auch aus diesem Grunde durchaus verständlich, wenn der Neueintritt von Bürgen (während einer Amtsdauer) nur zugelassen wird, falls sie auch für den vergangenen Teil der Amtsperiode einstehen. Dieser Wille, im Interesse der Einheit der Amtsperiode jeden Bürgen, auch den während der Amtsdauer neu eintretenden, für die ganze Amtsdauer haftbar zu machen, kam im Bürgschaftsschein genügend zum Ausdruck, so daß auch die Bürgen sich dessen bei der Unterzeichnung bewußt werden mußten. Aus diesen Gründen ist auch der eventuelle Berufungsantrag der Beklagten Bürgi und Schäppi abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufungen werden abgewiesen, und es wird das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 21. Februar 1906 in allen Teilen bestätigt.

---

61. Urteil vom 7. Juli 1906

in Sachen **Wolf & Neumann**, Kl. u. Ber.-Kl., gegen **A.-G. Brauerei Örlikon**, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Kauf. — Rücktritt des Verkäufers wegen Annahme- und Zahlungsverzuges des Käufers. Art. 122; 263 OR. Schadenersatzanspruch des zurücktretenden Verkäufers.

A. Durch Urteil vom 23. Februar 1906 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Gutheißung der Klage im Betrage von 4500 Fr. nebst 5 % Zins seit 1. Juli 1905.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Klägerin Gutheißung, der Vertreter der Beklagten dagegen Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin einen

Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung eines am 24. Oktober 1904 zwischen den Parteien zu Stande gekommenen Vertrages geltend, von welchem sie infolge Verzuges der Beklagten zurückgetreten sei. Der Inhalt dieses Vertrages ging dahin, daß:

a) die Beklagte von der Klägerin kaufte: zirka 20 Waggons Hannamalz zum Preise vom 34 Fr. 75 Cts. per 100 Kilo gegen Viermonatsakzepte vom Tage des Einganges an, successive auf Abruf lieferbar „in der Campagne 1904/05";

b) die Klägerin der Beklagten unter näher bezeichneten Bedingungen einen „Eskomptekredit" (von den Parteien später als Darlehen bezeichnet) im Betrage von 20,000 Fr. gewährte;

c) die Beklagte sich verpflichtete, „während fünf aufeinanderfolgender Jahre ab 1904 beginnend" ihren Malzbedarf ausschließlich bei der Klägerin zu decken, wobei die jeweiligen Konkurrenzpreise bestimmter Firmen als maßgebend bezeichnet wurden.

Über das wechselseitige Verhältnis dieser verschiedenen Verpflichtungen sprach sich der Vertrag folgendermaßen aus: Die Beklagte habe das Kapital „bei jedem Waggon mit 100 Fr. zu amortisieren"; sollte das Kapital von der Klägerin gekündigt werden (wobei eine Kündigungsfrist von einem Jahre zu beobachten sei), so höre der Malzbezug mit Rückzahlung des Kapitals auf; sollten die Lieferungen nicht „prima" sein, so stehe es der Beklagten frei, „gegen Rückzahlung des Kapitals" vom Vertrage zurückzutreten.

Die Parteien sind darin einig, daß die Fracht- und Zollspesen von der Klägerin zu tragen waren; dagegen herrscht Streit darüber, ob die Klägerin dafür zu sorgen hatte, daß die Ware unbelastet in Zürich bezw. Örlikon ankomme oder ob die Beklagte verpflichtet war, bei Ankunft der Ware Fracht und Zoll auf Rechnung des Kaufpreises vorzuschießen.

Laut ausdrücklicher Erklärung der Klägerin bezieht sich der eingeklagte Schadenersatzanspruch lediglich „auf die 1904/05 fest bestellten 20 Waggons". Die Beklagte gibt zu, daß sie von diesen 20 Waggons nur zwei abgerufen hat, bestreitet aber das von der Klägerin in Anspruch genommene Rücktrittsrecht und erhebt außerdem die aus den Erwägungen 3—5 hienach ersichtlichen Einwände.

