

doch kann er sich der Klägerin gegenüber, die sich im guten Glauben auf das Handelsregister verlassen hat, darauf nicht berufen. Mithin ist das angefochtene Urteil zu bestätigen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 26. April 1919 bestätigt.

V. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

41. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. April 1919

i. S. Mollwig & C^o gegen Luss.

Art. 107 Abs. 2 OR. Berechnung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung: massgebend ist der Zeitpunkt des Ablaufes der Nachfrist.

A. — Am 27. Oktober 1916 bestätigte der Kläger Luss der Beklagten Mollwig und Cie. von ihr gekauft zu haben 10 Stück komb. Leitspindel- und Revolverdrehbänke M. B. 15/30 zum Preise von 4000 Fr. per Stück, franko verpackt Bahnhof Rüti, lieferbar 5 Stück am 15. Dezember 1916 und 5 Stück bis 10. Januar 1917. Die Beklagte bestätigte ihrerseits den Kauf am 17. November 1916, wobei sie die Lieferfrist für die ersten 5 Maschinen auf 15. bis 20. Dezember angab, diejenige für die weiteren 5 Maschinen « ab 15. Januar 1917 ». Am 7. Dezember 1916 kaufte der Kläger weitere 5 Drehbänke, lieferbar zwischen dem 15. und 20. Februar 1917 zu 4200 Fr. per Stück. Bei beiden Verträgen war ein Drittel des Kaufpreises anzuzahlen.

Von den im Dezember lieferbaren 5 Bänken erhielt der Kläger erst am 19. Januar 4 Stück. Mit Brief vom 20. Januar wahrte er sich allfällige Schadenersatzansprüche wegen verspäteter Ablieferung der fünften Bank und machte die Beklagte darauf aufmerksam, dass er sie mit 6% Zins für die Summe seiner Anzahlung belaste. Am 23. Januar teilte er ihr mit, dass sein Abnehmer für jeden Tag Verspätung eine Entschädigung von 30 Fr. geltend mache und er sie regresspflichtig machen müsse. Die Beklagte lehnte aber jede Schadenersatzpflicht ab. Auf die Anfrage des Klägers, wann er auf die ausstehenden 6 Drehbänke rechnen könne, antwortete sie, die Maschinenfabrik Rüti, welche die Bänke herstelle, habe mit grossen Schwierigkeiten infolge Rohmaterialmangels und Mobilisation von Arbeitern zu kämpfen. Am 14. Februar setzte dann der Anwalt des Klägers der Beklagten eine Nachfrist zur Lieferung der 6 Bänke bis zum 28. Februar. Die Beklagte erwiderte am 21. Februar, dass sie von der Maschinenfabrik Rüti abhängig sei und die rückständigen Drehbänke sofort nach Eingang von der Fabrik dem Kläger zur Verfügung stellen werde; 4 Stück würden voraussichtlich in den nächsten 8 Tagen zur Versendung gelangen. Diese 4 Stück wurden am 7. März tatsächlich abgeliefert. Aus der Nichteinhaltung der Frist leitete der Kläger keine Ansprüche her. Dagegen liess er am 18. April der Beklagten neuerdings eine Nachfrist von 10 Tagen zur Lieferung der noch ausstehenden Drehbänke ansetzen, diesmal unter der ausdrücklichen Androhung, dass er sonst auf die nachträgliche Leistung verzichten und Schadenersatz verlangen werde. Die Beklagte erklärte darauf mit Brief vom 28. April, dass es ihr unmöglich sei, die Frist einzuhalten: sie könne frühestens in 5-6 Tagen 5 Maschinen und die restlichen 2 in zirka 4 Wochen liefern. Der Kläger verzichtete aber am 30. April auf weitere Lieferungen und verlangte Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Die Beklagte stellte ihm am 3. Mai 5 Maschinen zur Verfügung und setzte ihm

zur Annahme eine Frist von 2 Tagen, unter der Androhung, dass sie sonst ihrerseits auf die nachträgliche Leistung verzichten und Schadenersatz fordern werde. Der Kläger lehnte jedoch die Abnahme der Maschinen ab.

