

bundene Risiko war um so grösser, als der Beklagte zu dieser Zeit noch Mitinhaber der Firma Teschendorff, Steiner & C^{ie} war. Freilich ist ihm zuzugeben, dass ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen seinem Geschäftsgebahren und den Massnahmen der französischen Behörden nicht bewiesen ist; ein solcher Nachweis kann aber in derartigen Fällen vernünftigerweise nicht gefordert werden, sondern es genügt, wenn es, wie hier, als überaus wahrscheinlich erscheint, dass die betreffenden Umstände die Massregel veranlasst haben. Ist also mit der Vorinstanz anzunehmen, der Beklagte habe das Risiko, dass er mit Rücksicht auf sein Verhalten auf die französische schwarze Liste kommen und dadurch an der Erfüllung der gegenüber den Klägern eingegangenen Verpflichtungen verhindert werden könnte, auf sich genommen, so ist auch der Schluss nicht zu beanstanden, dass er für die Folgen der von den französischen Behörden über ihn verhängten Massnahmen einzustehen und den Klägern den dadurch verursachten Schaden grundsätzlich zu ersetzen hat.

2. bis 6. —

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Oktober 1921 bestätigt.

32. Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. April 1922

i. S. Gut & C^{ie} gegen Haab & C^{ie}.

K a u f. Schadenersatzklage des Käufers bei Erfüllungsverweigerung des Verkäufers zulässig auch bei Fehlen der « unverzüglichen » Erklärung i. S. von Art. 107 OR.

A. — Am 16. August 1917 verkauften die Beklagten Haab & C^{ie} dem Mario Macchi, welcher in Willisau

eine Holzhandlung betrieb, 15 Wagen Klotzbretter, 15 Wagen abgekantete Bretter, 5 Wagen Kistenbretter und 15 Wagen Riegelholz « zum Export nach Italien ». Der Kaufpreis wurde auf 110 Fr. bis 125 Fr. per m³ festgesetzt, und über die Lieferung folgendes vereinbart: « Die Preise verstehen sich franco Station Wolhusen oder Entlebuch verladen, gegen bar netto. Erteilung der Ausfuhrbewilligungen bleibt vorbehalten. Die Gebühren für die Ausfuhrbewilligungen bezahlt Käufer... Die Lieferung hat so zu geschehen, dass Haab & C^{ie} von ihrer monatlichen Exportzuteilung Herrn Macchi je 5 bis 6 Wagen ab August 1917 reservieren, d. h. gestützt auf die Export-Zuteilungen vom Monat August 1917 an gerechnet. »

Die Erfüllung des Vertrages stiess wegen der damals eingetretenen Änderung in den Exportverhältnissen auf Schwierigkeiten. Aus der hierüber zwischen den Parteien gewechselten Korrespondenz ist hervorzuheben: Am 26. Dezember 1917 schrieben die Beklagten dem Macchi: « Nachdem uns bis heute trotz Exportzuteilungen und Stellung der bezüglichen Ausfuhrgesuche à conto Ihrer Aufträge keine Ausfuhrbewilligungen erteilt worden sind, so sehen wir uns genötigt, Sie um Aufschluss zu ersuchen, wie Sie sich den Bezug der fraglichen Schnittwaren vorstellen. Wir müssen auf diese oder jene Art eine Erledigung zu treffen suchen und finden uns veranlasst, Ihnen für den Bezug fraglicher Waren eine Frist von einem Monat von heute an gerechnet zu stellen, ansonst wir über die Ware verfügen und die Bestellung annullieren müssten. Es wird uns angenehm sein, wenn eine befriedigende Lösung gefunden wird. »

In seiner Antwort vom 22. Januar 1918 wies Macchi darauf hin, dass die Beklagten ihm Tannenschnittwaren « mit Ausfuhrbewilligung nach Italien » verkauft haben; er müsse auf dieser vertraglichen Abmachung beharren, und sei jederzeit zur Einmessung und Zahlung bereit,

sobald die Beklagten die Ausfuhrbewilligungen vorweisen.

