

52. Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. Juni 1919

i. S. Gebr. Parolini gegen Valentin.

Kauf. Rücktritt des Verkäufers wegen angeblichen Zahlungsverzuges des Käufers, während dieser in Wirklichkeit nur mit der Pflicht zur Deponierung des Kaufpreises im Verzuge war. OR Art. 214. — Verzicht auf Annahme der Ware.

A. — Am 24. Januar 1917 verkaufte der Beklagte Valentin den Klägern Gebrüder Parolini 7 Wagen gefrästes Tannenholz, lieferbar Februar und März 1917, zu 95 Fr. per m³, franco Luino oder Tirano, Kassa gegen Faktura.

Da der Beklagte nicht lieferte, gelangten die Kläger an das Vermittleramt Unter-Tasna. Vor diesem schlossen die Parteien am 25. Juni 1917 einen Vergleich ab. Danach verpflichtete sich der Beklagte, das Holz abzuliefern, sobald er die Ausfuhrbewilligungen besitze; die Kläger verpflichteten sich dagegen, dem Beklagten die Erklärung der Schweiz. Kreditanstalt in Luzern beizubringen, dass diese dem Beklagten jeweilen gegen Einsendung der quittierten Faktura und des Frachtbriefdoppels den Betrag sofort ausbezahle.

Am 13. Juli 1917 teilte der Beklagte den Klägern mit, er lasse in den nächsten Tagen 3 Wagen Bretter für sie einmessen; sie sollen ihm berichten, ob sie jemanden zur Uebernahme nach Schuls schicken werden, und sollen ihm nach erfolgter Uebernahme und Abstempelung mit ihrem Hammer den Betrag ausbezahlen. Die Kläger antworteten am 16. Juli, er solle mitteilen, wann die 3 Wagen eingemessen werden könnten; sie werden einen Vertreter schicken, um die Ware zu übernehmen; sie hätten der Bank Anweisung gegeben, gegen Vorweisung der Faktur und des Frachtbriefdoppels die Auszahlung zu leisten.

Der Beklagte schrieb darauf den Klägern am 23. Juli, die Schweizerische Kreditanstalt teile ihm mit, dass sie

die Fakturen, mit dem Visum des Herrn Stüssi, eines Angestellten der Kläger, bezahlen werde; darauf könne er nicht eingehen; die Kreditanstalt müsse ihm die Erklärung abgeben, dass sie seine Fakturen, die quittiert seien, bezahle, oder die Kläger sollen den vollen Betrag bei der «hiesigen Kantonalbank» deponieren, die dann sofort nach Abgang des jeweiligen Wagens ausbezahlen müsse. Eine Antwort der Kläger auf dieses Ansinnen liegt nicht vor, dagegen eine Aufforderung derselben vom 24. Juli, den Vertrag bei der Holzexport- u. Verwertungsgenossenschaft in Bern anzumelden. Der Beklagte schickte darauf den Vertrag nach Bern, und erhielt im August drei Ausfuhrbewilligungen für die Kläger.

Am 17. August ersuchten die Kläger den Beklagten, die Lieferung noch etwas zurückzuhalten, und fügten bei, sie werden natürlich das Depot sofort überweisen. Der Beklagte antwortete am 20. August, die Deponierung der 6000 Fr. müsse bis nächsten Mittwoch erfolgt sein, da der erste Wagen an diesem Tage abrolle; sollten die Kläger das Depot nicht errichten, so müsste er sie verantwortlich machen.

Am 22. August 1917 beauftragten die Kläger die Kreditanstalt in Luzern, der Graubündner Kantonalbank in Chur 6000 Fr. überweisen zu lassen. Hievon gaben sie dem Beklagten am gleichen Tage Kenntnis, mit dem Bemerkten, dass er seinerseits die Ware unter Garantie der richtigen Masse richtig verladen innert dieser Woche zu spedieren habe. Am 25. August teilten sie der Graubündner Kantonalbank mit, dass sie das Depot von 6000 Fr. ihr für den Beklagten überwiesen hätten: der Beklagte habe das Recht, von dieser Summe jeweilen gegen Vorweisung der Faktur und der Frachtbriefdublika die betreffenden Beträge zu erheben; die Kantonalbank möge den Beklagten hievon benachrichtigen.

