

## II. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

107. Urtheil vom 4. Oktober 1889 in Sachen Profumo gegen Stumm.

A. Durch Urtheil vom 6. Juni 1889 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Das Urtheil des Zivilgerichtes wird bestätigt. Die appellationsgerichtlichen Kosten mit einer Urtheilsgebühr von 100 Fr. sind getheilt.

Das erstinstanzliche Urtheil des Zivilgerichtes vom 8. Februar 1889 ging dahin: Beklagter ist zur Zahlung von 13,680 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 26. Juli 1886 an den Kläger verfällt. Mit der Mehrforderung ist Kläger abgewiesen. Die Kosten mit Inbegriff eines Expertenhonors von je 20 Fr. und einer Urtheilsgebühr von 200 Fr. sind getheilt.

B. Gegen das appellationsgerichtliche Urtheil ergriffen beide Parteien die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt der Vertreter des Klägers: Es sei, in Abweisung der gegnerischen Beschwerde und unter Abänderung der vorinstanzlichen Urtheile die Klage, wie gestellt, in vollem Umfange zuzusprechen, unter Folge sämtlicher Kosten; eventuell sei die Sache zur Aktenvervollständigung, speziell zur Erhebung einer neuen Expertise an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Der Vertreter des Beklagten dagegen beantragt: Es sei unter Verwerfung des gegnerischen Rekurses die Klage gänzlich abzuweisen, eventuell der Beklagte bloss zum Ersatz des entgangenen Gewinnes auf zweitausend während der vertraglichen Frist anerbotenen Fässern amerikanischen Petrols zu verurtheilen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 26. Juli 1885 wurde zwischen den Parteien unter Vermittlung des klägerischen Agenten Kopp folgender Vertrag abgeschlossen:

I. Monsieur Stumm s'engage pour une durée de deux ans à partir de ce jour à acheter en Italie les pétroles du Caucase

et de Pensylvanie exclusivement à Monsieur Profumo par l'entremise de Monsieur Kopp, en lui garantissant de retirer dans le courant de chaque année une quantité de vingt mille barils au minimum.

II. Monsieur Profumo s'engage par contre pendant la dite durée de deux ans: a. A ne pas vendre du pétrole à Messieurs Jenny et Kiebigler & Co<sup>e</sup> à Bâle, concurrents de Monsieur Stumm; b. A faire en général exclusivement en faveur de Monsieur Stumm une différence de 25 cts. (vingt-cinq centimes) le % kg. sur les prix qu'il cotera officiellement de jour en jour; en cas exceptionnels, Monsieur Profumo pourra accorder la même facilité de 25 cts. à ses autres acheteurs.

III. Les factures seront établies sur le poids brut du baril par % kg. rendu franco sur wagon S. Benignon ou S. Limbania, ou S. Pierdarena; la tare des barils devant être portée en déduction moyennant 20 % (vingt pour cent).

IV. Monsieur Profumo pourra livrer le pétrole à son choix en barils d'origine américaine ou russe. Il s'engage par contre à reprendre aux prix qui seront fixés à la conclusion de chaque marché les barils qui seront vidés à Gênes dans les citernes de Monsieur Stumm.

V. Sauf stipulation expresse et contraire, les conditions de paiement sont les suivantes: Monsieur Stumm autorise Monsieur Profumo de faire à vue chèque sur lui pour la moitié de chaque facture, moins un demi pour cent d'escompte sur la dite moitié et de disposer sur Monsieur Stumm pour l'autre moitié en traite à 30 jours des dates des factures acceptables par l'acheteur et payables à Bâle. Monsieur Profumo s'engage en outre pour la durée de la présente convention à ne vendre le pétrole pour expédition par wagons-citernes à aucune maison de Suisse à l'exception de Monsieur Charles Stumm à Bâle.

In Ausführung dieser Uebereinkunft schlossen die Parteien am darauffolgenden Tage (27. Juli 1885) einen weitem Vertrag ab, wonach der Beklagte vom Kläger zunächst 10,500 Fässer kaufmännischen Petrols zum Preise von 17  $\frac{1}{4}$  Fr. franko Wagon Genua, lieferbar mit je 2100 Fässern monatlich in den Monaten Sep-

