

der Wendung, die Söhne Stücheli seien (sc. bereit), « als Bürgen einzutreten », eine Stütze, sofern nicht etwa bei dem Wort « einzutreten » ein Schreibfehler vorliegt. Allein selbst wenn man als festgestellt betrachten wollte, dass die Unterzeichnung damals bereits erfolgt war, wofür auch die Zusicherung Schiltknechts, alle Verträge binnen 2 Tagen dem Verwaltungsrate vorzulegen, spricht, so wäre die Sachlage doch noch nicht genügend abgeklärt, da ja der Beklagte schon am 29. September volljährig geworden war, und nachzuweisen ist, dass er die Bürgschaft erst nach diesem Datum unterschrieben hat. Ein sicherer Schluss hierauf lässt sich aber auch aus den übrigen Umständen nicht ziehen, insbesondere nicht aus der Tatsache, dass der Beklagte im Sommer und Herbst 1908 unmittelbar nacheinander mehrere Militärschulen (Rekruten-, Unteroffiziers- und Aspirantenschule) bestanden hat. Da letztere erst Mitte August begonnen und 106 Tage gedauert hat, wie sich aus der Bescheinigung des thurgauischen Kreiskommandos vom 25. Mai 1918 ergibt, kann sie erst in den letzten Novembertagen, jedenfalls nach dem 10. November, zu Ende gegangen sein. Es kann deshalb nicht eingewendet werden, die Unterzeichnung habe erst nach der Entlassung des Beklagten aus dem Militärdienste erfolgen können, vielmehr muss dies entsprechend der in der Antwort auf die Klage enthaltenen Darstellung anlässlich einesurlaubes geschehen sein. Ebenso wenig geben die Aussagen Schiltknechts und die Deposition von Vater Stücheli in der Strafuntersuchung einen zuverlässigen Anhaltspunkt. Walten aber hinsichtlich des Zeitpunkts der Unterzeichnung begründete Zweifel ob, so müssen sie nach dem Gesagten zu Ungunsten der Klägerin ausgelegt werden, umso mehr als es ein grober Fehler Schiltknechts war, die Urkunde nicht zu datieren, mit anderen Worten: die Klägerin hat den ihr obliegenden Nachweis hinsichtlich des Zeitpunktes der Eingehung der Bürgschaft nicht geleistet.

Dem Beklagten kann auch nicht entgegengehalten werden, er habe die Bürgschaftsverpflichtung nachträglich dadurch anerkannt, dass er während nahezu 4 Jahren sich stillschweigend verhalten und die Kasse im Glauben gelassen habe, dass eine Beanstandung wegen mangelnder Volljährigkeit nicht erfolgen werde. Ein Verstoss gegen Treu und Glauben kann hierin deshalb nicht erblickt werden, weil der Beklagte offenbar über die finanzielle Lage seines Vaters nicht orientiert war und nicht daran dachte, dass ihm aus der eingegangenen Bürgschaft eine Verantwortlichkeit erwachsen werde. Zudem durfte den Organen der Gläubigerin zugemutet werden, dass sie sich über den wichtigen Umstand, ob der Beklagte das Volljährigkeitsalter erreicht habe, erkundigen und eventuell dafür besorgt sein würden, ihn zu veranlassen, die erteilte Unterschrift nach erlangter Volljährigkeit zu bestätigen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Klage wird abgewiesen.

9. Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Februar 1919

i. S. A.-G. für Stickstoffdünger gegen Weinmann.

Sukzessivlieferungsgeschäft. Lieferungsverzug im Zeitpunkt der Nachfristsetzung durch den Käufer? Uebernahme einer rechtlichen Verpflichtung oder blosser unverbindliche Absichtsaussprechung? Hinfall der Lieferpflicht hinsichtlich einzelner Raten infolge höherer Gewalt. Voraussetzungen für den Rücktritt des Käufers vom ganzen Vertrage, wenn der Verkäufer nur mit einzelnen Raten im Verzuge ist.