B. — Hierauf hob er die vorliegende Klage an, mit der er einmal Rückerstattung der geleisteten Anzahlungen für die 7 nicht gelieferten Drehbänke. (nämlich 2666 Fr. 65 Cts. und 7000 Fr., sowie 966 Fr. 65 Cts. als Zins für die Zeit seit der Zahlung bis zum 30. April 1917), ferner Ersatz des entgangenen Gewinnes von 8800 Fr., endlich 14 Fr. 20 Cts. für entstandene Spesen fordert. Die Beklagte anerkannte das Begehren um Rückgabe der Anzahlungen, machte aber — hier weiter nicht in Betracht fallende — Gegenforderungen im Gesamtbetrag von 6090 Fr. 20 Cts. geltend.

C. — Durch Urteil vom 11. September 1918 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage im Betrage von 14,590 Fr. 05 Cts. nebst 6% Zins von 14,576 Fr. 65 Cts. seit 5. Mai 1917 geschützt.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Abweisung der Hauptklage und Gutheissung der Widerklage.

E. — In der Verhandlung vom 21. März 1919 hat der Vertreter der Beklagten Abänderung des handelsgerichtlichen Urteils in dem Sinne beantragt, dass die gegnerische Forderung um den Betrag von 8966 Fr. 65 Cts. nebst Zins ermässigt werde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Im Streite liegen nur noch die zwei Entschädigungsposten von 8800 Fr. und 166 Fr. 65 Cts. Die Hauptforderung von 8800 Fr. stützt der Kläger darauf, dass er die streitigen 7 Drehbänke an Ingenieur B. Sobanski in Zürich zu 5400 Fr. per Stück weiterverkauft habe und dieser dann, weil ihm nicht geliefert wurde, am 11. April 1917 vom Kaufe zurückgetreten sei. Demgegenüber wendet die Beklagte ein, der Verkauf an Sobanski falle

deshalb ausser Betracht, weil dieser schon vor dem Termine, bis zu welchem der Kläger ihr Nachfrist zur Erfüllung angesetzt hatte und die Maschinen noch hätte annehmen müssen (28. April), zurückgetreten sei. Dieser Einwand ist in erster Linie zu prüfen; denn wenn er sich als begründet erweist, ist die Forderung im vollen Umfange abzuweisen, ohne dass auf die übrigen Einwendungen der Beklagten (die Nachfrist von 10 Tagen sei nicht angemessen gewesen, die Drehbänke seien ihr von der Maschinenfabrik Rütli unverschuldeterweise nicht rechtzeitig geliefert worden) eingetreten zu werden braucht.

2. — Dabei ist von den Grundsätzen auszugehen, die das Bundesgericht im Urteil vom 22. September 1917 in Sachen Vogel & C^{ie} gegen Liechti (AS 43 II S. 510 f.) aufgestellt hat und auf die sich die Beklagte mit Recht beruft. Danach kann der Ersatz des durch die Erfüllungsverzögerung verursachten Schadens nur neben dem Begehren um nachträgliche Erfüllung des Vertrages, nicht auch in Verbindung mit dem Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangt werden. Das gibt übrigens die Vorinstanz selber zu, indem dieser Ersatz die Nichterfüllung, jener dagegen die geschehene Erfüllung voraussetze. In dem vorinstanzlichen Urteil wird aber weiter ausgeführt, der Käufer sei mit Rücksicht darauf, dass der Verkäufer während der ganzen Zeit vom Eintritt des Verzuges bis zum Ende der Nachfrist hätte erfüllen sollen, während dieser ganzen Zeit sich im Verzuge befunden habe und gemäss Art. 103 OR für die Folgen des Verzuges hafte, berechtigt, der Berechnung seiner Schadenersatzforderung nach seinem Belieben den Zeitpunkt zu Grunde zu legen, an dem der Verzug begonnen habe, oder denjenigen, an dem die Nachfrist abgelaufen sei, oder einen dazwischen liegenden Zeitpunkt. Dieser Auffassung kann aber nicht beigepflichtet werden. Vielmehr sind — wie auch schon im zitierten Urteil ausgesprochen worden ist — nachdem einmal die nichtsäumige