2. Die Umstände, unter welchen die Berufungsbeklagte, nach-

dem sie zwei Waggons bezogen, sich geweigert hat, weitere Lieferungen abzurufen, sind folgende: Der erste Waggon war Ende 1904 oder Anfangs 1905, mit Fracht und Zoll im Betrage von zirka 500 Fr. belastet, in Zürich angekommen. Die Beklagte hatte denselben angenommen und Fracht und Zoll bezahlt. Am 19. Januar 1905 rief sie den zweiten Waggon „auf Anfang Februar" ab und bemerkte dabei: „Unsere Vereinbarung lautet „aber auf Frankolieferung. Wollen Sie bitte das Malz je„weilen fracht- und zollfrei hier einlaufen lassen." Die Klägerin antwortete am 21. Januar, die Beklagte möchte doch von der fracht- und zollfreien Absendung „gütigst absehen", da diese Art der Verladung in Olmütz mit großen Schwierigkeiten verbunden sei; sie hoffe daher „nach dieser Hinsicht auf freundliches Entgegenkommen"; sie habe übrigens die diesbezügliche Abmachung dahin verstanden, „daß der Preis Fracht und Zoll inkludiert". Mit Brief vom 23. Januar bestand die Beklagte auf ihrer Forderung, worauf die Klägerin am 2. Februar sie bat, ihr „doch keine Schwierigkeiten zu machen", sondern ihr „freundlich entgegenzukommen". Am 4. Februar schrieb die Beklagte: „Sie scheinen in unsere Zahlungsfähigkeit Mißtrauen zu setzen, ansonst sie analog unsern ausdrücklichen Vereinbarungen das Malz franko und zollfrei einlaufen ließen. Wenn dem so sein sollte, belieben Sie über den hierstehenden Waggon zu verfügen." Hierauf antwortete die Klägerin am 6. Februar in gleichem Sinne wie am 21. Januar und am 2. Februar. Am 10. Februar schrieb sodann die Beklagte, nachdem sie auch den zweiten Waggon angenommen und die auf demselben lastenden Spesen bezahlt hatte: „Damit aus der beanstandeten Frankolieferung keine Diffe„renzen entstehen, bitten wir Sie, uns mitteilen zu wollen, ob „wir Ihnen das Kapital auf 1. August a. c. zurückbezahlen „sollen, oder ob Sie von nun an, gemäß unserer Vereinbarung, „franko liefern wollen." Die Klägerin antwortete am 12. Februar, die Beklagte möchte doch die Sache ihrem Verwaltungsrat vorlegen; dieser werde gewiß nicht auf der Frankolieferung bestehen. Am 5. März schrieb sodann die Klägerin, sie konstatiere mit Bedauern, daß die Beklagte erst zwei Waggons bezogen habe und hoffe, nunmehr von der Beklagten „bald umfangreich beschäftigt