A. — Der Beklagte Weinmann besass eine Carbidfabrik in Chavornay, und war im Jahre 1913 im Begriff, eine solche in Kallnach zu bauen. Um sich den Absatz des Carbids zu sichern, schloss er mit der Klägerin, A.-G. für Stickstoffdünger in Knapsack-Köln, folgenden Vertrag ab:

« Der Beklagte liefert an die Klägerin in den Jahren
 » 1912 bis 1916 Carbid franko Kalscheuren in Emballage,
 » welche ihm von der Klägerin franko in seine Fabrik zu
 » stellen ist :

» 1. Für das Jahr 1913 1000 T., nach Wahl des Be-
 » klagten eventuell mehr.

» 2. Für die Jahre 1914, 15 und 1916 2000 bis 3000 T.,
 » eventuell mehr, wobei der Beklagte im Laufe des ersten
 » Quartals (bis 1. April) jeweils mitzuteilen hat, ob er
 » 2000 oder 3000 T. liefern will.

» 3. Körnung nach Wahl des Beklagten, Stücke bis
 » Kinderkopfgrösse, unter 15/25 im Maximum 5%.

» 4. Die Lieferung soll möglichst gleichmässig über das
 » ganze Jahr verteilt stattfinden, jedoch hat der Beklagte
 » das Recht, das gesamte Quantum in der Zeit vom
 » 1. April bis 1. November zu liefern und zwar in mo-
 » natlich annähernd gleichen Partien, kleine Verschie-
 » bungen bezüglich des Ablieferungstermins stehen der
 » Klägerin zu.

» 5. Fälle von force majeure, zu denen auch Streik,
 » Krieg und Aufruhr zählen, entbinden insoweit von der
 » Lieferungspflicht, als die Klägerin verpflichtet ist,
 » sowie die Ursachen der force majeure behoben sind, den
 » Lieferungsausfall sukzessive nachzubeziehen, während
 » der Beklagte im Falle von force majeure auf seiner Seite
 » zur Nachlieferung der ausfallenden Quantitäten nicht
 » verpflichtet ist.

» 6. Preis : 12 Mk. 15 Pf. per 100 kg franko Station
 » Kalscheuren, Zahlung je am 15. des der Lieferung
 » folgenden Monats, franko Zürich in deutscher Währung
 » ohne jeden Abzug.

» Das Carbid ist nur zu Azotierungszwecken zu ver-
 » wenden und als solches im Frachtbrief zu deklarieren. »

Gleich anfangs kam es zu verschiedenen Reibungen,
 zu deren Beseitigung der Beklagte Ende Januar 1914
 nach Köln reiste, wo eine Besprechung mit der Klä-
 gerin stattfand. Ueber die getroffenen Abmachungen geben

drei Briefe vom 2., 6. und 18. Februar (act. 113-115)
 Aufschluss. Aus dieser und der folgenden Korrespondenz
 ist ersichtlich, dass das Interesse an den Lieferungen
 damals mehr auf Seite des Verkäufers lag. Das dauerte
 bis zum April, wo die Klägerin tägliche Quantitäten ver-
 langte, die addiert 3000 t überschreiten würden, immerhin
 ohne Verpflichtung, 3000 t bedeutend überschreitende
 Mengen anzunehmen. In einem Briefe vom 16. April
 (act. 125) erklärte der Beklagte, er habe sich in Köln
 verpflichtet, für 1914 nach Möglichkeit bis 3000 t zu
 liefern. Im Anschluss an eine zweite Zusammenkunft der
 Parteien schrieb die Klägerin am 28. April dem Beklagten
 (act. 128), er habe ab 1. Februar 1914, einschliesslich der
 a conto des Abschlusses pro 1913 noch abzunehmenden
 350 t, bis Ende 1914 insgesamt 3350 t zu liefern, mithin
 per Monat 305, mehr nach Möglichkeit, worauf der Be-
 klagte mit Zuschrift vom 1. Mai (act. 129) erklärte, er
 werde verabredungsgemäss versuchen, ausserhalb der per
 Mai normal zu liefernden ca. 300 t ein weiteres Quantum
 bis zu 500 t zu liefern, welche Menge alsdann ausserhalb
 des im Januar fixierten Gesamtquantums per 1914 be-
 trachtet würde.