Hierauf erwiderten die Beklagten am 25. Januar 1918, dass sie von ihrem Standpunkt nicht abgehen können: denn die Ware sei « vorbehältlich der Erteilung der Ausfuhrbewilligungen » verkauft worden. Der Brief fährt fort: « Gestützt auf Exportzuteilungen haben wir für Sie Ausfuhrgesuche gestellt und Ihnen zu wiederholten Malen nahe gelegt, was für Schritte Sie tun müssten, damit die Bewilligungen erteilt würden. Wir warteten vergeblich auf den Erfolg, und bis heute ist uns keine einzige Ausfuhrbewilligung für die von Ihnen vertretenen italienischen Firmen eingegangen. Da uns nicht zugemutet werden kann, dass wir bei den stets steigenden Rundholzpreisen Ihnen Schnitwaren auf Jahr und Tag unentgeltlich zur Verfügung halten sollen, haben wir Ihnen eine Frist zur Abnahme gestellt und unsern Wunsch ausgedrückt, dass eine befriedigende Lösung gefunden werde. Es lag Ihnen anheimgestellt, die Konsequenz daraus zu ziehen. »

Vier Tage später, am 29. Januar 1918, teilten die Beklagten dem Macchi mit, dass sie, nachdem er die ihm am 26. Dezember 1917 angesetzte Frist zur Abnahme der Ware unbenutzt habe verstreichen lassen, und sich auch nicht bemüssigt gefunden habe, die ihm nahegelegte Verständigung zu treffen, den Auftrag « annulliert » haben und über die Ware anderweitig verfügen.

Die Sache ruhte dann, bis unterm 25. September 1918 Fürspreh Hochstrasser in Willisau im Auftrag Macchis den Beklagten folgendes eröffnete: « 1. Sie haben den Holzlieferungsvertrag vom Juli 1917 über 50 Wagen Bretter schuldhafterweise nicht erfüllt. Der Käufer Macchi setzt Ihnen eine Frist zur nachträglichen Erfüllung im Sinne des OR von 2 Monaten, und erklärt sich bereit, die Ware auch ohne Ausfuhrbewilligung anzunehmen.

» 2. Sollten Sie innert dieser Frist die Ware nicht liefern, so wird mein Klient auf Erfüllung, eventuell Schadenersatz klagen, oder vom Vertrage zurücktreten und Entschädigung verlangen, was Ihnen nach Fristablauf angezeigt wird. »

Auf diese Aufforderung entgegneten die Beklagten mit Zuschrift vom 1. Oktober 1918, dass sie gegenüber Macchi keine Lieferungsverpflichtungen mehr haben, und deshalb die von ihnen geltend gemachten Ansprüche nicht anerkennen.

Macchi liess sich hierauf nicht mehr vernehmen; auch die in der Eröffnung seines Anwalts vom 25. September 1918 in Aussicht gestellte Anzeige darüber, ob er vom Vertrag zurücktrete und von den Beklagten Schadenersatz verlange, unterblieb.

B. — Dagegen erhob Macchi am 5. Juli 1919 bei dem Amtsgericht von Sursee die vorliegende Klage, mit dem Rechtsbegehren, die Beklagten haben ihm 15,000 Fr., nebst Zins seit 9. Mai 1919, als Entschädigung wegen Nichterfüllung des Vertrages zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage sei gänzlich abzuweisen, weil sie in gültiger Weise vom Vertrag zurückgetreten seien.

C. — Nach erfolgter Appellation gegen das die Klage abweisende Urteil des Amtsgerichts von Sursee vom 25. November 1920 fiel Macchi in Konkurs. Die Konkursmasse verzichtete auf die Weiterführung des Prozesses und trat ihre Rechtsansprüche im Sinne von Art. 260 SchKG an Gut & C^{ie} in Luzern ab, welche an Stelle Macchis in den Prozess eingetreten sind.

D. — Durch Urteil vom 9. Dezember 1921 hat das Obergericht des Kantons Luzern, in Bestätigung des amtsgerichtlichen Erkenntnisses, die Klage abgewiesen.

E. — Gegen das Urteil des Obergerichts haben Gut & C^{ie} die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage, eventuell auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz « zur weitem Beurteilung ».

