

## BGE 24 II 392

Bundesgericht (BGE), 1898-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_24\\_II\\_392](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_24_II_392)

FR: ATF 24 II 392

IT: DTF 24 II 392

### Volltext

51. Urteil vom 20. Mai 1898 in Sachen Hirschhorn gegen Biemann & Cie. Kauf. — Fixgeschäft? — Verzicht auf das Rücktrittsrecht wegen verspäteter Lieferung. A. Durch Urteil vom 31. Dezember 1897 hat das Obergericht des Kantons Luzern erkannt: 1. Die Beklagtschaft sei im Sinne der Motive gehalten, die vom Kläger laut Faktur vom 10. Dezember 1896 gelieferten 300 Stück Universalöfen Nr. 3, 200 Stück Universalöfen Nr. 4, die 30 Satzringe Nr. 3, 20 Satzringe Nr. 4, ferner die 360 Stück Dochte zu 40 Pf. und 240 Stück Dochte zu 60 Pf. an<sup>z</sup> zunehmen und den Fakturabtrag von 7107 deutsche Reichsmark 50 Pf., zahlbar in Mark auf Berlin, Wert fällig 10. März 1897, nebst Verzugszinsen zu 6% von diefem Tage an zu bezahlen. 2. Die Beklagten seien mit ihren Begehren abgewiesen. B. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen. Der Kläger stellt die Anträge: 1. Die Klage sei ohne Vorbehalt gutzuheißen in der Meinung, daß der Steigerungserlös dem Beklagten an Stelle der Ware zukomme; 2. eventuell: Daß der gemäß Dispositiv I in Verbindung mit Erw. 9 in fine verrechnungsweise zu machende Abzug des Stei<sup>g</sup> gerungserlöses festgestellt werde auf 5182 Fr. 95 Cts., d. h. den Nettoerlös der Steigerung nach Abzug von Zoll, Fracht, Steigerungskosten u. s. w., weiter abzüglich der Depositionskosten, alles gemäß Rechnung der Gerichtskanzlei Luzern, und das auch nur für den Fall, daß auch die beim Gerichtspräsidenten von Luzern liegende Restanz von 1869 Fr. 70 Cts. dem Kläger aus<sup>g</sup> gehündigt werde; ferner, daß die Zinsdifferenz (6% Verzugs<sup>z</sup> zins, 2% Depotzins) den Beklagten zur Last gelegt werde. Die Beklagten beantragen dagegen Abweisung der Klage und Verpflichtung des Klägers zur Zahlung von 250 Fr. Schadens<sup>z</sup> ersatz nebst Verzugszins. C. In der heutigen Verhandlung wiederholen die Parteiver<sup>t</sup> reter ihre schriftlich gestellten Anträge und tragen wechselseitig auf Abweisung der gegnerischen Berufung an. Das Bundesgericht zieht in Erwägung: 1. Mit Schreiben vom 11. November 1896 ersuchten die Be<sup>k</sup> klagten den in Berlin wohnenden Kläger, ihnen umgehend seine äußersten Preise und Konditionen für Universal=Petrolöfen bei waggonweisen Bezügen zukommen zu lassen, unter gleichzeitiger Anfrage, wie bald ein erster Waggon von circa 400 Stück ge<sup>l</sup> liefert werden könne. Der Kläger antwortete am 13. gl. Monats, er sei bereit zu liefern; die Faktur sei zahlbar in Berlin; be<sup>t</sup> treffend Lieferungstermin teilte er mit, er könne den Wagen circa 3 Wochen nach erfolgter definitiver Bestellung abrollen lassen, und wenn nicht viel emaillierte Ofen dabei seien, schon in 10—14 Tagen nach definitiver Bestätigung der Ordre. Mit Telegramm vom 16. November und Brief vom gleichen Tage bestellten hierauf die Beklagten 300 Stück Nr. 3 und 200 Stück Nr. 4 (welche beiden Nummern keine emaillierten Ofen enthalten); im Briefe wurden noch Zubehörden bestellt und wurde rascheste Lieferung empfohlen, und gewünscht, daß der Tag des Abrollens des Wa<sup>g</sup> gens sofort nach Empfang des Briefes angezeigt werde. Mit Schreiben vom 19. November zeigte der Kläger den Empfang dieser Bestellung an, und fügte betreffend die Lieferzeit bei, er werde um Abkürzung derselben bemüht sein, könne aber ein festes