Vertragspartei von ihrem Wahlrecht nach Art. 107 OR Gebrauch gemacht und auf die Erfüllung des Vertrages verzichtet hat, für die Bestimmung des « aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens », welcher einzig noch in Betracht fällt, die Verhältnisse in dem Zeitpunkte, in welchem der Verzicht erklärt worden ist, massgebend, weil unter der « Nichterfüllung » im Sinne von Art. 107 nur die Nichterfüllung innert der Nachfrist, deren erfolgloser Ablauf den Verzicht veranlasst hat, verstanden sein kann. Dieser Schluss ergibt sich schon aus dem Zwecke der Nachfristsetzung, die dem säumigen Schuldner eine letzte Gelegenheit geben soll, die Leistung zu vollenden. Erfüllt er den Vertrag innert der Nachfrist, so ist der Gläubiger selbstverständlich gehalten, die Erfüllung anzunehmen. Lässt er aber die Frist unbenutzt verstreichen, so ist der Gläubiger berechtigt, auf die Leistung zu verzichten und sich anderweitig bestmöglich einzudecken, womit das Recht auf die Erfüllung dahinfällt und an seine Stelle der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung tritt. Dabei bestimmt sich der Schaden nach dem Werte des untergehenden Rechts, und dieser hinwiederum nach dem Werte, den die Ware gegenwärtig darstellt, mit anderen Worten : nach dem Betrage, den der Gläubiger im jetzigen Zeitpunkte für einen Deckungskauf aufwenden müsste. Demgegenüber kann auch die Verweisung der Vorinstanz auf STAUB'S Kommentar zum deutschen HGB, Exk. zu § 374 Anm. 62, nicht aufkommen, denn dieses Zitat bezieht sich nicht auf die konkrete, sondern auf die abstrakte Schadensberechnung.

3. — Wendet man nun diese Grundsätze, an denen festzuhalten ist, auf den vorliegenden Fall an, so ist klar, dass der Kläger nicht entgangenen Gewinn aus dem Verkauf an Sobanski geltend machen kann, weil letzterer schon am 11. April 1917 vom Kaufe zurückgetreten und somit der gedachte Schaden bereits eingetreten war, bevor der Kläger der Beklagten Nachfrist zur Lieferung der rückständigen Maschinen angesetzt hat. Hätte die

Beklagte innert derselben noch geliefert, so hätte der Kläger die Drehbänke zweifellos noch annehmen müssen, trotzdem er sie nicht mehr an Sobanski abgeben konnte. Und hätte dieser nicht schon vorher den Vertrag aufgelöst gehabt, so hätten auch die wenige Tage nach Ablauf der Nachfrist dem Kläger zur Verfügung gestellten 5 Bänke noch zu dessen Erfüllung dienen können. Es ist daher nicht erfindlich, weshalb der Kläger solange zugewartet hat, um gegen die Beklagte nach Art. 107 OR vorzugehen, und unterlassen hat, die Nachfrist mit der Lieferung an seinen Unterbesteller in Einklang zu bringen. Wie dem auch sei, so kann er jedenfalls den Gewinn, welcher ihm angeblich aus dem Rücktritt Sobanskis entgangen war, nicht nachträglich als Schaden aus Nichterfüllung seitens der Beklagten geltend machen, weil für dessen Bestimmung auf die Deckungsmöglichkeiten im Zeitpunkt des Ablaufes der Nachfrist abgestellt werden muss.

4. — Kann somit die Forderung von 8800 Fr. nach der konkreten Schadensliquidation des Klägers nicht gutgeheissen werden, so liesse sich nur noch fragen, ob ihm allenfalls nach abstrakter Schadensberechnung eine Entschädigung zugesprochen werden könnte. Allein das ist schon deshalb ausgeschlossen, weil er selber im Prozesse zugegeben hat, dass die Preise inzwischen bis auf die Höhe, zu welcher er von der Beklagten gekauft hatte, gefallen waren (s. Prot. des Handelsgerichts S. 8), sodass eine Differenz zwischen dem Vertragspreise und dem Marktpreise im Zeitpunkt, in dem spätestens hätte geliefert werden sollen, nicht bestand. Bei dieser Sachlage ist die Forderung von 8800 Fr. gänzlich abzuweisen und die dem Kläger von der Vorinstanz zugesprochene Entschädigung entsprechend herabzusetzen.