tember, Oktober, November, Dezember und Januar nächstkünftig kaufte. Schon bei Ausführung dieses Vertrages entstanden zwischen den Parteien Anstände, welche zu rechtlichen Schritten führten; ein speziell die Novemberlieferung betreffender Streit wurde richterlich durch Urtheile des Civilgerichtes und des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 20. Juli und 30. September 1886 und des Bundesgerichtes vom 14. Januar 1887 (vergl. das Urtheil des Bundesgerichtes, aus welchem sich der Thatbestand ergibt, Amtliche Sammlung XIII, S. 65 u. ff.) und zwar zu Ungunsten des Beklagten entschieden. Schon vor Erlebigung dieses Streites, am 14. April 1886, hatte der Kläger den Beklagten aufgefordert, die erforderlichen Anordnungen rücksichtlich der von dem Jahresquantum von 20,000 Faß für 1885/1886 noch ausstehenden 9500 Fässer zu treffen. Der Beklagte erwiderte zunächst, er wolle vorerst den Empfang der gerichtlichen Klage wegen der Novemberlieferung abwarten. Hernach, im Laufe des Monats Mai 1886, machte er verschiedene Vorschläge betreffend den Bezug größerer Quantitäten theils russischen, theils amerikanischen Petrols; eine Einigung kam indeß nicht zu Stande, theils wegen der vom Beklagten gebotenen Preise, theils weil der Beklagte rücksichtlich des russischen Petrols die Garantie verlangte, daß dasselbe nicht stärker rauche als amerikanisches Standard White. Da der Kläger letztere Garantie verweigerte, so erklärte der Beklagte am 31. Mai 1886, er werde in Zukunft nur noch amerikanisches Petrol kaufen und machte gleichzeitig sachbezügliche Vorschläge. Es führten indeß weder diese Vorschläge noch weitere zwischen den Parteien gepflogene Unterhandlungen zu einer Verständigung. Der Beklagte beharrte darauf, russisches Petrol ohne Garantie wegen des Rauchens nicht nehmen zu können; bezüglich des amerikanischen Petrols machte er Preisofferten, welchen er die Preise der Nordseehäfen mit gewissen Zuschlägen zu Grunde legte und trat im Weiteren mit der Anforderung hervor, daß ihm nur Petrol aus dem Staate Pennsylvania, nicht aber auch solches aus andern Staaten der nordamerikanischen Union, wie Ohio, New-York u., geliefert werden dürfe und hierüber für jeden Wagon und jedes Faß strikter Ausweis geliefert werden müsse. Der Kläger dagegen behauptete, er sei bezüglich des russischen Petrols,

welches den Hauptgegenstand des Vertrages bilde, zu einer besondern Garantie nicht verpflichtet; für die Preise seien vertragsmäßig seine Cotirungen in Genua und nicht die Preise der nordischen Märkte maßgebend; pennsylvanisches und amerikanisches, d. h. aus den Vereinigten Staaten von Nordamerika stammendes, Petrol Standard White seien ein und dasselbe; zu einem Ausweis, daß das Del aus Pennsylvania stamme, sei er nicht verpflichtet. Diese Meinungsdivergenzen konnten nicht ausgeglichen werden und es kam daher zu keinem Bezuge von Petrol seitens des Beklagten auf die für das erste Vertragsjahr noch restirenden 9500 Faß. Aus den Unterhandlungen mag hier noch Folgendes hervorgehoben werden: Auf den 3. Juni 1886 hatte der Kläger den Beklagten zu Abgabe einer bestimmten Erklärung vor den Gerichtspräsidenten bieten lassen; der Beklagte hatte hierauf auf seine (wie bemerkt vom Kläger abgelehnte) Offerte vom 31. Mai verwiesen und ließ sodann seinerseits am 7. Juni dem Kläger durch seinen Anwalt mittheilen, er möge bis zum 10. Juni ihm annehmbare Propositionen über Lieferung von 9500 Faß pennsylvanischen Petrols in den Monaten Juni und Juli machen, widrigenfalls er, Beklagter, annehme, daß der Kläger vom Vertrage zurücktrete. Der Anwalt des Klägers erwiderte hierauf am 10. Juni, der Kläger sei nicht nur zur Erfüllung des Vertrages bereit, sondern habe seit längerer Zeit selbst darauf gedrungen, daß der Vertrag ausgeführt werde. Letzterer sei mit Rücksicht auf das russische Petrol abgeschlossen gewesen und russisches Petrol sei Kläger auch im Falle in gewünschtem Quantum und zu gewünschter Zeit zu 15  $\frac{1}{2}$  zu liefern. Die Lieferung von amerikanischem Petrol stehe in seiner (des Klägers) Wahl. Immerhin wolle er dem Beklagten entgegenkommen und biete von der Marke Standard White 1000 Faß per Juni, 1000 Faß per Juli, 2500 Faß per August und 5000 Faß per September/Oktober. Am 3. August sodann ließ der Kläger, — da eine Einigung immer noch nicht zu Stande gekommen war, — dem Beklagten anzeigen, da mit dem 26. Juli 1886 der Termin für den Bezug der für das erste Jahr zu beziehenden 20,000 Faß verstrichen sei, so werde er nunmehr die restirenden 9500 Faß unter Mitwirkung der zuständigen Behörde verkaufen und den Beklagten für allen Schaden aus der Richterfüll-

