

versprochen, und der vom Beklagten betonte Umstand, daß den Prospekten die Überschrift „Gießerei und Maschinenfabrik Konstanz“ vorangedruckt ist, sowie seine Behauptung, daß ihm Klägerin bis anhin immer nur eigenes Fabrikat geliefert habe, reichen für die Annahme nicht hin, daß diese Eigenschaft stillschweigend zugesagt worden sei. Bezüglich der gerügten Mängel in der Ausführung enthält das angefochtene Urteil keine tatsächlichen Feststellungen. Es bedarf daher der vom kantonalen Gerichte festgestellte Thatbestand der Bervollständigung. Nach Art. 82 D.-G. hat das Bundesgericht in einem solchen Falle die notwendigen neuen Feststellungen selbst vorzunehmen, sofern dies auf Grund der vorhandenen Akten geschehen kann, und dies trifft in casu angesichts der in dem Prozesse erhobenen gerichtlichen Expertise zu. Diese Expertise kommt zu dem Resultate, daß die Maschinen zu dem Preise, zu welchem sie dem Beklagten verkauft worden sind, mit Ausnahme von wenigen Exemplaren annehmbar erscheinen. Bezüglich dieser wenigen Exemplare die Wandlung eintreten zu lassen, würde sich nach den vorliegenden Umständen offenbar nicht rechtfertigen. Es ist daher dem Beklagten bloß der Ersatz des Minderwertes zuzusprechen. Eine genaue Feststellung dieses Minderwertes ist nun freilich in der genannten Expertise nicht enthalten; eine Rückweisung an die Vorinstanz bezüglich dieses Punktes würde jedoch angesichts des geringen materiellen Streitwertes, der zu den Kosten einer Rückweisung in keinem vernünftigen Verhältnis stände, nicht gerechtfertigt erscheinen. Nach freiem richterlichem Ermessen, welches gemäß Art. 116, Abs. 2 D.-R. hier Platz zu greifen hat, erscheint es angemessen, den Minderwertanspruch auf denjenigen Betrag anzusetzen, den die Klägerin dem Beklagten freiwillig offeriert hat, d. h. auf im Ganzen 78 Fr.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Beklagten und Widerklägers wird teilweise als begründet erklärt, und das Urteil des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 5. Dezember 1895 dahin abgeändert, daß der Klägerin ihr Klagebegehren in einem reduzierten Betrage von 2565 Fr. 60 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 16. No-

vember 1893 zugesprochen und Beklagter verpflichtet wird, derselben für die kantonale Instanz eine reduzierte Prozeßkostenvergütung von 800 Fr. zu leisten. Im übrigen wird das Urteil bestätigt.

85. Urteil vom 24. April 1896 in Sachen
Dütschler gegen Lavie.

A. Durch Urteil vom 6. Februar 1896 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen erkannt: Die Klage ist geschügt.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrage auf Abweisung der Klage und unter Verrechnung der Schadenersatzansprüche gegenüber der Klägerin. In der heutigen Verhandlung wiederholt der Vertreter des Berufungsklägers diesen Antrag; der Anwalt des Berufungsbeklagten beantragt Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 30. August 1893 kam zwischen dem Beklagten Dütschler in St. Gallen und der in Marseille ein Engros-Mehlgeschäft betreibenden Klägerin, mit der er schon seit längerer Zeit in Geschäftsverkehr gestanden war, durch Vermittlung der Marseiller Makler H. Müller und A. Pignatel ein Kaufvertrag über 900 Ballen Gries zu stande. Die dem Beklagten an diesem Tage von dem genannten Makler übersandte Abschlusnote lautet: « 900 balles de 100 kilos net, semoule de blés durs, SSSE, SSSG et SSSF de qualité saine, fraîche et franches de vice, de son estampe et de sa fabrication, garantie afrique et Taganrock exempte de blés de Syrie. Les livraisons auront lieu à la demande de l'acheteur, sur les mois d'octobre, novembre décembre 1893, et janvier, février, mars, avril, mai et juin 1894 à raison de 100 balles par mois, dont 60 % environ SSSF et 40 % SSSE et SSSG. Les prix sont convenus à fr. 23. 50 les SSSE et SSSG, fr. 21. 50 les SSSF. Les 100 kg. net à tout entrepôt, rendus franco en gare Marseille. 2 toiles à rendre, payement 60 jours sans escompte à la Banque de