Unterm 27. August machten die Kläger dem Beklagten von dieser Zuschrift Mitteilung, mit dem Ersuchen, sie zum Einmessen einzuladen, da die Fakturen nur gegen

ihr Visum, dass die Masse richtig befunden wurden, eingelöst würden. Sie gaben sodann Auftrag, die Ware über Tirano gehen zu lassen.

Tagsdarauf, am 28. August, telegraphierte der Beklagte den Klägern: « Avisierter Betrag 6 mille sind bei Kantonalbank Chur nicht deponiert. Im Bahnhof hier sind » eingeladen 3 Waggons. Mache Sie für jeden Schaden » haftbar, wenn nicht sofort telegraphisch Anweisung » an Bank erfolgt. »

Die Antwort liegt nicht vor; nach einer Notiz auf der Rückseite des Telegramms hat sie gelautet: « Betrag » deponiert seit 24. August. Fakturen werden regliert, » sobald Ware eingemessen. Angestellter unterwegs zum » Einmass. »

Am 29. August schrieb sodann der Beklagte den Klägern: Am 26. August habe er 2 Wagen bereit gehabt, jedoch von der Agentur der Kantonalbank, die sich telephonisch in Chur erkundigt hatte, die Auskunft erhalten, dass für ihn kein Geld deponiert sei. Am 27. habe er einen Wagen abrollen lassen müssen, obschon noch kein Geld da gewesen sei. Am 28. habe er auch die andern 2 Wagen abrollen lassen; auch an diesem Tage sei in Chur noch kein Geld deponiert gewesen. Er habe dem Angestellten der Kläger, Herrn Ammann, die Fakturen und Frachtbriefdoppel vorgewiesen und Zahlung verlangt. Nach nochmaliger telephonischer Besprechung mit den Klägern habe aber Ammann erklärt, nicht zahlen zu können, und auf die Annahme der Ware verzichtet. Der Beklagte erkläre deshalb den Vertrag als nichtig, da er von den Klägern gebrochen worden sei.

Am folgenden Tage, 30. August, wurde dann die Kantonalbankfiliale in Schuls von der Hauptbank benachrichtigt, dass ein Kredit von 6000 Fr. von den Klägern für den Beklagten eröffnet sei. Die Filiale setzte den Beklagten hievon in Kenntnis; dieser nahm jedoch das Geld nicht in Empfang.

Schon am 29. August hatten die Kläger dem Beklagten

geschrieben, sie seien nicht schuld daran, dass das Geld nicht rechtzeitig eingetroffen sei; sie hätten nie versucht, den Beklagten zu hintergehen, weshalb dieser wohl ihrem Gesuche entsprechen dürfte, der Faktur den Vormerk: « für richtige Masse garantiert » beizufügen. Mit Zuschrift vom 31. August sodann erklärten die Kläger weiter, sie hätten erfahren, dass der Beklagte keinen Wagen an sie direkt adressiert und auch keine Ausfuhrgesuche für sie eingereicht habe. Die Kläger setzten ihm daher eine Frist zur Lieferung bis 10. September. Am 1. September schrieben sie ferner, in Beantwortung der Zuschrift des Beklagten vom 29. August: « Was Sie von unserm Ange- » stellten Ammann verlangten, konnte dieser nur in unse- » rem Einverständnis vornehmen, und da Sie sich weiger- » ten, die Garantie für die richtig aufgeführten Masse zu ge- » ben, so war eine Auszahlung der Fakturen unmöglich. » Nicht sie hätten den Vertrag gebrochen, sondern der Beklagte trage die Schuld daran, dass nicht richtig habe erfüllt werden können. Am 12. September schliesslich teilten die Kläger dem Beklagten mit, dass die gekaufte Ware nicht mehr angenommen und Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens gefordert werde.

B. — Mit der vorliegenden Klage wird dieser Schaden im Betrage von 3350 Fr. geltend gemacht.

Der Beklagte seinerseits verlangt widerklageweise Bezahlung einer Entschädigung von 376 Fr. 80 Cts. aus angeblichem Vertragsbruch durch die Kläger.

C. — Beide kantonalen Instanzen haben sowohl die Hauptklage als die Widerklage abgewiesen.

D. — Gegen das Urteil des Obergerichts vom 19. März 1919 haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage in vollem Umfange, eventuell auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Aktenvervollständigung und neuen Entscheidung.