lung des Kontraktes verantwortlich machen. Am 18. September 1886 schlug der Beklagte dem Kläger vor, den Vertrag überhaupt aufzulösen; derselbe sei hauptsächlich zu dem Zwecke abgeschlossen worden, um kaukasisches Petrol in großem Maßstabe in der Schweiz einführen zu können; da dies wegen der schlechten Qualität des Oels sich als unmöglich herausgestellt habe, in pensylvanischem Petrol dagegen der Kläger mit Antwerpen, Bremen und Rotterdam nicht konkurriren könne, so wäre das beste, den Vertrag aufzulösen. Der Kläger trat jedoch hierauf nicht ein, sondern verlangte am 30. Oktober 1886 die richterliche Ermächtigung zum Verkaufe der 9500 Faß russischen Petrols aus freier Hand. Durch Beschluß des Civilgerichtes vom 16. November 1886 wurde entgegen dem Widerspruche des Beklagten dem Kläger gestattet, die betreffenden 9500 Faß russischen Petrols zu dem in Genua geltenden Marktpreise zu verkaufen. Im Laufe des Dezember 1886 ließ in Folge dessen der Kläger die 9500 Faß durch einen amtlichen Handelsmakler verkaufen und klagte sodann seinen Schaden ein, indem er beantragte: Beklagter sei zur Zahlung von 87,604 Fr. 95 Cts. Werth 31. Dezember 1886, eventuell einer nach dem Ermessen des Gerichtes auszurechnenden Summe nebst Zins zu 6 % seit 31. Dezember 1886 zu verfallen, unter Kostenfolge, einschließlich der Kosten des Verkaufsgesuches von 1886. Die Forderung des Klägers setzte sich aus folgenden Posten zusammen:

1. 52,327 Fr. 95 Cts. Differenz zwischen den vertraglichen Verkaufspreisen und dem Reinerlös der Waare;
2. 8740 Fr. Ausladespesen, d. h. Kosten des Ausladens, Wagens, Einbringens in die Lagerhäuser;
3. 15,900 Fr. Lagerpesen;
4. 1765 Fr. 80 Cts. Versicherungspesen;
5. 8871 Fr. 20 Cts. Zinsverlust (zu  $\frac{1}{2}$  % per Monat).

Bei Berechnung der Lager- und Versicherungspesen und des Zinsverlustes ist der Kläger davon ausgegangen, daß der Beklagte die Waare successive während der Monate März, April, Mai, Juni und Juli 1886 in monatlichen Lieferungen von 3000 und 2000 Faß für die beiden ersten und von je 1500 Faß für die drei letzten Monate zu beziehen gehabt hätte. Seine Rechte für das zweite Vertragsjahr hat der Kläger sich vorbehalten.