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Abweisung der Klage durch die Vorinstanz beruht ausschliesslich auf der Erwägung, dass Macchi unterlassen habe, nach Ablauf der den Beklagten am 25. September 1918 angesetzten Frist zur nachträglichen Erfüllung unverzüglich die Erklärung abzugeben, er verzichte auf die Realleistung und verlange Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens. Richtig ist, dass Macchi den Beklagten gegenüber das nicht ausdrücklich erklärt hat; es fragt sich aber, ob diese Unterlassung zu dem Schluss berechtige, er habe das ihm nach Art. 107 Abs. 2 OR zustehende Wahlrecht verwirkt und sei auf die Erfüllungsklage angewiesen.

2. — Da die Beklagten sich schon im Dezember 1917 und Januar 1918 bestimmt geweigert haben, der Vertrag zu erfüllen, war die Ansetzung einer Nachfrist nach Art. 108 Ziff. 1 OR entbehrlich. Ob auch in solchen Fällen verlangt werden muss, dass der Gläubiger den Verzicht auf die nachträgliche Realleistung im allgemeinen sofort nach Eintritt des Verzuges erkläre, damit er nicht auf Kosten des Schuldners auf Aenderungen in der Marktlage spekulieren könne (so BECKER, Komm. Anm. 1 zu Art. 108), kann dahingestellt bleiben. Denn das Erfordernis der unverzüglichen Erklärung, dass auf die Realleistung verzichtet und Schadenersatz wegen Nichterfüllung gefordert werde, setzt voraus, dass dem Gläubiger die Wahl zwischen den ihm vom Gesetz gebotenen Rechtsbehelfen offen stehe. Erscheint einer derselben nach den Umständen als ausgeschlossen, so kommt der Entschliessung des Gläubigers keine praktische Bedeutung zu, und es kann daraus, dass er die Wahl nicht unverzüglich bekannt gibt, keine Einrede gegen ihn abgeleitet werden. Das trifft insbesondere dann zu, wenn die Realleistung, wie hier, infolge der Erfüllungsverweigerung des Schuld-

ners ausser Betracht fällt. Denn es steht fest, dass die Beklagten sich unter Berufung auf die angebliche Unmöglichkeit der Beschaffung der zum Export nach Italien notwendigen Ausfuhrbewilligungen wiederholt und entschieden geweigert haben, den Vertrag zu erfüllen, und dass sie auf dieser Weigerung bestanden, nachdem Macchi erklärt hatte, er nehme das Holz auch ohne Ausfuhrbewilligung an. Da es somit ihrem eigenen Verhalten zuzuschreiben ist, dass der Anspruch Macchis auf Realleistung sich in einen Schadenersatzanspruch umgewandelt hat, dürfen sie nicht nachträglich den Standpunkt einnehmen, die Kläger seien mangels sofortiger Ausübung des Wahlrechts durch Macchi auf den von vornherein aussichtslosen Weg der Erfüllungsklage angewiesen; diese widerspruchsvolle Haltung berechtigt die Kläger, jene Einrede als gegen die gute Treue verstossend zurückzuweisen. Zu einem ähnlichen Schlusse ist das Bundesgericht in dem von den Klägern zitierten Urteil vom 18. Juli 1921 i. S. Doussot & C^{ie} c. Brun & C^{ie} gelangt; es hat dort ausgeführt, ein Verkäufer, welcher selbst den Kaufvertrag aufgelöst habe, dürfe sich nicht darauf berufen, dass der Käufer durch Ausübung seines Wahlrechts im Sinne des Beharrens auf der Erfüllung die Ansprüche auf Schadenersatz verwirkt habe. Umsomehr rechtfertigt es sich im vorliegenden Falle, wo der Verkäufer durch sein Verhalten dem Käufer die Ausübung des Wahlrechts verunmöglicht hat, die angehobene Schadenersatzklage zuzulassen. Diese Lösung steht auch mit der sonstigen, durch die Grundsätze von Treu und Glauben beherrschten Auslegung des Art. 107 Abs. 2 OR im Einklang; ferner entspricht sie der in der deutschen Doktrin und Rechtsprechung vorwiegend vertretenen Auffassung (vgl. STAUDINGER, Komm. z. BGB 7./8. Aufl. Bd. II 1 S. 284 Anm. c, STAUB, Komm. z. DHGB 11. Aufl. Bd. II 1 Anm. 51 und 84 zu § 374).