E. — Der Beklagte hat sich der Berufung angeschlossen, mit den Anträgen:

1. Es sei das angefochtene Urteil in dem Sinne umzuändern, dass die Widerklage gutzusprechen sei.

2. Eventuell seien die Akten an die kantonale Instanz zur Aufnahme folgender Beweise zurückzuweisen: Einvernahme Ammanns als Zeugen über die Vorgänge anlässlich seines Aufenthaltes in Schuls im Auftrage der Kläger, wo er das Holz ohne Geld hätte in Empfang nehmen sollen, und des Stationsvorstandes von Schuls als Zeugen über die Widerklageforderung und deren Begründung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Der Beklagte hat in seiner Zuschrift vom 29. August 1917 an die Kläger in bestimmter Weise seinen Willen ausgesprochen, den Vertrag nicht zu erfüllen. Nach Art. 108 OR durften daher die Kläger nunmehr statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, unter der Voraussetzung, dass der Beklagte nicht berechtigt war, seinerseits vom Verträge zurückzutreten. Der Beklagte gründet seine Weigerung auf Art. 214 OR, und es fragt sich deshalb, ob der Tatbestand dieser Gesetzesbestimmung gegeben sei, d. h. ob die verkaufte Ware gegen Vorausbezahlung des Preises oder Zug um Zug zu übergeben war, und die Kläger sich mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge befunden haben.

Nun kann nach den Akten kein Zweifel darüber bestehen, dass die Kaufsache Zug um Zug zu übergeben war. Im ursprünglichen Verträge war «Kassa gegen Faktur» vereinbart. Diese Bestimmung wurde in dem Vergleich dahin abgeändert, dass die Kläger den Kaufpreis für eine Lieferung jeweilen gegen Einsendung der quittierten Faktur und des Frachtbriefdoppels sofort ausbezahlen sollten. Später wurde die Zahlungsweise dahin bestimmt, dass die Kläger den vollen Betrag bei der Graubündner Kantonalbank deponieren sollten, in der Meinung, dass der Beklagte bei dieser die Zahlung erheben könne. Mit der Vereinbarung eines Depots bei der Grau-

bündner Kantonalbank war also an der Bestimmung, dass Zug um Zug geleistet werden solle, nichts geändert.

Die Kläger gerieten danach in Zahlungsverzug, wenn der Beklagte ihnen die Ware zur Abnahme gehörig angeboten hatte, und die Graubündner Kantonalbank, beziehungsweise ihre Filiale in Schuls, die dagegen geforderte Zahlung nicht leistete, sei es dass das Depot nicht vorhanden war, sei es aus andern Gründen.

2. — Zur Uebergabe der Ware gehörte nun ihre Bereitstellung zum Zweck des Einmessens durch einen Vertreter der Kläger. Das ergibt sich aus dem Schreiben derselben vom 27. August, worin sie den Beklagten ersuchten, sie zum Einmessen einzuladen, und aus der Antwort der Kläger auf die telegraphische Anzeige des Beklagten vom 28. August, dass im Bahnhof Schuls 3 Wagen eingeladen seien, ihr Angestellter werde zum Einmessen erscheinen. Der Beklagte hat nun aber die 3 Wagen den Klägern beziehungsweise ihrem Angestellten nicht zum Einmessen bereit gehalten. Er hat das Erscheinen des von den Klägern am 28. August angekündigten Angestellten nicht abgewartet, sondern bereits am 28. August, wenn nicht schon früher, die Ware nach Italien abrollen lassen. Laut seinem Brief vom 29. August waren, als der Angestellte Ammann in Schuls eintraf, die 3 Wagen bereits abgerollt.

Der Beklagte hat also am 29. August den Rücktritt erklärt, ohne dass er die Ware, wie es von den Klägern verlangt worden war und verlangt werden durfte, zum Einmessen bereit gehalten hätte, und damit die Kläger in die Unmöglichkeit versetzt, die Ware Zug um Zug, gegen Bezahlung des Kaufpreises, in Empfang zu nehmen. Daher waren die Kläger auch nicht verpflichtet, die Zahlung zu leisten; sie befanden sich, als der Beklagte am 29. August den Rücktritt erklärte, nicht im Zahlungsverzug, weshalb der Rücktritt nach Art. 214 OR nicht berechtigt war.