Toggenbourg, comptoir St. Gall, affaire à confirmer par lettre. » Am 31. August bestätigte die Klägerin dem Beklagten diesen Kaufabschluss, während Beklagter dies erst mit Zuschrift vom 25. September 1893 gegenüber der Klägerin that, jedoch mit der Modifikation, daß einerseits die Waare franco Bahnhof Marseille nach St. Gallen geliefert werde, und andererseits die Qualität stets einer früheren Waarensendung vom 11. August gleichen Jahres entsprechen müsse. Die Klägerin nahm diese Begehren des Beklagten stillschweigend entgegen. In Ausführung dieses Vertrages wurden mit Fakturen vom 4. Oktober und 11. Dezember 1893, 9. März 26. April und 1. Juni 1894 im Ganzen 325 Ballen, nämlich 180 Ballen SSSF, 100 Ballen SSSE und 45 Ballen SSSG geliefert, welche Beklagter trotz mehrfacher Beanstandung hinsichtlich der Qualität behalten und auch bezahlt hat. Aus der auf diese Lieferungen sich beziehenden Korrespondenz zwischen den Parteien ist hervorzuheben, daß Beklagter sich mit Schreiben vom 30. März 1894 jeweilen vor Ablieferung des Grieses ihm zuzuhende Qualitätsproben ausgebenen hatte, welchem Begehren Klägerin entsprach, ferner daß Beklagter wiederholt bezüglich der Qualität verlangte, daß die Waare der bereits erwähnten Augustlieferung entsprechen müsse, ohne daß Klägerin hiegegen Einsprache erhob. Am 4. August 1894 verlangte Klägerin die sofortige Abnahme der rückständigen 575 Ballen, da sie mit Rücksicht auf die ihr stets bereiteten Schwierigkeiten nicht länger zuwarten wolle und der Termin zur Abnahme bereits Ende Juni abgelaufen sei; sie erklärte, sie setze den Beklagten in Verzug und werde nichtentsprechenden Falls nach Art. 108 D.-R. gegen ihn vorgehen. Am 8. August wies Beklagter die Zumutung sofortiger Abnahme der 575 Ballen zurück und erklärte, er trete nun endlich vom Vertrage zurück, welche Erklärung er am 16. und 23. August 1894 bestätigte. Am 25. August erwiderte Klägerin, daß sie die Angelegenheit einem Anwalt übergeben habe. Mit Schreiben vom 7. März 1895 eröffnete der Anwalt der Klägerin dem Beklagten, er werde angesichts seiner Erklärung, den Vertrag nicht zu halten, von Aufsetzung einer Frist nach Art. 122 D.-R. Umgang nehmen; dagegen werde Beklagter für den begangenen Vertragsbruch verantwortlich erklärt; die nicht bezogene Waare