„zu werden". Die Antwort der Beklagten (d. d. 8. März 1905) lautet: „In prompter Erledigung Ihrer geehrten Zuschrift vom „5. März a. c. teilen wir Ihnen mit, daß wir Ihnen das Kapi„tal auf den nächsten Verfalltermin zurückerstatten werden. Wir „haben unser Geschäft an eine Zürcher-Brauerei verkauft, wes„halb wir kein Malz mehr benötigen." Am 16. April (nachdem inzwischen erfolglose Verhandlungen mit der Brauerei Ütliberg stattgefunden) schrieb die Klägerin: „Herr Pfaff teilt uns heute „mit, daß er bezüglich Einhaltung des mit Ihnen im Vorjahre „eingegangenen Vertrages Herrn Direkt Voreitl (von der Brauerei „Ütliberg) gesprochen hätte und dieser sich weigere, die Einhaltung „desselben fortzusetzen. Wie bekannt, haben Sie seinerzeit ein Quan„tum von 20 Waggons Malz für die laufende Campagne ge„schlossen, von welchen bis heute bloß 2 Waggons abgenommen „wurden und bitten daher höflich, das Nötige bezüglich Abnahme „des Quantums veranlassen zu wollen und uns mitzuteilen, in wel„chen Terminen restliche 18 Waggons abzuliefern sind, nachdem diese „reserviert liegen." Die Beklagte antwortete am 24. April: „Nachdem Sie die mit uns vereinbarten Bedingungen betreffend „Malzlieferung nicht gehalten haben, betrachten wir den Kontrakt „als aufgelöst und werden dafür besorgt sein, daß Sie Ihr Dar„lehen schon in allernächster Zeit zurückerhalten werden." Die Klägerin schrieb sodann am 25. April: „Im Anschlusse an unser „Ergebenes vom 16. ds., worauf wir gefl. Erledigung entbehren, „bitten wir neuerlich höflich um freundliche Äußerung tunlichst um„gehend, um uns darnach einrichten zu können." Ferner schrieb die Klägerin noch am 26. April: „Wir besitzen Ihre w. Zu„schrift vom 24. ds., doch ist uns von einer Nichteinhaltung „unseres Vertrages nichts bekannt, daher der Standpunkt, den „Sie einnehmen, ein irriger. Im Gegenteil glauben wir den ein„gegangenen Verpflichtungen auf das exakteste nachgekommen zu „sein, bitten daher um freundliche weitere Aufschlüsse und Mit„teilung, wie wir das noch restlich vorgemerkte Malz verladen „dürfen, nachdem dasselbe für Sie reserviert liegt." Hierauf antwortete die Beklagte am 28. April nur: „Bezüglich des Malz„lieferungsvertrages können wir nichts anderes bemerken, als daß „wir denselben als aufgelöst betrachten."

Am 10. Juli erfolgte die Rückzahlung des Kapitals von 20,000 Fr. nebst Zinsen.

3. Von vorneherein unbegründet ist zunächst der Einwand der Beklagten, es sei ihre Malzbezugspflicht auf die Brauerei Ütliberg übergegangen. Denn nicht nur ist nicht nachgewiesen, daß die Klägerin die Beklagte aus dem Vertragsnexus entlassen habe, sondern es ergibt sich sogar das Gegenteil aus den Akten, speziell den Briefen der Klägerin vom 16., 25. und 26. April 1905. Dazu kommt, daß sich die Brauerei Ütliberg gar nie bereit erklärt hat, in den Vertrag der Beklagten einzutreten; vielmehr ist aus einem von der Klägerin produzierten Brief des Agenten Pfaff d. d. 14. April 1905 ersichtlich, daß die genannte Brauerei ein diesbezügliches Ansinnen ohne weiteres von der Hand gewiesen hat. Wenn sie in der Folge, am 23. Oktober 1905, dennoch einen Wagen Malz bei der Klägerin bestellt hat, so geschah dies laut dem bei den Akten liegenden Bestellschein ausdrücklich nur „zur Probe", also nicht in Erfüllung einer der Beklagten abgenommenen Verpflichtung.

Damit fällt auch die Behauptung der Beklagten dahin, sie sei deshalb von ihrem mit der Klägerin abgeschlossenen Vertrage entbunden, weil diese der Brauerei Ütliberg schlechtes Malz geliefert habe, was übrigens keineswegs nachgewiesen ist.

4. Unhaltbar ist sodann auch der Standpunkt der Beklagten, daß ihre Verpflichtung zur Abnahme und Bezahlung der gekauften Ware infolge Kündigung und Rückzahlung des Darlehens von 20,000 Fr. dahingefallen sei. Denn, wie die Vorinstanz mit Recht bemerkt, sollte laut Vertrag mit der Kündigung des Darlehens (sofern diese von der Klägerin ausging) nur die Bezugspflicht der Beklagten für die vier folgenden Jahre, nicht aber der für die Campagne 1904/05 fest abgeschlossene Kaufvertrag, dahinfallen. Es braucht deshalb nicht untersucht zu werden, ob das Darlehen, wie die Beklagte behauptet, von der Klägerin gekündigt oder ob die Initiative zur Rückzahlung desselben nicht vielmehr von der Beklagten ausgegangen sei, worauf die Briefe der letztern vom 10. Februar und vom 8. März hindeuten.