Versprechen der Lieferung vor ultimo nicht geben. Auf ein weiteres Schreiben der Beklagten vom 23. November betreffend rascheste Lieferung antwortete der Kläger unterm 25. gl. Monats: er werde eifrig bemüht sein, die Lieferzeit möglichst abzukürzen; „jedoch wird es unmöglich sein, eine kürzere Lieferzeit, als die Ihnen versprochene, also 10—14 Tage nach Erhalt der Ordre, innezuhalten;“ er thue sein Möglichstes, wenn er den Waggon „Ende nächster Woche“ absende. Nach wiederholten Reklamationen der Beklagten betreffend Lieferung schrieb der Kläger am 30. November, er bleibe bemüht, den Waggon „noch vor Ende dieser Woche“ zum Abrollen zu bringen, könne sich jedoch nicht an einen festen Liefertermin binden. Am 1. Dezember 1896 — einem Dienstag — telegraphierten die Beklagten dem Kläger: „Wann sind Heizöfen versandt? Verlegenheit groß. Drahtantwort.“ Die

telegraphische Antwort des Klägers vom selben Tage lautete; „Waggon rollt Donnerstag.“ Mit Brief vom 7. Dezember beschwerten sich die Beklagten darüber, daß sie noch nicht einmal im Besitze der Faktur seien, betonten die Verlegenheit, in der sie sich befänden, und bemerkten, sie müßten sich vorbehalten, die Faktura des Klägers auf Ende des nächsten Jahres zu übertragen falls der Waggon später als Donnerstag den 3. Dezember abgesandt sein sollte. Der Kläger antwortete am 9. Dezember, unter „Donnerstag“ in seinem Telegramm sei der 10. Dezember verstanden gewesen, und bestritt den Beklagten das Recht, einen Teil der Faktur auf Ende des nächsten Jahres zu übertragen; dieser Brief kreuzte sich mit einem solchen der Beklagten vom 10. Dezember, worin sie postwendend Faktura oder Bericht verlangten. Auf das Schreiben des Klägers vom 9. Dezember erwiderten die Beklagten am 11. gl. Mts., unter „Donnerstag“ im Telegramm könne nur der 3. Dezember verstanden sein, und annullierten die Bestellung definitiv wegen Nichteinhaltens der Lieferungsfrist; fügten jedoch bei: „Sollte die Ware dennoch abgegangen sein, „so könnten wir uns nur unter der Bedingung zur Annahme „des Waggons herbeilassen, wenn Sie uns für den unverkauft „bleibenden Teil dieser 500 Stück annehmbare Konzessionen „machen, Ihre bestimmten, formell verbindlichen Propositionen „müßten aber umgehend, d. h. vor Ankunft des Waggons, hier „in unsern Händen sein; sollte dies nicht der Fall sein, so bleibt „der Waggon auf hiesiger Station und sind alle und jegliche „Kosten, die dadurch entstehen, zu Ihren Lasten.“ Mit diesem rief kreuzte sich die Faktur des Klägers, die auf 7107 Mark 50 Pf., zahlbar 30 Tage mit 2 % in Mark auf Berlin, lautet. Der Kläger erwiderte unterm 14. Dezember, er habe die offerierte Lieferzeit von drei Wochen genau innegehalten, und bestritt den Beklagten das Recht zur Annahmeverweigerung. Auf ein weiteres Schreiben der Beklagten vom 16. Dezember, worin sie ihm neue Propositionen machten und Erklärung darüber verlangten, antwortete der Kläger ablehnend. Der Waggon, dessen Verladung am 11. Dezember begonnen und am 12. vollendet war, langte am 30. Dezember 1896 in Luzern an, nachdem er noch einige Zeit von der eidgenössischen Zollverwaltung in Basel zurückgehalten worden war. Die Beklagten zeigten dem Kläger sofort telegraphisch an, sie verweigern die Annahme, der Waggon liege im Lagerhaus auf Kosten des Klägers, und sie haben ihn für eine Schadensersatzforderung von 1776 Fr. wegen verspäteter Lieferung mit Arrest belegt. Am 20. Januar 1897 folgte die Versteigerung des Waggons, welche einen Bruttoerlös von 6900 Fr. ergab. Im Januar 1897 leitete sodann der Kläger gegen die Beklagten Klage ein auf Annahme der verkauften Ware und Zahlung der Faktura. Die Beklagten trugen auf Abweisung der Klage und Verpflichtung des Klägers zur Zahlung einer Entschädigung von 1776 Fr. nebst Verzugszinsen zu 5% seit 30. Dezember 1896 an. Sie nahmen den Standpunkt ein, es liege ein Firgeschäft mit Stichtag auf ultimo November, nach späterer Vereinbarung