5. — (Zinsposten von 166 Fr. 65 Cts.).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird in dem Sinne begründet erklärt

und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 11. September 1918 dahin abgeändert, dass der von der Beklagten an den Kläger zu bezahlende Betrag von 14,590 Fr. 05 Cts. nebst 6% Zins von 14,576 Fr. 65 Cts. seit 5. Mai 1917, um 8800 Fr., also auf 5790 Fr. 05 Cts. nebst Zins herabgesetzt wird.

42. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. April 1919

i. S. Keim gegen Munzinger & Cie.

Kaufvertrag: Schadenersatzklage des Käufers wegen Nichtlieferung. Nichtigkeit des Geschäftes wegen Verstosses gegen die Kriegswucherverordnung vom 10. August 1914.

A. — Durch Vertrag vom 11. Januar 1916 verkaufte der Beklagte Keim an die Klägerin Munzinger & Cie 15,000 kg Cocosfett zum Preise von 2 Fr. 35 Cts. per kg zur sofortigen Lieferung. Die Klägerin verkaufte das gleiche Quantum am folgenden Tage an die Münchener Fettrefinerien und Margarinefabriken «Saphir» zum Preise von 2 Fr. 66 Cts. Da der Beklagte nicht lieferte, setzte ihm die Klägerin mit Schreiben vom 17. Januar eine letzte Frist bis zum 22. Januar 1916 an, unter der Androhung, dass sie sich sonst anderweitig eindecken und ihn für die Differenz belasten werde. Der Beklagte antwortete hierauf am 24. Januar, sein Lieferant verspreche ihm, alles aufzubieten, um das Fett zu erhalten. Mit Telegramm vom 1. Februar setzte die «Saphir» ihrerseits der Klägerin eine Nachfrist zur Lieferung bis zum 3. Februar und schloss nach unbenütztem Ablauf der Frist einen Deckungskauf zum Preise von 3 Fr. 32 Cts. ab.

Am 22. Februar 1916 hob die Klägerin gegen den Beklagten Klage an, mit der sie als Schadenersatz den Gewinn verlangte, den sie durch die Weiterlieferung an die «Saphir» gemacht hätte, und sie behielt sich in der

Hauptverhandlung vom 11. Mai 1916 die Geltendmachung weiterer Schadenersatzansprüche ausdrücklich vor, für den Fall, als die «Saphir» ihrerseits mit der am 24. Februar 1916 beim Handelsgericht Zürich gegenüber der Klägerin anhängig gemachten Schadenersatzforderung obsiegen sollte. Die Klägerin wurde dann mit ihrer Schadenersatzforderung geschützt, in letzter Instanz durch das Bundesgericht mit Urteil vom 9. Februar 1918. Inzwischen hatte auch die «Saphir» gegenüber der Klägerin, laut Urteil des Bundesgerichts vom 29. September 1916, mit einer Forderung von 9600 Fr. nebst 5% Zins seit 10. Februar obgesiegt.*

B. — Mit der vorliegenden Klage verlangt nun die Klägerin den Betrag, den sie an die «Saphir» habe bezahlen müssen, und Ersatz der Kosten, die ihr durch jenen Prozess entstanden seien, nämlich 10,340 Fr. per 16. Oktober 1916 als die der «Saphir» zugesprochene Summe nebst Zinsen und Prozessentschädigung, 495 Fr. 40 Cts. Gerichtskosten und 500 Fr. Kosten des eigenen Anwalts.

Der Beklagte verlangt Abweisung der Klage.

C. — Durch Urteil vom 4. Oktober 1918 hat das Handelsgericht Zürich die Klage im vollen Umfange geschützt.

D. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Aufhebung und auf gänzliche Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Im Vordergrund steht der heute vom Beklagten mit Nachdruck erhobene Einwand der Nichtigkeit des dem Prozess zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes wegen Verstosses gegen eine bundesrätliche Vorschrift. Den nämlichen Einwand hatte schon die Klägerin ihrerseits im Prozesse gegen die «Saphir» erhoben, woraus freilich nicht geschlossen werden darf, sie habe die Richtigkeit

*) AS 42 II Nr. 73 S. 481 ff.