5. Ebenso unhaltbar ist der weitere Standpunkt der Beklagten, daß sie infolge der Weigerung der Klägerin, franko zu liefern, das Recht zum Rücktritt vom Vertrage erlangt habe, von welchem Rechte sie, sei es im März, sei es im April 1905, Gebrauch gemacht habe.

Es mag dahingestellt bleiben, ob die Klägerin zur Frankolieferung verpflichtet war, oder ob die Fracht- und Zollspesen von der Beklagten auf Rechnung des Kaufpreises vorzuschießen waren; — jedenfalls ist die Beklagte nicht deshalb vom Vertrage zurückgetreten, weil die Klägerin nicht franko liefern wollte. Dies ergibt sich mit Deutlichkeit aus dem Briefe der Beklagten vom 8. März 1905, in welchem sie der Klägerin unumwunden mitteilte, sie habe das Geschäft verkauft, weshalb sie kein Malz mehr brauche. Abgesehen davon wäre die Berechtigung der Beklagten zum Rücktritt vom Vertrage auch aus dem Grunde zu verneinen, weil einerseits die Beklagte die mit Fracht und Zoll belasteten beiden ersten Lieferungen angenommen, anderseits die Klägerin nie bestimmt erklärt hat, auch in Zukunft nicht franko liefern zu wollen, sondern nur: die Beklagte möchte ihr doch entgegenkommen, bezw. die Sache ihrem Verwaltungsrate vorlegen. Unter diesen Umständen hätte die Beklagte höchstens dann vom Vertrage zurücktreten können, wenn die Klägerin eine weitere Lieferung wieder mit Fracht und Zoll belastet abgeschickt und auch eine Aufforderung mit Nachfrist im Sinne des Art. 122 OR unbeachtet gelassen hätte.

6. Fragt es sich nun, ob ihrerseits die Klägerin mit Recht vom Vertrage zurückgetreten sei, so ist zunächst zu konstatieren, daß die Beklagte sich durch ihre Weigerung, fernere Malzlieferungen abzurufen, offensichtlich in Verzug gesetzt hat und zwar sowohl in Annahmeverzug, als auch in Zahlungsverzug; in Annahmeverzug deshalb, weil die Klägerin laut Vertrag nur auf Abruf liefern konnte, zu der der Klägerin obliegenden Erfüllung somit eine Mitwirkung der Beklagten nötig war, welche aber eben von der letztern verweigert wurde; in Zahlungsverzug deshalb, weil die Ware gegen Viermonatsakzepte (ausstellbar bei Empfang der einzelnen Lieferungen) verkauft worden war und daher jede vertragswidrige Hinausschiebung der Annahme der Ware einer vertragswidrigen Hinausschiebung der Bezahlung des Kaufpreises gleichkam.

Die Ansicht der Vorinstanz, daß die Klägerin die Lieferung der Ware nicht gehörig angeboten habe, ist rechtsirrtümlich, da, wie bereits angedeutet, vor erfolgtem Abruf eine Realoblation (welche die Absendung der Ware vorausgesetzt hätte) gar nicht stattfinden konnte und übrigens die Versendung der Ware angesichts der kategorischen Erklärung der Beklagten, kein Malz mehr beziehen zu wollen, durchaus unangebracht gewesen wäre. Vergl. Staub, Kommentar zum DHGB Anm. 8 zu § 373.