3. — Allerdings waren die Kläger am 28. August mit

ihrer Verpflichtung, den Kaufpreis bei der Graubündner Kantonalbank zu deponieren, im Verzug. Denn zu dieser Verpflichtung gehörte auch der Ausweis an den Beklagten, dass das Depot tatsächlich geleistet sei. Dieser Ausweis war laut dem Zeugnis des Verwalters der Kantonalbank-filiale Schuls unterblieben. Allein die Verpflichtung zur Deponierung bedeutet nicht die Verpflichtung zur Vorausbezahlung, sondern nur zur Bereitstellung des Geldes, damit gegen Ablieferung der Ware beziehungsweise Bereitstellung zur Einmessung die Zahlung Zug um Zug durch die Bank erfolgen könne. Wegen des Verzuges in der Deponierung konnte der Beklagte nicht ohne weiteres nach Art. 214 OR vom Vertrag zurücktreten, sondern er musste, wenn er wegen dieses Verzugs sich von der Verpflichtung zur Erfüllung frei machen wollte, nach Art. 107 OR vorgehen; der Rücktritt war ihm also erst gestattet, nachdem er den Klägern vergeblich Frist zur nachträglichen Erfüllung ihrer Pflicht zur Deponierung angesetzt hatte. Mehr als diese Folge ist auch in dem von der Vorinstanz und dem Beklagten angezogenen Entscheid des Bundesgerichts i. S. Strohhandelsgesellschaft gegen Hollstein (AS 44 II S. 410) dem Verzuge des Käufers in der Beschaffung des zu leistenden Akkreditivs nicht beigemessen. Die Vorinstanz hat daher zu Unrecht unter Berufung auf dieses Urteil angenommen, die Nichterfüllung der Pflicht zur Deponierung des Kaufpreises stehe in Bezug auf die Anwendung des Art. 214 dem Verzug in der Bezahlung des Kaufpreises gleich und berechtige den Verkäufer ohne weiteres zum Rücktritt.

4. — Die Klage erscheint somit grundsätzlich als begründet, es wäre denn, Ammann hätte, wie der Beklagte behauptet, in Schuls namens der Kläger auf die Annahme der Ware verzichtet. Es ist zwar nach der Aktenlage nicht anzunehmen, dass die Erfüllung dem Ammann nachträglich in richtiger Weise angeboten worden sei — die 3 Wagen waren nach dem Briefe des Beklagten an die Kläger vom 29. August 1917 damals

nicht mehr in Schuls —, noch dass Ammann die Annahme ohne Grund verweigert habe. Offenbar war seine Erklärung dahin zu verstehen, er könne den Kaufpreis deshalb nicht bezahlen, weil er die Ware nicht habe ausmessen können, und der Beklagte sich weigere, die verlangte Garantie für richtige Masse zu geben. Allein da eine bestimmte Feststellung hierüber fehlt, ist dieser Punkt von der Vorinstanz noch durch die beantragte Einvernahme Ammanns als Zeugen abzuklären; eventuell wäre festzustellen, ob Ammann bevollmächtigt gewesen sei, in gültiger Weise für die Kläger auf die Annahme der Ware zu verzichten.

5. — (Weiteres Verfahren.)

6. — (Widerklage.)

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Anschlussberufung wird abgewiesen.

Die Hauptberufung wird in dem Sinne begründet erklärt, dass das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 19. März 1919 aufgehoben und die Sache im Sinne der Motive an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

53. Arrêt de la 1^{re} section civile du 3 juillet 1919

dans la cause **Brasserie de St-Jean** contre **Dame Hinderberger**.

Les contrats de livraison de bière à long terme, bien que fixant un prix déterminé, sont présumés conclus sous la clause « rebus sic stantibus »; une modification radicale des circonstances autorise les parties à se départir du contrat sans indemnité à moins qu'elles ne tombent d'accord sur un prix adapté au nouvel état des choses.

A. — Par convention du 1^{er} décembre 1912, la Brasserie de St-Jean, à Genève, loua à Demoiselle Freivogel, devenue dès lors Dame Hinderberger, le café de l'Hôtel de Ville à Genève; pour en faciliter l'exploitation elle