2. Die Vorinstanzen haben in der aus Fakt. A ersichtlichen Weise erkannt, indem sie ausführen: Der Beklagte gebe zu, daß er verpflichtet gewesen sei, 9500 Faß Petrol bis Ende Juli 1886 nach Maßgabe des Vertrages vom 26. Juli 1885 beim Kläger zu beziehen. Es bedürfe also einer Erörterung darüber nicht, in welchem Sinne das Engagement des Beklagten auf 20,000 Faß per Jahr zu verstehen gewesen sei. Wenn nun auch der Vertrag wesentlich mit Rücksicht auf russisches Petrol möge abgeschlossen worden sein, so habe sich doch der Beklagte darin auch den Bezug pensylvanischen Petrols vorbehalten, und zwar könne die bezügliche Bestimmung nur dahin ausgelegt werden, daß dem Beklagten die freie Wahl zwischen den beiden Sorten zugestanden habe. Diese Wahl habe nach den Grundsätzen der guten Treue nicht erst wenige Tage vor dem letzten Bezugstermine geschehen dürfen, sondern habe so zeitig erfolgen müssen, daß der Kläger das bedeutende zu liefernde Quantum rechtzeitig habe in Bereitschaft setzen können. Andererseits habe auch der Kläger nicht, bevor der Beklagte eine Wahl getroffen, die eine oder andere Sorte Petrol zu dessen Lasten auf Lager nehmen können. Vielmehr sei die Folge, wenn Beklagter seine Wahl zu spät ausgeübt habe, die gewesen, daß Beklagter sich eine Hinauschiebung der Bezugsfrist habe müssen gefallen lassen. Nun habe aber der Beklagte die Wahl überhaupt nicht ausgeübt. Sein ganzes Verhalten sei vielmehr offensichtlich dahin gerichtet gewesen, vom Vertrage loszukommen, der nach dem Fehlschlagen der Erwartungen, welche er auf das russische Petrol gesetzt, kein Interesse mehr für ihn gehabt habe. In diesem Bestreben habe er sich erst geweigert, auf eine Vereinbarung der nähern Bezugsbedingungen hinsichtlich der 9500 Faß einzutreten, habe dann in unzulässiger Weise Garantie dafür verlangt, daß das russische Petrol nicht mehr rauche als amerikanisches, sei später, Ende Mai 1886, plötzlich auf das amerikanische Petrol übergesprungen, wobei er aber wieder in unzulässiger Weise die Bedingung gestellt habe, daß dasselbe nur dem Staate Pensylvanien entstammen dürfe (während doch nach den bei Sachverständigen eingezogenen Erkundigungen unter pensylvanischem Petrol nichts anderes gemeint sein könne, als Petrol aus den Vereinigten Staaten von Nordamerika), und habe endlich die Preise auf eine andere Grund-

lage als die vereinbarte abstellen wollen. Der Beklagte habe also die Nichtausführung des Vertrages verschuldet und hafte dem Kläger für das Interesse, das dieser an der Ausführung des Vertrages gehabt habe. In Wegfall kommen jedoch alle Beträge, welche der Kläger für Beschaffung und Lagerung seines russischen Petrols anrechne, da der Kläger, so lange eine Wahl seitens des Beklagten nicht getroffen gewesen, gar nicht die Befugniß gehabt habe, für Rechnung des Beklagten russisches Petrol anzuschaffen. Vielmehr habe Beklagter nur für dasjenige aufzukommen, was der Kläger gewonnen hätte, wenn er Petrol hätte liefern können. Es sei zu untersuchen, was Kläger an russischem, was an amerikanischem Petrol verdient hätte: von diesen beiden Beträgen sei der kleinere vom Beklagten zu ersetzen. Was den Betrag dieses muthmaßlichen Gewinnes anbelange, so haben die gerichtlich bestellten Sachverständigen erklärt, daß sie den thatsächlich dem Kläger entgangenen Gewinn nicht feststellen können. Eine genaue Feststellung sei überhaupt kaum möglich, weil der Gewinn von einer Reihe veränderlicher Faktoren abhängt. Die Sachverständigen haben daher den Unternehmergeinn abgeschätzt, auf welchen der Kläger beim Geschäftsabschlusse habe rechnen können, und zwar taxiren sie denselben in Anbetracht der Abnormität des Geschäftes auf mindestens 1 Fr. per 100 Kilo. Gegen dieses Ergebnis haben zwar beide Parteien, jede von ihrem Standpunkte aus, Einwendung erhoben und eine Obergerichtliche durch Großhändler verlangt. Allein das Gericht sehe sich nicht veranlaßt, diesem Gesuche zu entsprechen. Es handle sich nicht um die Ermittlung eines genau nachweisbaren Schadens, sondern nur um die Abschätzung des muthmaßlichen Gewinnes, den der Kläger aus einem Geschäft wie das vorliegende hätte machen können. Für eine solche Schätzung bedürfe es weniger der genauen Einsicht in alle einzelnen Verhältnisse des betreffenden Handelsartikels, als vielmehr eine fachmännische Kenntniß der allgemeinen Bedingungen kaufmännischer Spekulation, und in dieser Beziehung erscheinen die Experten als völlig fachkundig. Es sei auch bei der Natur des vorliegenden Falles nicht anzunehmen, daß andere Experten im Stande wären, den dem Kläger entgangenen Gewinn mit größerer Sicherheit festzustellen. Setze man demnach den entgangenen Gewinn auf