Befand sich nach dem gesagten die Beklagte im Zahlungsverzuge, so fragt es sich des fernern, ob die Klägerin ohne weiteres vom Vertrage zurücktreten durfte oder ob sie nach Art. 122 OR noch verpflichtet war, der Beklagten eine Frist zur nachträglichen Erfüllung zu setzen. Diese Frage ist im ersteren Sinne zu entscheiden; denn bei der kategorischen Erklärung der Beklagten, kein Malz mehr beziehen zu wollen, wäre die Ansetzung einer Nachfrist offensichtlich zwecklos gewesen. Vergl. AS **21** S. 535 Erw. 6. Dasselbe ergibt sich übrigens auch aus Art. 263 OR. Denn einerseits befand sich, wie bereits dargetan, die Beklagte im Zahlungsverzuge, und anderseits ist ein Kaufvertrag, bei welchem der Verkäufer nur gegen Ausstellung von Akzepten zu liefern braucht, in Bezug auf die Anwendbarkeit von Art. 263 OR dem Barkauf gleichzustellen. Vergl. Hafner, Anm. 1 zu Art. 263.

War somit die Klägerin infolge des Verhaltens der Beklagten berechtigt, „ohne weiteres" vom Vertrage zurückzutreten und (was allerdings in Art. 263 nicht ausdrücklich gesagt ist, aber aus Art. 124 folgt) mit Rücksicht auf das offensichtliche Verschulden der Beklagten Schadenersatz zu verlangen, so könnte es sich nur noch fragen, ob nicht die Klägerin, falls sie vom Vertrage zurücktreten wollte, verpflichtet war, dies der Beklagten sofort mitzuteilen. Indessen hat die Beklagte keinen Schadenersatz aus der Unterlassung der Mitteilung geltend gemacht und es ist auch ohne weiteres klar, daß der Beklagten, welche nach ihrer eigenen Erklärung infolge Verkaufs ihrer Fabrik kein Malz mehr bedurfte, aus der Unterlassung einer solchen Anzeige kein Schaden erwachsen konnte. Nur „bei Vermeidung von Schadenersatz" ist aber der Verkäufer nach Art. 263 verpflichtet, den Käufer von seinem Rücktritt sofort in Kenntnis zu

setzen, während in Art. 122 ff. eine solche Anzeige sogar überhaupt nicht verlangt wird.

7. Nach dem gesagten ist die Klage grundsätzlich gutzuheißen. Da aber bezüglich der Frage, ob der Klägerin infolge des vertragswidrigen Verhaltens der Beklagten ein Schaden und eventuell in welchem Betrage ihr ein solcher erwachsen sei, noch kein kantonales Urteil vorliegt, so ist die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der vorstehenden Ausführungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird in dem Sinne gutgeheißen, daß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Motive an das Handelsgericht des Kantons Zürich zurückgewiesen wird.

---

62. **Urteil vom 13. Juli 1906** in Sachen **Rückert**, Bekl. u. Hauptber.-Bekl., gegen **Bläsi**, Kl. u. Anschlußber.-Kl.

Haftung des Familienhauptes, Art. 61 OR. *— Natur dieser Haftung.* ***— Umfang der Schadenersatzpflicht:*** *Nachklagevorbehalt? Mitverschulden des Geschädigten (eines 9-jährigen Knaben) oder dessen Vaters? Abzug für Kapitalabfindung.* ***Gleichgewicht zwischen Schadenersatz und Verschulden, Art. 51 Abs. 1 OR.***

A. Durch Urteil vom 23. April 1906 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt erkannt:

Es wird das erstinstanzliche Urteil bestätigt.

Das erstinstanzliche Urteil hatte gelautet:

Der Beklagte wird zur Zahlung von 2071 Fr. 50 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 23. September 1905 an den Kläger verurteilt.

B. Gegen das Urteil des Appellationsgerichtes hat rechtzeitig und unter Beilage einer Rechtsschrift der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit den Anträgen:

1. Es sei die Klage gänzlich abzuweisen;