

50. Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Juli 1917

i. S. Aug. Marschel & C^{ie} in Chemnitz, Klägerin
gegen Baumwollspinnerei & -Zwirnerei A. G.
vorm. E. Kappeler-Bebié, in Turgi, Beklagte.

K a u f. Schadenersatzklage wegen Nichterfüllung durch den Verkäufer. Mehrmalige Fristansetzungen i. S. von Art. 107 OR. Schadensberechnung nach Art. 191 Abs. 3 OR. Beschränkung der Ersatzpflicht gemäss Art. 99 Abs. 3 u. 43 Abs. 1 OR.

A. — Durch Urteil vom 22. März 1917 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau die auf Bezahlung von 13,400 Fr. nebst 5 % Zins seit 23. September 1916 gerichtete Klage abgewiesen.

B. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag, es sei die Klage im vollen Umfange gutzuheissen.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. — Durch Vertrag vom Januar 1916 verpflichtete sich die Beklagte, der Klägerin 4000 Kg. Baumwolle Basis Nr. 20 Louisiana I^a roh Tricotcops zu 5 Fr. 60 Cts., beige dito zu 5 Fr. 90 Cts. zu liefern, wobei das Risiko der Ausfuhrbewilligung der Klägerin überbunden wurde und diese, selbst wenn die Ausfuhr während des Krieges nicht bewilligt würde, die Rechnung trotzdem konditionsgemäss zu begleichen haben sollte. Weitere Bestimmungen waren: Ware franco Schweizergrenze, unverzollt, Kisten franco retour, Lieferung Februar /April gegen rechtzeitige Disposition.

Die Klägerin traf ihre Dispositionen vor dem 11. Februar 1916; die Beklagte erklärte jedoch, die Lieferfristen nicht einhalten zu können, da die Disposition zu spät erfolgt sei: sie benötige immer mindestens 4 Wochen bis zur Liefermöglichkeit; wenn sie also das Garn sofort in

Arbeit nehme, so werde vor Mitte März nichts fertig und bis die 2000 Kg. beieinander seien, werde es füglich Ende März; die weiteren 2000 Kg. werden alsdann zirka in der ersten Hälfte April bereit werden. Die Klägerin erklärte sich damit einverstanden, mit dem Beifügen, dass kurze Ueberschreitungen nichts zu bedeuten hätten. Mit Zuschrift vom 11. April 1916 an ihren Vertreter in Chemnitz erklärte jedoch die Beklagte den Vertrag als annulliert. Demgegenüber verlangte die Klägerin mit Brief vom 14. April 1916 dessen Erfüllung, in dem Sinne, dass die Beklagte die März- und Aprilquanten nunmehr bis spätestens den 30. April zur Ablieferung bringe, sie mache sie sonst für sämtlichen entstehenden Schaden verantwortlich. Die Beklagte erklärte daraufhin, sie werde die Erfüllung auf die lange Bank schieben und den Kontrakt offen behalten, bis sie von Frankreich oder Italien genügende Zufuhren habe. Mit Brief vom 22. April beharrte die Klägerin auf ihrem Standpunkt, gleichzeitig verlängerte sie die Frist bis zum 10. Mai und drohte bei Nichteinhaltung mit der Aufgabe auf die « schwarze Liste ». Auf Verlangen der Klägerin setzte alsdann der Gerichtspräsident von Baden der Beklagten mit Verfügung vom 14. August 14 Tage Frist zur nachträglichen Erfüllung des Vertrages, unter der Androhung, dass im Falle der Nichterfüllung die Klägerin berechtigt erklärt werde, auf die nachträgliche Erfüllung zu verzichten und den Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens geltend zu machen. Die Lieferung unterblieb aber, und der klägerische Anwalt setzte der Beklagten am 15. September nochmals eine Nachfrist bis zum 23. September mit der Androhung des Verzichtes auf spätere Leistung und Geltendmachung des Schadens aus der Nichterfüllung. Am 27. September endlich teilte er mit, dass seine Klientschaft, gemäss den erlassenen Androhungen, auf die nachträgliche Leistung verzichte und die Beklagte auf Schadenersatz belangen werde. Hierauf erhob die Klägerin die vorliegende Klage, mit der sie die Differenz

zwischen dem Vertragspreis und dem Marktpreis zur Zeit der Klageerhebung geltend macht.