1 Fr. per 100 Kilo, so ergebe sich für das feststehende Nettoquantum von 1,368,000 Kilo eine Summe von 13,680 Fr., von welcher der Zins zu 5 % vom Tage des Verzuges an zu entrichten sei. Vor der zweiten Instanz war vom Beklagten eine Reihe neuer Belege produziert worden, um nachzuweisen, daß die Annahme der ersten Instanz, unter dem Ausdrucke Pétrole de Pensylvanie sei überhaupt aus den Vereinigten Staaten von Amerika stammendes Petrol verstanden, eine unrichtige sei, daß vielmehr, wenn pensylvanisches Del gekauft sei, der Käufer auch nur Del, das aus dem Staate Pennsylvanien stamme, anzunehmen brauche. Es wurden hiefür u. A. zahlreiche schriftliche Erklärungen schweizerischer Petroleumhändler produziert, darunter solche von sechs baslerischen Großhändlern, welche sich s. Z. dem Gerichte gegenüber im gegentheiligen Sinne ausgesprochen hatten, und welche nun auf Ersuchen des Beklagten und auf die von ihm erhaltene Belehrung hin ihre frühere Erklärung im Sinne des Beklagten modifizirten. Das Appellationsgericht führte indeß aus, die nachträglichen Belege können prozessualisch nicht mehr berücksichtigt werden und wären übrigens auch materiell durchaus unerheblich. Derartige auf Andringen einer Partei abgegebene private Erklärungen können gegenüber den auf amtlichem Wege eingeholten Erkundigungen nicht in Betracht kommen; übrigens komme es nicht darauf an, was an diesem oder jenem Orte Sprachgebrauch oder Usage sei, sondern darauf, was die Parteien selbst beim Vertragsabschlusse unter dem fraglichen Ausdrucke verstanden haben. Aus dem bei den Akten liegenden Briefwechsel und aus den Bulletins des Agenten Kopp ergebe sich aber zur Evidenz, daß die Parteien die Ausdrücke „pensylvanisches“ und „amerikanisches“ Petrol als gleichbedeutend angesehen und unter der vertraglichen Bezeichnung Pétrole de Pensylvanie nichts anderes als amerikanisches Petrol Standard White verstanden haben.

3. In rechtlicher Beziehung ist nicht bestritten, daß der Beklagte verpflichtet war, vom Kläger im Laufe des Jahres 1885/1886 (bis 26. Juli 1886) 9500 Faß Petrol zu kaufen. Demnach ist der zwischen den Parteien am 26. Juli 1885 abgeschlossene Vertrag (jedemfalls insoweit es die jetzt streitige restliche

Lieferung von 9500 Faß Petrol für das erste Vertragsjahr anbelangt) zwar nicht als Kauf, wohl aber als beidseitig verbindender Vorvertrag zu einem solchen (als pactum de vendendo et de emendo) aufzufassen. Der Kaufvertrag selbst liegt in dem Vertrage vom 26. Juli 1886 nicht, da nach der ganzen Fassung der Vertragsurkunde nicht der gegenwärtige Abschluß eines Kaufgeschäftes gewollt ist, sondern vielmehr der künftige Abschluß eines solchen versprochen wird. Dagegen liegt für die Restlieferung wie von den Parteien nicht bestritten wird, ein beidseitig bindendes Rechtsgeschäft, das denn nur als ein Vorvertrag zu einem zukünftigen Kaufe qualifizirt werden kann, vor. Aus dem Vertrage vom 26. Juli 1886 entsprang somit für beide Parteien die Verpflichtung, einen Kaufvertrag über die vereinbarte Waare und zu den vereinbarten Bedingungen abzuschließen, wie sie dies für den ersten Theil der Lieferung des ersten Vertragsjahres durch die Uebereinkunft vom 27. Juli 1885 denn auch thatächlich gethan haben. Streitig ist nur, ob das Nichtzustandekommen eines solchen Kaufvertrages vom Kläger oder aber vom Beklagten verschuldet und zu vertreten sei. Die Vorinstanzen nehmen letzteres an und es ist denselben hierin durchaus beizutreten. Es ist zwar (entgegen den Behauptungen des Klägers) zuzugeben, daß dem Beklagten die Wahl zustand, ob und inwieweit er kaukasisches oder aber amerikanisches Petrol kaufen wolle. Die Parteien mögen freilich bei Abschluß des Vertrages wesentlich die Einfuhr kaukasischen Petrols im Auge gehabt, an eine Spekulation in kaukasischem Petrol gedacht haben. Allein stipulirt haben sie dies nicht; vertraglich hat sich vielmehr der Beklagte nur verpflichtet, das vorgefehene Minimalquantum von jährlich 20,000 Faß entweder kaukasischen oder amerikanischen Oels zu beziehen; nach der Fassung des Vertrages wie nach der Natur des Verhältnisses kann nicht zweifelhaft sein, daß dabei das Wahlrecht d. h. das Recht, zu bestimmen, ob und inwieweit amerikanisches oder aber kaukasisches Del geliefert werden soll, dem Beklagten, dem (gewollten) Käufer, zustand. Dieser konnte Lieferung ganz in der einen oder andern, oder theilweise in der einen, theilweise in der andern Sorte verlangen. Wenn daher die Nichterfüllung des Vertrages auf eine Weigerung des Klägers, amerikanisches Petrol zu liefern,