Am 31. Juli 1914 ersuchte die Klägerin den Beklagten,
 mit Rücksicht auf die politische Lage bis auf weiteres
 sämtliche Lieferungen einzustellen. Es scheint auch, dass
 der Beklagte selbst anfangs August infolge der schweize-
 rischen Mobilisation seinen Betrieb einstellen musste.
 Am 17. August aber schrieb er an die Klägerin, er werde
 in nächster Zeit wieder in der Lage sein, den Betrieb auf-
 zunehmen und Lieferungen zu machen, deren Abnahme er
 verlangen müsse. Die Klägerin antwortete, dass sie vor-
 derhand kein Carbid gebrauchen könne. Mit ihrer Ein-
 willigung wurden dann aber gegen Ende September die
 Lieferungen wieder aufgenommen.

Es entstanden jedoch bald wieder Anstände wegen
 ungenügender Zustellung von Verpackungsmaterial
 durch die Klägerin. Diese antwortete auf die Reklama-

tionen, die Verzögerung sei auf die durch den Krieg geschaffenen Verhältnisse zurückzuführen. Der Beklagte kam dann wiederholt in den Fall, in seinen eigenen Büchsen Carbid zu liefern.

Am 26. November 1914 reklamierte die Klägerin wegen ungenügender Lieferungen und verlangte sukzessive Nachlieferung der Rückstände bis spätestens 31. März 1915. Der Beklagte antwortete am 5. Dezember, er habe die Lieferungen einstellen müssen, weil die Klägerin ihrerseits das nötige Packmaterial nicht geliefert habe — was diese bestritt — und er seine eigenen Büchsen zu anderen Zwecken brauche. Am 6. Januar 1915 erging eine neue Mahnung zur Nachlieferung des monatlichen Vertragsquantums von 250 t binnen 14 Tagen, ansonst die Klägerin genötigt sei, das Carbid von anderer Seite zu beschaffen und den Beklagten mit der Preisdifferenz zu belasten. Der Beklagte beharrte jedoch auf seinem Standpunkte. Die Korrespondenz dauerte in ähnlichem Sinne fort. Am 20. Februar 1915 liess die Klägerin durch ihre Kölner Anwälte dem Beklagten schreiben (act. 51), sie sei bereit, die Rückstände bis zum Schluss des Jahres 1916 zu verteilen: der Beklagte hätte daher in diesen 23 Monaten ausser dem monatlichen Quantum von 250 t noch 56,52 t, also monatlich je 306,52 t zu liefern; für das Betreffnis vom Februar 1915 werde gemäss § 326 DBGB Frist bis zum 10. März 1915 angesetzt, mit der Erklärung, dass die Klägerin die Annahme der Leistung nach dieser Frist ablehne; und zwar erstrecke sich die Ablehnung auf den gesamten Vertrag, also auf die ganzen Lieferungen bis Ende 1916. Der Beklagte liess diese Zuschrift unbeantwortet, worauf die Klägerin ihm am 18. März schrieb, dass sie bezüglich der gesamten noch in Frage stehenden Lieferungen aus dem Vertrage Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlange. Am 23. März forderte sie ferner Rückzahlung eines aus Versehen doppelt bezahlten Betrages von 4492 Mk. 19 Pf. für zwei Wagen Carbid, deren Preis der Beklagte einerseits per