3. — Im Gegensatz zu der Auffassung der Vorinstanz

ist somit die klägerische Schadensersatzforderung auf ihre materielle Begründetheit zu untersuchen. Diese hängt von dem Schicksal der von den Beklagten erhobenen Einrede der Unmöglichkeit der Erfüllung ab: es fragt sich, ob die Behauptung zutrifft, dass die zum Export des Holzes nach Italien erforderlichen Ausfuhrbewilligungen, deren Erteilung im Vertrag vorbehalten wurde, infolge von Umständen, welche die Beklagten nicht zu verantworten haben, nicht erhältlich waren. Da die Vorinstanz diese Frage nicht untersucht hat, ist die Sache zur weitem Beurteilung im Sinne des eventuellen Berufungsantrages an sie zu rückzuweisen, wobei es ihr unbenommen bleibt, die ihr allfällig als notwendig erscheinenden Beweisergänzungen anzuordnen.

Sollte die Vorinstanz zur Abweisung der Einrede gelangen, und deshalb in die Lage kommen, die den Klägern gebührende Entschädigung zu bemessen, so wäre für die Schadensliquidation auf das Ende des Monats Januar 1918 als massgebenden Zeitpunkt abzustellen. Denn angesichts der Aeusserungen der Beklagten musste damals Macchi darüber im klaren sein, dass das Holz nicht geliefert werde. Er durfte deshalb nicht durch spätere Fristansetzungen die Marktlage zum Nachteil der Verkäufer ausbeuten; die am 25. September 1918 angesetzte Nachfrist könnte nur dann für die Schadensberechnung in Betracht kommen, wenn die Berücksichtigung der damaligen Marktlage im Interesse der Beklagten liegen würde.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird dahin begründet erklärt, dass das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 9. Dezember 1921 aufgehoben und die Sache zu neuer Behandlung im Sinne der Erwägungen an das Obergericht zurückgewiesen wird.

33. Urteil der II. Zivilabteilung vom 6. April 1922

i. S. Berger-Scherer und Konsorten gegen Bellasio.

Kauf- oder Vorkaufsrecht? — Vorkaufsrecht: die Schriftform genügt auch für das limitierte Vorkaufsrecht. (Art. 216 Abs. 3 OR.)

A. — Mit schriftlich ausgefertigtem Vertrag vom 22. September 1915 verpflichtete sich der Beklagte 1), Baumeister Berger-Scherer in Luzern, an der Taubenhausstrasse 22 ein Wohnhaus zu errichten und dem Kläger Bellasio mietweise zu überlassen. In Ziffer 5 des Vertrages wird dem Mieter für die ersten fünf Jahre « das Vorkaufsrecht gewahrt ». Diesen Vertrag hatte der Beklagte 1) dem Kläger am 14. September 1915 zur Unterschrift zugestellt und dabei in dem Begleitschreiben bemerkt: « Das Vorkaufsrecht zum Preise von 64,000 Fr. ist Ihnen laut Vertrag gewahrt. Der Preis ist in demselben nicht vermerkt, weil derselbe der Bank vorgelegt werden muss; er ist somit in diesem Schreiben festgesetzt. » Infolge besonderer, auf Wunsch des Mieters vorgenommener Bauarbeiten erhöhte sich die Bausumme um 10,000 Fr. und damit, wie unter den Parteien nicht streitig ist, auch der in Aussicht genommene « Vorverkaufspreis ».

Am 9. April 1920 teilte der Beklagte 1) dem Kläger mit, er werde die Villa an die Beklagten 2), die Erbgemeinschaft Scherer-Scherer in Meggen, verkaufen, da er, Kläger, das Vorkaufsrecht habe, möge er sich binnen 14 Tagen darüber aussprechen, ob er von diesem Rechte Gebrauch mache. Der Kläger liess die Frist unbenützt verstreichen, worauf der Verkauf der Liegenschaft an die Beklagten 2) am 31. Mai 1920 zum Preise von 115,000 Fr. unter Ueberbindung des Mietvertrages erfolgte. Am 8. Juni 1920 hievon in Kenntnis gesetzt, schrieb der Kläger am 5. Juli 1920 beiden Beklagten durch seinen Anwalt, er mache von seinem Vorkaufsrecht zum Preise von 74,000 Fr. Ge-