zurückzuführen wäre, so erschiene die Klage prinzipiell als unbegründet. Allein dies ist nun nicht der Fall. Vielmehr ist es, wie die Vorinstanzen richtig ausführen, der Beklagte, welcher die Erfüllung des Vertrages vom 26. Juli 1885, d. h. den Abschluß eines Kaufes über das Restquantum von 9500 Faß vereitelt hat. Denn der Beklagte hat die ihm zustehende und obliegende Bezeichnung der zu kaufenden Sorte wirksam gar nicht getroffen, da er eben alle seine Vorschläge stetsfort an vertragswidrige Forderungen knüpfte; vertragswidrig war speziell auch das Begehren, daß nur Del aus dem Staate Pennsylvanien geliefert werden dürfe. Der Beklagte hat die vor der zweiten Instanz gegen die hierauf bezügliche Annahme des Civilgerichtes gerichteten Angriffe heute nicht erneuert, und zwar gewiß mit Recht. Denn einmal könnte auf die nachträglich produzierten Belege betreffend die usanzemäßige Bedeutung des Ausdrucks pennsylvanisches Petrol, da dieselben vom Vorderrichter aus prozeßualen Gründen nicht berücksichtigt worden sind, keine Rücksicht genommen werden und sodann hat das Appellationsgericht ohne Rechtsirrtum in durchaus zutreffender Weise festgestellt, daß jedenfalls im vorliegenden Falle die Parteien beim Vertragsabschlusse unter dem Ausdrucke Pétróle de Pennsylvannie lediglich amerikanisches Petrol Standard White verstanden haben. Während also der Beklagte den Abschluß eines Kaufvertrages auf vertragsmäßiger Grundlage durch seine vertragswidrigen Ansinnen vereitelt, war der Kläger seinerseits zur Vertragserfüllung bereit, indem er auch die Lieferung amerikanischen Petrols, wenn er auch dazu nicht verpflichtet zu sein behauptete, nicht verweigerte. Daß er erklärte, an amerikanischem Petrol nicht das ganze vertragsmäßige Quantum innerhalb der vertragsmäßigen Frist liefern zu können, ist gleichgültig. Denn es ist mit den Vorinstanzen anzuerkennen, daß der Beklagte seine Wahl der zu liefernden Sorte nicht erst in den letzten Tagen, sondern rechtzeitig treffen mußte, und daß er, wenn er die Wahl verspätet erklärte, sich eben eine Hinausschiebung des Lieferungstermins mußte gefallen lassen; die Erklärung des Klägers, nicht das ganze Quantum an amerikanischem Del innert der vertragsmäßigen Bezugsfrist liefern zu können, berechnigte daher den Beklagten, der eine vertragsmäßige Wahl nicht nur nicht rechtzeitig,

sondern überhaupt gar nicht getroffen hat, keinesfalls zum Rücktritte vom Vertrage.