auf 3. Dezember 1896, vor, und sie seien ur Annahme nicht verpflichtet, nachdem die Lieferungsfrist nicht innegehalten worden sei; ferner erhoben sie die Einrede der Arg $\neg$ list, die sie darauf gründeten, der Kläger habe die vereinbarte Lieferungsfrist nachträglich abstreiten wollen. Die Schadensersatz $\neg$ forderung stützten sie auf Art. 118 ff. O.=R. und bemerkten, die 1776 Fr. stellen 20% des Fakturawertes dar, was als mäßige Berechnung des entgangenen Gewinnes zu betrachten sei endlich brachten sie vor, die Saison für die verkaufte Ware sei im Dezember vorbei gewesen. Die erste Instanz — das Bezirks $\neg$ gericht Luzern — teilte prinzipiell den Standpunkt der Beklagten und wies demgemäß die Klage ab, sprach jedoch den Beklagten nur eine Entschädigung von 250 Fr. zu. Die zweite Instanz ist dagegen in ihrem sub. Fakt. A mitgeteilten Urteile davon aus $\neg$ gegangen, ein Fixgeschäft liege nicht vor, weshalb die Beklagten nicht ohne weiteres hätten vom Vertrage zurücktreten dürfen; eventuell, die Beklagten hätten nach Geltendmachung ihrer Rechte aus dem Fixgeschäfte nach Ablauf des Stichtages verzichtet. 2. Die Kompetenz des Bundesgerichtes — die nur zweifelhaft sein könnte bezüglich des anzuwendenden Rechts — ist auch in diesem Punkte gegeben. Zwar ist als Erfüllungsort Berlin anzu $\neg$ sehen, so daß das Geschäft nach bekannten Grundsätzen des inter $\neg$ nationalen Privatrechtes dem deutschen Recht, insbesondere also dem deutschen H.=G.=B., zu unterstellen wäre, da keine Umstände

vorliegen, die darauf schließen lassen könnten, daß nicht der Er $\neg$ frage der Rechtsan $\neg$ füllungsort maßgebend sein solle für wendung; allein die Parteien haben sich übereinstimmend auf das eidg. O.=R. berufen, nach diesem ist die Streitsache von den kantonalen Instanzen entschieden worden; es ist daher anzunehmen, 23 habe im Willen der Parteien gelegen, auf das streitige Rechts $\neg$ geschäft das eidgen. Obligationenrecht anzuwenden, und unter diesen Umständen ist das Bundesgericht nach feststehender Praxis $\neg$ die übrigen Erfordernisse seiner Zuständigkeit vorausgesetzt — kompetent. 3. In der Sache selbst ist über die erste hier vorliegende Frage: Ob das zwischen den Parteien abgeschlossene Geschäft als Firgeschäft anzusehen und demnach die Beklagten berechtigt ge $\neg$ wesen seien, bei Verzug des Klägers ohne weiteres (ohne An $\neg$ setzung einer Nachfrist zur Erfüllung) vom Vertrage zurückzu $\neg$ treten, zu bemerken: Im kaufmännischen Verkehr und ein solcher liegt hier unzweifelhaft vor, da beide Kontrahenten Kauf $\neg$ leute im Sinne des eidg. O.=R. (wie auch des deutschen H.=G.=B.) sind — wird ein Fixgeschäft nach Art. 234 O.=R. dann ver $\neg$ mutet, wenn ein bestimmter Lieferungstermin vereinbart worden ist; alsdann hat der Käufer das Recht, beim Verzug des Ver $\neg$ käufers entweder ohne weiteres vom Vertrage zurückzutreten, wozu es keiner Anzeige an den Verkäufer bedarf oder auf der Erfüllung zu beharren, in welchem Falle er dies jedoch dem Ver $\neg$ käufer unverzüglich nach Ablauf des Termins anzuzeigen hat. Nach eidg. O.=R. begründet also im kaufmännischen Verkehre die Vereinbarung eines bestimmten Lieferungstermines, entgegen dem deutschen H.=G.=B. Art. 357, eine Vermutung für das Vor $\neg$ handensein eines Fixgeschäftes: danach liegt die Beweislast dafür, daß ein bestimmter Lieferungstermin verabredet sei, demjenigen ob, der sich auf den Charakter des Geschäftes als Fixgeschäftes beruft — in casu also den Beklagten, — dafür hingegen, daß trotz Beweises dieser Verabredung das Geschäft nicht als Firge $\neg$ schäft gemeint sei, dem andern Teile, hier dem Kläger. 4. Fragt es sich nun, ob die Beklagten den ihnen obliegenden Beweis für die Verabredung eines bestimmten Lieferungstermins geleistet haben, so erscheint dies zweifelhaft; es kann aber auch füglich dahingestellt bleiben, ob der Beweis der Verabredung eines Fixgeschäftes erstellt ist. Denn auch wenn dies bejaht wird, so muß gesagt werden, daß die Beklagten selber durch ihr nachheriges Verhalten ihre aus dem Verzuge des Klägers folgenden Rechte verwirkt hatten.