Nachnahme bezogen, andererseits der Klägerin in Rechnung gestellt habe. Ferner forderte sie den Beklagten auf, die ihr gehörenden, noch in seinem Besitze befindlichen Büchsen an die Lonzawerke in Thusis zu senden. Der Beklagte antwortete am 31. März (act. 57): die Klägerin sei nicht berechtigt, ihm Frist anzusetzen; er habe aber nun von dem Verzicht der Klägerin auf weitere Lieferungen Kenntnis genommen und seine Dispositionen getroffen; er lehne jede Schadenersatzpflicht ab und behalte sich vor, seinerseits die Klägerin für seinen Schaden verantwortlich zu machen; im Monat Juli 1914 habe er 251,4 t geliefert, im August und September habe wegen der Kriegswirren und der Annahmeverweigerung der Klägerin nicht geliefert werden können, und für die Monate November und Dezember habe letztere die volle Lieferung dadurch verunmöglicht, dass sie nicht rechtzeitig die nötige Verpackung geliefert habe; für die Januar- und Februarlieferungen aber habe deswegen keine Frist angesetzt werden können, weil es ihm laut Vertrag freistehe, erst am 1. April mit den Lieferungen zu beginnen, und er sich erst bis dahin erklären müsse, ob er 2000 oder 3000 oder mehr Tonnen liefern wolle. Die Trommeln, welche der Beklagte noch auf Lager hatte, spedierte er in der Folge gemäss dem Auftrage der Klägerin nach Thusis. Endlich anerkannte er, den Betrag von 4492 Mk. 19 Pf. doppelt erhalten zu haben, machte aber eine Gegenforderung von 607 Mk. 75 Pf. geltend.

B. — Im übrigen fordert die Klägerin mit der vorliegenden Klage wegen Nichterfüllung des Vertrages seitens des Beklagten: 105,000 Mk. Schadenersatz dafür, dass ihr Werk in Gross-Kayna in den Monaten April und Mai 1915 nur die Hälfte seiner normalen Produktion erreicht habe, sowie 112,500 Mk. Schadenersatz aus der Nichtlieferung von 5000 t Carbid in den Jahren 1915/16, berechnet unter Annahme einer Differenz von 22 Mk. 50 Pf. zwischen Abschluss- und Marktpreis zur Zeit des Verzichts auf die Lieferung. Ferner werden verlangt:

3000 Mk. als Entschädigung für in unbrauchbarem Zustande zurückgegebene Trommeln, 600 Mk. Frachtspesen für diese Trommeln und 300 Mk. Vernichtungskosten.

C. — Durch Urteil vom 6. Juni 1918 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage im Betrage von 3942 Mk. 99 Pf. (= 4492 Mk. 19 Pf. weniger 549 Mk. 20 Pf. Guthaben des Beklagten) nebst 5 % Zins seit 23. März 1915 gutgeheissen und die Mehrforderung abgewiesen.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt und beantragt :

1. Gutheissung der Schadenersatzklage im Betrage von 211,400 Mk. nebst 5 % Zins seit 2. Oktober 1915 ;
2. Abweisung der im Betrage von 549 Mk. 20 Pf. gutgeheissenen Verrechnungseinrede ;
3. eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu weiterer Beweisabnahme.

Die Klägerin hat ferner ein von Appellationsgerichtspräsident Dr. Börlin in Basel eingezogenes Rechtsgutachten eingelegt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Mit Recht hat die Vorinstanz die Sache nach schweizerischem Recht beurteilt. Einmal haben sich die Parteien selbst auf dieses Recht berufen, und auch die Umstände des Falles sprechen für dessen Anwendung, insbesondere die Tatsache, dass der Erfüllungsort der streitigen Verpflichtungen, welcher sich nach dem Wohnort des Schuldners zur Zeit der Eingehung der Verpflichtung richtet, in der Schweiz liegt.

2. — Die materiell zu entscheidende Hauptfrage ist die, ob zur Zeit der Nachfristsetzung durch die Rechtsanwälte der Klägerin (20. Februar 1915) der Beklagte im Lieferungsverzuge gewesen sei. Und zwar ist nur die Fälligkeit der Forderung streitig; diese hängt wiederum davon ab, ob überhaupt eine Forderung der Klägerin an den Beklagten im Zeitpunkt der Mahnung oder der Nachfristsetzung bestanden habe.

Nach Ziffer 2 des Vertrages hatte der Beklagte jeweilen im Laufe des ersten Quartals der Klägerin mitzuteilen, ob er im betreffenden Jahre 2000 oder 3000 t Carbid, eventuell noch mehr, liefern wolle. Nun nimmt die Klägerin den Standpunkt ein, der Beklagte habe im Laufe des Jahres 1914 sein Wahlrecht getroffen und sich — abgesehen von der Nachlieferung von 350 t pro 1913 — zur Lieferung von 3000 t für 1914 verpflichtet. Dass er nach seiner Rückkehr von der Konferenz mit der Klägerin in Köln im Sinne hatte, ein Quantum von 3000 t pro 1914 zu liefern (ca. 250 t. per Monat), lässt sich nicht bestreiten; für eine solche Absicht sprechen alle Briefe, in denen von diesem Quantum die Rede ist. Es fragt sich aber, ob damit eine verbindliche Verpflichtung über den Vertrag hinaus habe geschaffen werden wollen, oder ob darin nur eine unverbindliche Meinungsäusserung gelegen habe, in welchem Falle es an der zum Begriff der Obligation gehörenden ernstlichen Bindung fehlen würde (vergl. Oser, Komm. z. OR, Vorbem. IX S. 8). Dass es sich dabei, entgegen der vom Anwalt des Beklagten vertretenen Auffassung, um eine Rechts- und nicht um eine Tatfrage handelt, liegt auf der Hand.

Sodann ist mit dem Gutachten Börlin anzunehmen, dass wenn einmal der Beklagte sich verpflichtet hatte, 3000 t zu liefern, er an diese Zusage gebunden war. Denn es lag darin die im Vertrag vorgesehene Ausübung des Wahlrechtes des Schuldners. Ein vorzeitiger Verzicht auf das Wahlrecht ist indessen nicht zu vermuten, weil in den Verhältnissen nicht begründet und als Aufgabe eines Rechtes nicht zu präsumieren. Andererseits hatte natürlich die Klägerin ein wesentliches Interesse daran, zum voraus zu wissen, auf welche Menge Carbid sie rechnen könne. Dem entspricht die Lösung im Vertrage, dass der Verkäufer zwar die Quantität innerhalb gewisser vernünftiger Grenzen bestimmen konnte, aber auf der anderen Seite gehalten war, jeweilen im Laufe des ersten Quartals zu erklären, wie viel er zu liefern gedenke,

wodurch die vorher unbestimmte Verpflichtung alsdann auf das angegebene Quantum festgelegt wurde. Wollte man annehmen, dass der Verkäufer nichtsdestoweniger die Freiheit behalten habe, die grössere oder die kleinere Menge zu liefern, so wäre die Bestimmung für die Abnehmerin wertlos, und es hätte keinen Sinn gehabt, eine derartige Vorschrift in den Vertrag aufzunehmen. Auch entspräche es den Gepflogenheiten eines seriösen kaufmännischen Verkehrs nicht, dass eine Partei bezüglich einer so wichtigen Bestimmung, wie es der Umfang der Vertragsleistung bedeutet, sich ganz dem Belieben der Gegenpartei ausliefern würde, da sie ja ihrerseits die nötigen Dispositionen über Aufbewahrung, Absatz usw. zu treffen hat. Nach § 2 des Vertrages durfte denn auch die Abnehmerin vom Verkäufer verlangen, dass er bis 1. April eine bindende Erklärung über das Quantum der Lieferung abgebe; sie brauchte sich nicht mit unbestimmten Zusagen zu begnügen, und nichts spricht dafür, dass sie im kritischen Moment darauf verzichtet habe, eine Klarstellung in Bezug auf den Umfang der Lieferung zu erlangen.

3. — Hievon ausgehend sind die verschiedenen Aeusserungen auszulegen, aus denen die Klägerin auf eine Festlegung des Verkäufers, dieser aber auf eine blosser unverbindliche Absichtsäusserung mit Aenderungsmöglichkeit je nach Konvenienz schliessen will. Dabei sind verschiedene Etappen zu unterscheiden.

Aus den drei Briefen vom 2., 6. und 18. Februar 1914 (act. 113, 114 und 115), welche die Kölner Abmachung wiedergeben, kann eine Verpflichtung des Verkäufers nicht abgeleitet werden.

Im April sodann hat der Beklagte auf die Reklamationen der Klägerin zwar anerkannt, er sei an der Konferenz in Köln auf 3000 + 350 t (Rückstand pro 1913) festgelegt worden, immerhin nicht schlechthin, sondern « nach meiner Möglichkeit », « vorbehaltlich Fabrikationsmöglichkeit ».

Ende April fand dann eine neue Zusammenkunft der

Parteien statt. Die getroffene Vereinbarung wurde von der Klägerin mit Brief vom 28. April (act. 128) wie folgt bestätigt: « Sie haben uns ab 1. Februar dieses Jahres, einschliesslich der a conto des Abschlusses pro 1913 noch abzunehmenden 350 t, in diesem Jahre insgesamt 3350 t zu liefern, mithin per Monat 305 t — (mehr nach Möglichkeit). » Der Beklagte hat dies in seiner Antwort vom 1. Mai (act. 129) nicht etwa in Abrede gestellt, sondern wörtlich erklärt: « Wir haben uns verständigt, dass ich versuchen werde, ausserhalb der per Mai normal zu liefernden ca. 300 t ein weiteres Quantum bis zu 500 t zu liefern, welches Quantum alsdann ausserhalb des im Januar fixierten Gesamtquantums per 1914 betrachtet würde. » Diese monatliche Normallieferung entspricht aber mit Rückstandseinrechnung einem Jahresquantum von 3350 t. Damit hat der Beklagte die übernommene Pflicht, per 1914 3350 t zu liefern, vorbehaltlos anerkannt, woraus nach dem Gesagten eine rechtliche Verpflichtung abzuleiten ist, gemäss Ziff. 2 des Vertrages und früheren Besprechungen sich auf 3000 plus 350 t Rückstand festzulegen.

Diese Festlegung hat der Beklagte in der weiteren Korrespondenz vom September 1914 bis März 1915 nicht bestritten; seinen Aeusserungen ist nichts zu entnehmen, woraus sich ergäbe, die gedachte Verpflichtung sei für ihn nicht rechtlich bindend gewesen, oder auch nur, er habe sie als nicht bindend angesehen.

Die Vorinstanz konnte zu der gegenteiligen Annahme, es habe für den Beklagten eine Verpflichtung zur Lieferung von 3350 t nicht bestanden, nur dadurch gelangen, dass sie unterlassen hat, die zwischen den Parteien nach Februar 1914 gewechselte Korrespondenz in Betracht zu ziehen und zu würdigen.

4. — Es fragt sich weiter, ob und eventuell inwieweit die Verpflichtung des Beklagten durch spätere Tatsachen abgeändert worden sei. Mit der Vorinstanz und dem Gutachten Börlin ist anzunehmen, dass die Lieferpflicht für

den Monat August und die erste Hälfte September dahingefallen sei; denn die Klägerin wollte infolge der Kriegswirren nichts mehr beziehen, und nach Ziff. 5 des Vertrages war der Beklagte zur Nachlieferung infolge höherer Gewalt ausfallender Quantitäten nicht verpflichtet. Das monatliche Durchschnittsbetrag betrug 280 t. Allein es wäre dem Beklagten unbenommen gewesen, mehr zu liefern, wie denn auch in den vorausgegangenen Monaten die gelieferte Menge einen höheren Betrag erreichte, nämlich im April 478,1 t, im Mai 421,4 t, im Juni 355 t. Der Monat Juli mit 251,4 t kann schon durch die Kriegsergüsse beeinflusst worden sein. Es rechtfertigt sich daher, das Mittel aus jenen drei Monatslieferungen zu ziehen, was für August und erste Hälfte September $1\frac{1}{2}$ mal 418 t = 627 t ausmacht, welche zu dem im Jahr 1914 tatsächlich gelieferten Quantum von 2320,4 t hinzuzuzählen sind. Danach war der Beklagte Ende 1914, vorbehaltlich Erwägung 5 hiernach, im Verzug mit der Lieferung von 3350 weniger 2947 = 403 t.

Was dagegen die Lieferungen für 1915 betrifft, so hat die Vorinstanz mit Recht angenommen, dass der Beklagte vor dem 1. April nicht in Verzug habe kommen können; in dieser Hinsicht ist den Ausführungen im angefochtenen Urteil beizupflichten.

5. — Auf die weiter zu beantwortenden Fragen kann im jetzigen Stadium nicht eingetreten werden, weil das Handelsgericht sie angesichts des gegenteiligen Ergebnisses, zu dem es in der Verzugsfrage gelangt ist, nicht geprüft hat. Die Sache ist daher zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es fragt sich dabei in erster Linie, ob der Verzug pro 1914 dem Beklagten zur Last falle, oder ob nicht der Umstand, dass die Klägerin mit der Stellung der Verpackung im Rückstand war, geeignet sei, die Verzugsfolgen für ihn zu beseitigen oder doch abzuschwächen. Die Vorinstanz hat sich begnügt, zu konstatieren, dass er zeitweise keinen

genügenden Büchsenvorrat gehabt habe, ohne zu untersuchen, ob diese Tatsache der Klägerin zur Last falle, eventuell in welchem Umfange, und welches der Einfluss dieses Rückstandes auf die Lieferungsmöglichkeit des Beklagten gewesen sei. Auch spricht sie sich über die Folgen eines angeblichen Zahlungsverzuges der Klägerin nicht aus. Weiter hat sie die Frage nicht beantwortet, ob der Teilverzug des Beklagten den Rücktritt vom ganzen Vertrag erlaubt habe, und endlich hat sie die Schadensberechnung nicht erörtert.

6. — Ueber die Rücktrittsfrage ist immerhin jetzt schon zu bemerken:

Beim Sukzessivlieferungsgeschäft ist ein Rücktritt des Gläubigers bei Verzug mit einzelnen Raten nur dann gerechtfertigt, wenn aus dem Rückstand geschlossen werden kann, dass auch die künftigen nicht rechtzeitig geleistet werden (vergl. OSER, Komm., Anm. IV 4 ad Art. 107 OR). Dies trifft dann zu, wenn die Voraussetzungen von Art. 108 OR gegeben sind.

a) Hier lässt sich jedenfalls nicht sagen, dass infolge des Rückstandes mit den früheren Raten auch die Lieferung der späteren unmöglich wurde. Wenn auch der Beklagte im Jahr 1914 nicht genug Carbid geliefert hat, so stand nichts im Wege, dass er wenigstens für 1915 den vertraglichen Verpflichtungen nachkam.

b) Ebensowenig geht aus der früheren Nichtleistung hervor, der Beklagte wolle auch spätere Raten nicht liefern. Damit ein solcher Schluss gezogen werden könnte, müsste eine ernstliche Weigerung vorliegen. Der Schuldner ist nicht verpflichtet, sich schon jetzt darüber zu äussern, ob er die erst später fällig werdenden Raten leisten werde; er kann die Absicht haben, nicht zu erfüllen, diese Absicht aber bis auf Erfüllungszeit wieder ändern. Deshalb darf eine Ansichtsausserung nicht schlechthin als Willensäußerung ausgelegt und aus konkludenten Handlungen nicht leicht auf definitive Weigerung ge-

geschlossen werden, noch nicht fällige Raten zu liefern — woraus hervorgehen würde, die Ansetzung einer Frist erweise sich schon vor eingetretener Fälligkeit im Sinne von Art. 108 Ziff. 1 OR als unnütz. Nun lässt sich aus den Zuschriften des Beklagten und seinem übrigen Verhalten auf die Mahnungen und Fristansetzungen der Klägerin nicht der Schluss ziehen, er habe auch die weitere Erfüllung des Vertrages verweigern wollen; denn er hat die Lieferpflicht hinsichtlich der späteren Raten nie in Abrede gestellt — auch dann nicht, als die Klägerin ihm den Rücktritt vom ganzen Vertrag androhte —, sondern nur deren Fälligkeit bestritten, weil seine Lieferpflicht erst mit dem 1. April beginne.

c) Aber auch die Voraussetzungen von Art. 108 Ziff. 2 OR sind nicht erfüllt: die Lieferungen für 1915 und 1916 sind nicht nutzlos geworden, weil die für 1914 geschuldete Menge nicht geleistet worden ist.

War somit der Rücktritt vom ganzen Vertrag seitens der Klägerin verfrüht, so kann immerhin diese Erwägung nicht zur Abweisung der ganzen Schadenersatzforderung führen. Die Klägerin hat die Ablehnung späterer Leistungen zugleich für die rückständigen und für die zukünftigen Lieferungen angedroht. Für die Rückstände war die Massnahme gerechtfertigt, nicht aber für die erst später fällig werdenden Lieferungen. Aus der Unbegründetheit letzterer Massregel darf jedoch nicht auf die Unwirksamkeit der ersteren geschlossen werden. Sie sind logisch und juristisch teilbar, und denn auch im Androhungsbriefe der Klägerin faktisch getrennt worden.

Dagegen ergibt sich aus dem Gesagten, dass der Beklagte nicht für die Folgen des Wegfalles des ganzen Vertrages aufzukommen hat, sondern höchstens für die Folgen der Nichtleistung der zur Zeit der Androhung des Deckungskaufes bereits fälligen Raten, also von 403 t, sofern die übrigen, von ihm erhobenen und von der Vorinstanz noch zu prüfenden Einwendungen sich als unbegründet erweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 6. Juni 1918 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

10. Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Februar 1919
i. S. **Marbach gegen Wyss.**

Haftung mehrerer Schuldbriefschuldner, wenn Solidarhaft nicht ausdrücklich vorgesehen. Solidare Verpflichtung zu schliessen aus der gesamthaften Verpfändung mehrerer Miteigentumsanteile. Art. 798 ZGB. — Verzicht auf die Solidarhaft durch nichtentsprechendes Verhalten des Gläubigers im Betreibungsverfahren? — Geltendmachung der Solidarhaft seitens des zahlenden Bürgen gegenüber einem Briefschuldner, nachdem die Gläubigerin es zugelassen, dass in der Betreibung gegen zwei Hauptschuldner trotz der gesamthaften Verpfändung der Liegenschaft je nur ein Miteigentumsanteil verwertet und die Wertpapiere entsprechend reduziert bzw. die Grundbucheintragungen teilweise gelöscht worden sind. — Geltendmachung von Wertpapierforderungen nur unter Vorlegung des Papiers. — Ist ungerechtfertigt im Sinne von Art. 975 ZGB eine Löschung, die sich auf eine unrichtige, aber in Rechtskraft erwachsene Betreibungshandlung stützt?

A. — Am 14. August 1908 gewährte die Spar- & Leihkasse in Thun dem Liegenschaftenhändler Hadorn einen Kredit von 30,000 Fr. gegen Errichtung eines Schadlosbriefes auf seiner im Ried bei Thun gelegenen Liegenschaft und ferner gegen Bürgschaft, welche letztere der Ehemann der Beklagten Wyss, sowie ein Ernst Kipfer und ein Friedrich Schmid solidarisch übernahmen. Ferner verpflichtete