4. Nach dem in Art. 111 D.-R. aufgestellten Grundsätze löst sich jede Verpflichtung, etwas zu thun, wenn die Nichterfüllung dem Schuldner zur Last fällt, in eine Verbindlichkeit zum Schadenersatz auf. Dieser Grundsatz findet unzweifelhaft auch auf Vorverträge Anwendung, welche die (ein- oder zweiseitige) Verpflichtung zum Abschluß eines anderweitigen (Haupt-) Vertrages, also auf ein rechtsgeschäftliches Thun begründen. Danach haftet denn der Beklagte dem Kläger für das Interesse, welches dieser an dem Zustandekommen und der Erfüllung des vereinbarten Kaufvertrages hatte. Fragt sich nun, nach welchen Grundsätzen dieses Interesse zu bemessen sei, so ist prinzipiell der Auffassung der Vorinstanzen beizutreten. Es ist richtig, daß der Kläger nicht befugt war, sich, bevor der Beklagte seine Wahl zwischen den beiden Waarenarten getroffen hatte und daher das definitive Kaufgeschäft abgeschlossen war, einseitig in der einen oder andern Sorte auf Rechnung des Beklagten zu decken. Der Beklagte war ja stets berechtigt, zu erklären, daß er den Kaufvertrag nicht über die vom Kläger auf Lager genommene, sondern über die andere Sorte abzuschließen gedenke und es mußte der Kläger sich diese Erklärung gefallen lassen und auf Grund derselben den Kaufvertrag abschließen. Gerieth der Beklagte, wie dies wirklich der Fall war, mit der Abgabe seiner Erklärung in Verzug, so berechnete auch dies den Kläger nicht, nunmehr an Stelle des Beklagten die Wahl zu treffen und so die zum definitiven Kaufabschlusse nöthige Willenserklärung des Beklagten seinerseits in dem ihm beliebigen Sinne zu ergänzen. Andererseits war denn auch der Kläger vor der Wahl des Beklagten nicht verpflichtet, sich zu decken, sondern konnte damit zuwarten, bis der Kaufvertrag selbst durch die Wahl des Beklagten zum Abschlusse gelangt war. Danach kann der Kläger dem Beklagten die Beträge für Anschaffung und Lagerung russischen Petrols nicht in Rechnung bringen, da Beklagter nicht verpflichtet ist, die fragliche Anschaffung als auf seine Rechnung geschehen gelten zu lassen. Wie es sich verhielte, wenn der Kläger vorsorglich in beiden Waarenarten, sowohl in amerikanischem als in russischem Petrol sich gedeckt hätte, braucht

nicht untersucht zu werden, da dies in Wirklichkeit nicht geschehen ist. Nach Lage der Sache geht der Interessenanspruch des Klägers, wie die Vorinstanzen annehmen, einfach auf Ersatz desjenigen Gewinnes, den er gemacht hätte, wenn er zur vertragsmäßigen Lieferungszeit (d. h. bis 26. Juli 1886) 9500 Faß Petrol hätte liefern können. Dabei kann, da dem Beklagten die Wahl zustand, nur derjenige Gewinn in Betracht fallen, welchen der Kläger sowohl bei Lieferung amerikanischen als bei Lieferung kaukasischen Petrols gemacht hätte, und ist im Fernern davon auszugehen, daß innerhalb der vertraglichen einjährigen Frist der Beklagte in Bestimmung der Lieferungsstermine nicht gebunden war, also das ganze vertragliche Quantum auch auf einmal, zu Ende der vertraglichen Frist, beziehen konnte. Letzteres ist zwar vom klägerischen Anwalte heute bestritten und behauptet worden, nach Sinn und Geist des Vertrages hätte der Beklagte die Waare successive, in monatlichen Lieferungen (von März bis Juli) beziehen müssen. Allein diese Einwendung ist nicht begründet. Die gegentheilige Annahme der Vorinstanzen erscheint nicht als eine rechtsirrhümliche, sondern ist im Gegentheile nach dem Wortlaute des Vertrages, welcher dem Beklagten den Bezug unbeschränkt während der ganzen Dauer eines Jahres gestattet, durchaus begründet. In Betreff der Höhe des danach zu erzielenden entgangenen Gewinns ist klar, daß es sich hier nicht um einen ziffermäßig genau nachweisbaren Betrag handelt, sondern daß eine ungefähre Abschätzung nach freiem richterlichem Ermessen (Art. 116 Absatz 2 D.-R.) Platz greifen muß. Als Anhaltspunkt kann dabei die von den Vorinstanzen erhobene Expertise dienen, während von Veranstaltung einer Oberexpertise Umgang zu nehmen ist, da auch Sachverständigen eine genaue Taxation des eingetretenen Nachtheils im vorliegenden Falle nicht möglich wäre. Die vorinstanzlichen Sachverständigen bezeichnen nun den Betrag von 1 Fr. per 100 Kilo als Minimum des Gewinnes, auf welchen der Kläger bei Eingehung des Vertrages habe rechnen können, und die Vorinstanzen haben sich damit begnügt, dem Kläger dieses Minimum zuzusprechen. Dies erscheint nicht als gerechtfertigt; vielmehr rechtfertigt es sich, dem Kläger eine diesen Minimalbetrag übersteigende Entschädigung zuzubilligen, also die Entschädigung so zu bemessen,