2. — Zu prüfen ist in erster Linie, ob die formellen Voraussetzungen einer Schadenersatzklage nach Art. 107 *in fine* OR gegeben seien. Danach muss der Gläubiger, welcher auf die nachträgliche Leistung verzichten und Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangen will, dies unverzüglich nach Ablauf der Nachfrist erklären. Es erhebt sich nun zunächst die Frage, ob diese Erklärung schon mit der Fristansetzung verbunden werden könne. Die Beklagte bestreitet dies, und die Vorinstanz hat sich zu Unrecht dieser Auffassung angeschlossen. Es genügt, demgegenüber auf das Urteil des Bundesgerichts vom 23. März 1917 in Sachen Huber c. Bencsak* zu verweisen (Praxis 6 S. 262), worin ausgeführt wurde, dass dem Gläubiger nach Gesetz freigelassen sei, erst nach Ablauf der Frist seine Entscheidung darüber zu treffen, welchen der möglichen Ansprüche, die ihm das Gesetz als Folgen der unterlassenen Erfüllung alternativ einräume, er wählen wolle; nichts hindere aber, dass er seinen Entschluss bereits mit der Fristansetzung in verbindlicher Weise kundgebe.

Im vorliegenden Fall hat nun zwar die Klägerin die Erklärung, dass sie auf die nachträgliche Leistung verzichte und Ersatz des aus der Nichterfüllung erwachsenen Schadens verlange, nicht schon anlässlich der ersten, im April 1916 erfolgten Fristansetzungen, sondern erst mit der letzten vom 15. September 1916 in deutlicher Weise abgegeben. Die erste Fristansetzung vom 14. April enthielt nur eine Androhung, dass bei Nichteinhaltung der Frist Schadenersatz verlangt werde. Die Klägerin verzichtete also noch nicht auf die nachträgliche Leistung; sie hatte immer noch das Recht, nachträgliche Erfüllung und Schadenersatz wegen Verspätung zu verlangen. Durch den Brief vom 22. April ist die Frist zur nach-

* Siehe Nr. 28 hievor.

träglichen Erfüllung bis zum 10. Mai verlängert worden. Das konnte die Klägerin tun, da sie auf Erfüllung nicht verzichtet hatte. Auch in diesem Briefe erklärte sie keinen Verzicht auf die Leistung, wenn diese bis zum 10. Mai nicht erfolgte. Die Androhung ging nur dahin, dass die Beklagte, wenn sie bis dahin nicht leiste, auf die « schwarze Liste » gesetzt werde. Nachdem die Lieferung abermals unterblieb, hätte die Klägerin das Recht gehabt, sofort zu erklären, dass sie auf die Leistung verzichte. Da sie es nicht tat, bestand der Rechtszustand nach dem 10. Mai somit darin, dass sie nach wie vor Erfüllung und dazu Schadenersatz wegen Verspätung fordern konnte. Es erfolgte nun die gerichtliche Nachfristsetzung vom 14. August, mit der Androhung, dass im Falle der Nichterfüllung die Klägerin als berechtigt erklärt werde, auf die nachträgliche Leistung zu verzichten, unter Geltendmachung des Ersatzes des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens. Es wird also hier einfach auf die Befugnisse des Gläubigers verwiesen, wie sie Art. 107 Abs. 2 gewährt. Der Gläubiger wird lediglich als berechtigt erklärt, zu verzichten; dass er aber von dieser Berechtigung Gebrauch gemacht hat und den Verzicht unumwunden erklärt, steht in der Androhung nicht. Erfüllt wurde wiederum nicht und der alte Rechtszustand dauerte bis in den September fort, da die Klägerin den Verzicht nach Fristablauf nicht aussprach. Mit der letzten Fristansetzung vom 15. September wurde nun aber deutlich die Androhung verbunden, dass im Falle der Nichtleistung die Klägerin auf die Leistung verzichte, unter Geltendmachung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung. Diese Erklärung ist klar und unzweideutig, und es trat damit der Verzicht in Wirksamkeit.