Denn angenommen, als Stichtag sei durch spätere Vereinbarung der 3. Dezember 1896 festgesetzt worden, der Meinung, daß der Kläger an diesem Tage die Ware Berlin abzusenden gehabt hätte, so hatten die Beklagten das Recht, sofort vom Verträge zurückzutreten, und zwar sogar ohne Anzeige an den Kläger, oder, unter Anzeige an den Kläger, auf der Erfüllung zu beharren, sobald sie Kenntnis davon hatten, daß der Kläger am Stichtage nicht erfüllt hatte. Diese Kenntnis nun hatten die Beklagten schon am 7. Dezember, da sie an diesem Tage selber schrieben, sie müßten im Besitze der Faktur des Klägers sein, wenn der Waggon am 3. Dezember abgerollt wäre, - und jedenfalls spätestens am 10. Dezember. Sie haben aber trotz dieser Kenntnis von den ihnen — nach ihrer im Prozesse eingenommenen Haltung — zustehenden Rechten keinen Gebrauch gemacht, sondern lediglich vom Kläger Konzessionen verlangt, und zwar zunächst (im Briefe vom 7. Dezember) betreffend den Zahlungsmodus, so daß der Kläger unbedingt auf Annahme der Ware schließen mußte; und sodann war die spätere Annahmeverweigerung — mit Brief vom 11. und 16. Dezember - nur eine bedingte. Aus diesem ganzen Verhalten der Beklagten muß der Verzicht auf die ihnen — immer bei Annahme eines Fixgeschäftes — zustehenden Rechte gefolgert werden, und durften sie daher nunmehr vom Verträge nicht ohne Ansetzung einer Nachfrist zur Erfüllung zurücktreten. Da sie dies nicht gethan, sind sie zur Annahme der Ware und zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet und ist die Klage somit in Übereinstimmung mit der Vorinstanz gutzuheißen. 5. Auch der weitere Standpunkt der Beklagten, die Lieferung der Ofen sei zu der Zeit, da sie wirklich erfolgt sei, für sie nutzlos gewesen, weil die Saison für diese Ware damals schon vorüber gewesen sei, ist unhaltbar; zunächst schon deshalb, weil er im Widerspruche steht mit den eigenen Erklärungen der Beklagten, die Ofen — allerdings gegen gewisse Konzessionen — anzunehmen,

und sodann, wie die Vorinstanz richtig bemerkt, nach dem Ergebnisse der Expertise, welche diese Behauptung der Beklagten zurückweist. 6. Endlich kann die von den Beklagten erhobene Einrede der Arglist nicht geschützt werden, da alles, was die Beklagten Begründung derselben vorbringen, offensichtlich ohne Einfluß auf den Vertragsabschluß gewesen ist, wie nicht weiter ausgeführt werden braucht. 7. Nachdem, wie in Erw. 4 ausgeführt, der Rücktritt der Beklagten als ein unberechtigter anzusehen ist, fällt auch die von den Beklagten an denselben geknüpfte Schadensersatzforderung dahin, da sie nicht etwa einen selbständigen Anspruch wegen verspäteter Erfüllung geltend machen, sondern ihre Schadensersatzforderung an die Nichterfüllung des Vertrages durch Schuld des Klägers knüpfen. 8. Die Berufung des Klägers betreffend ist zu sagen, daß allerdings nicht ganz klar ist, was der Vorderrichter mit seiner Erwägung 9 in fine meint, wo es heißt: „Freilich wird dann bei der Abrechnung unter den Parteien der Erlös von 6900 Fr. aus der erfolgten Versteigerung in Abzug gebracht werden müssen.“ Sollte damit gemeint sein, der Kläger müsse sich diesen Erlös abziehen lassen, so wäre das rechtsirrtümlich; der Erlös kommt vielmehr den Beklagten, an Stelle der Ware, zu. Dagegen ist andererseits klar, daß der Kläger sich das schon empfangene anrechnen lassen muß. Demnach hat das Bundesgericht erkannt: Die Berufung der Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es wird das Urteil der Vorinstanz bestätigt, in dem Sinne, daß der Kläger die schon empfangenen Summen an seiner Forderung abzuziehen hat.