daß sie den dem Kläger entstandenen erstattungsfähigen Nachtheil jedenfalls deckt. Es kann um so weniger einem Bedenken unterliegen, von dem dem Richter zustehenden freien Ermessen bei der Schadensberechnung in diesem Sinne Gebrauch zu machen, als das Verhalten des Beklagten offenbar ein bewusst rechtswidriges war. In Berücksichtigung aller Verhältnisse rechtfertigt es sich, die vorinstanzlich gesprochene Entschädigung um circa 50 Cts. per 100 Kilo, in runder Summe auf 20,000 Fr. zu erhöhen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Weiterziehung des Klägers wird dahin als begründet erklärt, daß die dem Kläger vom Beklagten zu bezahlende Summe auf 20,000 Fr. (zwanzig Tausend Franken) nebst Zins zu 5% seit 26. Juli 1886 erhöht wird; im Uebrigen hat es bei dem angefochtenen Urtheile des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 6. Juni 1889 sein Bewenden.

108. Urtheil vom 5. Oktober 1889  
in Sachen Unfallsversicherungsgesellschaft Zürich  
gegen Stamm.

A. Durch Urtheil vom 8. August 1889 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Es wird das erstinstanzliche Urtheil bestätigt. Beklagte Appellantin trägt ordentliche und außerordentliche Kosten zweiter Instanz mit einer Urtheilsgelühr von 60 Fr. Das erstinstanzliche Urtheil des Civilgerichtes Basel ging dahin: Beklagte ist zu Zahlung von 4651 Fr. 30 Cts. nebst Zins zu 5% ab 4000 Fr. seit 13. September 1888 und ab 651 Fr. 30 Cts. vom 9. April 1889 sowie zu den ordinären und extraordinären Prozeßkosten verurtheilt.

B. Gegen das zweitinstanzliche Urtheil ergriff die Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt ihr Anwalt: Es sei in Abänderung der vorinstanzlichen Urtheile die Klage gänzlich abzuweisen, eventuell sei

die der Beklagten aufzulegende Leistung auf eine Rente von 348 Fr., weiter eventuell einen Kapitalbetrag von 2000 Fr. herabzusetzen, eventuell seien wenigstens die Kosten des Vorprozesses mit 651 Fr. 30 Cts. aus der der Beklagten aufzulegenden Leistung zu beseitigen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Dagegen beantragt der Anwalt des Klägers, es sei die gegnerische Beschwerde abzuweisen und das vorinstanzliche Urtheil zu bestätigen unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger hat laut Police Nr. 13,501 d. d. 13. Juni 1883 und Anhang d. d. 4. September 1884 bei der Beklagten zu Gunsten der bei seinen Bauunternehmungen angestellten und beschäftigten Personen gegen die materiellen Schadensfolgen körperlicher Berufsunfälle Kollektivversicherung auf die Höhe von 2000 Fr. per Kopf genommen sowie gleichzeitig eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen. Die Police enthält unter Andern folgende Bestimmungen: § 7: „Die Gesellschaft leistet aus der bestehenden Versicherung, soweit die Police nicht abweichende besondere Bestimmungen enthält... B. Wenn durch den Unfall eine vor-  
„ausichtlich lebenslängliche Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit (Invalidität) des Verunglückten veranlaßt worden ist  
„und zwar sofern der Verunglückte völlig erwerbsunfähig (ganz  
„invalid) geworden ist, a. an verheirathete männliche Verun-  
„glückte eine der doppelten Versicherungssumme entsprechende,  
„aus der untenstehenden Rententabelle ersichtliche lebensläng-  
„liche Rente... Die Gesellschaft ist auf Verlangen bereit, an  
„Stelle der „Rente eine einmalige Kapitalabfindung zu leisten.“  
§ 9 a. E.: „Alle nicht innerhalb sechs Monaten nach dem  
„stattgehabten Unfälle entweder von der Gesellschaft als rechts-  
„gültig anerkannten oder zur schiedsrichterlichen und kommis-  
„sariischen Entscheidung gebrachten oder aber mittelst förmlicher  
„Klage dem kompetenten Gerichte überwiesenen Ansprüche an die  
„Gesellschaft sind mit diesem Zeitablaufe ohne weiteres erloschen.  
„Ausgenommen von dieser Bestimmung sind jedoch die haftpflich-  
„tigen Unfälle, für deren Ersatz die Gesellschaft innerhalb der ge-  
„setzlichen Verjährungsfristen eventuell aufzukommen hat.“ § 10: