete, sie sei gezwungen, vom 25. März an die zwei Abteilungen Schneiderei und Mode wegen des schlechten finanziellen Ergebnisses zu liquidieren. Die Klägerin erhob darauf Klage auf Bezahlung des Lohnes bis 31. Dezember 1917 mit 11,000 Fr., ferner einer Umsatzprovision von 1000 Fr., eines Gewinnanteils von 1000 Fr., sowie von 3000 Fr. für weitere materielle und moralische Schädigung infolge der Entlassung. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage, soweit die klägerische Forderung 480 Fr. 50 Cts. (Lohn vom 1. bis 7. März = 125 Fr., Umsatzprovision = 482 Fr. 55 Cts., abzüglich 127 Fr. 5 Cts. für Bezüge) übersteige. Die kantonalen Instanzen (Amtsgericht Luzern-Stadt und Obergericht Luzern) haben die Klage in einem reduzierten Umfange geschützt: das Amtsgericht hat die Entschädigung auf 5480 Fr. 50 Cts., das Obergericht auf 3480 Fr. 50 Cts. festgesetzt. Gegen das obergerichtliche Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag, es sei die klägerische Forderung mindestens in der Höhe des erstinstanzlichen Urteils zu schützen. Die Beklagte hat sich innert Frist der Berufung angeschlossen, mit dem Antrag auf gänzliche Abweisung der Klage, soweit sie den von Anfang an anerkannten Betrag von 480 Fr. 50 Cts. übersteigt. Das Bundesgericht hat die Hauptberufung in dem Sinne geschützt, dass es die Entschädigung auf 4480 Fr. 50 Cts. erhöhte.

*Erwägungen:*

Mit den kantonalen Instanzen ist der Beweis als erbracht anzusehen, dass die zwei Geschäftszweige, für welche die Klägerin angestellt worden war, infolge von Umständen, die der Beklagten nicht zur Last fallen, keine Rendite mehr abgeworfen haben und auch keine Aussicht auf eine baldige Besserung bestanden habe. Ferner ist