Allein die Beklagte wendet ein — und die Vorinstanz ist ihr auch hierin gefolgt —, es sei gesetzlich nicht zulässig, dass der Gläubiger mehrmals Nachfristen ansetze, um erst dann, wenn der Zeitpunkt ihm günstig erscheine, auf die letzte Nachfrist hin unverzüglich die Erklärung

gemäss Art. 107 Abs. 2 OR abzugeben. Doch hält auch diese Einwendung nicht stich. Mehrmalige Fristansetzungen im Sinne von Art. 107 sind grundsätzlich zulässig und kommen in der Praxis häufig vor. Denn wenn der Gläubiger davon absieht, sofort nach Ablauf der ersten Frist von dem ihm durch das Gesetz eingeräumten Rechte Gebrauch zu machen, sondern zuvor dem säumigen Schuldner neuerdings eine Nachfrist ansetzt, so geschieht dies in der Regel aus Entgegenkommen diesem gegenüber, und der Schuldner hat es in der Hand, durch nachträgliche Erfüllung zu verhindern, dass der Schaden angesichts der Marktlage anwachse. Nimmt er die Mahnung ohne weiteres entgegen, so ist anzunehmen, er sei mit der Fortsetzung des Schwebezustandes einverstanden. Voraussetzung ist dabei natürlich, dass der Gläubiger nicht schon mit der Fristansetzung die Erklärung des Verzichts auf die nachträgliche Leistung verbunden oder gleich nach Fristablauf eine solche Erklärung abgegeben habe, was indessen nach dem Gesagten hier bis in den September nicht der Fall war. Auch liegt nichts dafür vor, dass es der Klägerin etwa lediglich darum zu tun war, die Marktlage zu Ungunsten der Beklagten auszubeuten.

3. — Unter diesen Umständen ist bei der Schadensberechnung nach Art. 191 Abs. 3 OR als Preis zur «Erfüllungszeit» (d. h. in dem Zeitpunkt, in dem hätte erfüllt werden sollen) der Marktpreis bei Ablauf der letzten Nachfrist, am 24. September 1916, anzusehen und die Klägerin berechtigt, als Schadenersatz die Differenz zwischen dem Vertragspreis und jenem Preis zu fordern. Der Marktpreis ist vom Tage der Erfüllungszeit, also vom 24. September 1916, und nicht, wie es in der Klage geschehen, vom Tage der Klageanhebung, 3. Oktober 1916, zu berechnen. Ueber diesen Marktpreis geben nun zwar die Akten keinen genauen Aufschluss. Indessen ist von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Festsetzung der Entschädigung Umgang zu nehmen und

die Höhe des Schadenersatzes *ex aequo et bono* zu bestimmen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich um ein sog. Kriegsgeschäft handelt, dessen Erfüllung für die Beklagte mit ausserordentlichen Schwierigkeiten verbunden war, und dass die Nichterfüllung zum Teil dem Zufall zuzuschreiben ist. Das Bundesgericht hat wiederholt ausgesprochen, dass in solchen Fällen die Ersatzpflicht des Verkäufers in Anwendung von Art. 99 Abs. 3 und Art. 43 Abs. 1 OR im Sinne eines gerechten Interessenausgleiches in erheblichem Masse zu beschränken sei (vergl. insbes. Praxis 6 S. 265 f. und die dortigen Zitate*). Unter Würdigung aller Umstände ist die Entschädigung nach billigem Ermessen auf 5000 Fr. nebst 5% Zins seit 23. September 1916 festzusetzen.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung wird in dem Sinne teilweise begründet erklärt, dass, in Abänderung des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 22. März 1917, die Beklagte zur Zahlung von 5000 Fr. nebst 5% Zins seit 23. September 1916 an die Klägerin verurteilt wird.

* Siehe S. 178 hievor.