werde in Marseille verkauft werden. Auf Betreiben der Klägerin ließ das Tribunal de commerce in Marseille am 28. März 1895 durch einen beeidigten Makler eine Expertise über die noch in Marseille lagernden, für den Beklagten bestimmten Waaren erheben, welche dahin lautete, daß die von der Klägerin dem Beklagten offerierten Griesse von guter Qualität seien und den Parteiabmachungen entsprechen. Daraufhin bewerkstelligte die Klägerin am 2. April 1895 die öffentliche Versteigerung der restierenden Ballen, woraus sich ein Bruttoerlös von 7529 Fr. und nach Abzug der Gebühren des Maklers und der Versteigerungskosten ein Nettoerlös von 7296 Fr. 40 Cts. ergab. Am 27. April 1895 leitete Klägerin gegen den Beklagten Klage auf Bezahlung von 5596 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 2. April 1895 ein. In ihrer Prozeßrechnung erklärte sie, von den bestellten 900 Ballen habe Beklagter 325 Ballen behalten und bezahlt; er schulde noch 360 Ballen SSSF à 21 Fr. 50 Cts. und 215 Ballen SSSE und SSSG à 23 Fr. 50 Cts., total 12,792 Fr. 50 Cts., sowie für 100 nicht retournierte Säcke 100 Fr., davon abgezogen den Nettoerlös der Versteigerung der nicht abgenommenen Waare in Marseille ergebe sich eine Forderung der Klägerin von 5596 Fr. 10 Cts. Zur Begründung ihrer Klage führte sie sodann im wesentlichen aus: Da Beklagter schriftlich und thatsächlich verweigert habe, den Vertrag auf Bezug der 900 Ballen Gries vollständig zu vollziehen, sei er schadenersatzpflichtig. Die Einrede, die gelieferte Waare habe der bedungenen Qualität nicht entsprochen, sei unwahr und könne überhaupt nicht mehr gehört werden; denn die vollzogenen Lieferungen habe Beklagter durch Annahme und Bezahlung genehmigt; selbst bei Mängeln derselben wäre Beklagter nicht berechtigt gewesen, den ganzen Kauf zu annullieren. Der der Klägerin durch den Nichtvollzug des Kaufes erwachsene Schaden, für welchen Beklagter gemäß Art. 110 und 111 D.-R. ersatzpflichtig sei, sowie für die zurückgehaltenen 100 Säcke belaufe sich auf die eingeklagte Summe. Da als Endtermin der Lieferungen der Monat Juni 1894 festgesetzt worden sei, befände sich Beklagter von da an in Verzug; immerhin habe Klägerin gütlich dem Beklagten noch anerbieten, die Liefertermine bis Ende 1894 zu verlängern. Wegen

der Verweigerung des Bezuges sei Klägerin daher berechtigt gewesen, nach gemachter Androhung die Waare durch Verfügung des Richters verkaufen zu lassen (Art. 108 O.-R.). Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Der Kaufvertrag vom 30. August 1893 sei ein Kauf nach Muster gewesen, indem er auf Grund desselben Verkaufsmusters, das am 18. gleichen Monats zu einem Probeabschluss geführt habe, ergangen sei. Maßgebend für den Inhalt des Vertrages sei nämlich nicht bloß die Schlusskarte vom 30. August, sondern auch die vorangegangene Korrespondenz und das Bestätigungsschreiben des Beklagten vom 25. September 1893, woraus hervorgehe, daß nicht nur die im Schlusszettel bezeichneten Typen, sondern Konformität mit der Waare des Kaufes vom 11. gl. Mts. ausbedungen worden sei. Die erfolgten Teillieferungen liegen nicht mehr im Streit, sondern seien vom Beklagten, wenn auch unter Protest, angenommen und bezahlt worden. Die Weigerung der Abnahme des Restes von 575 Ballen sei erfolgt wegen mangelnder Musterkonformität beziehungsweise wegen Nichtempfangbarkeit der zu liefernden Waare. Da die Beklagte die Waare, soweit die Pflicht zu deren Abnahme streitig sei, gar nicht in Empfang genommen, sondern zum Vorneherein deren Musterkonformität beziehungsweise Empfangbarkeit bestritten habe, so sei Klägerin für die Empfangbarkeit beweispflichtig, gleichgültig, ob man es mit einem Kauf nach Muster, oder einem einfachen Kauf zu thun habe, und zwar schon deshalb, weil Ausfallsproben bedungen und diese ausdrücklich als nicht vertragsgemäß zurückgewiesen worden seien. Den ihr obliegenden Beweis der Musterkonformität bezw. der Empfangbarkeit der Waare habe Klägerin weder angetragen, noch geleistet. Hievon abgesehen müsse die Klage abgewiesen werden, da Klägerin sich mit Unrecht der Verkaufselbsthilfe bedient und dieselbe auch nicht bona fide ausgeführt habe. Die gesetzlichen Voraussetzungen der Verkaufselbsthilfe hätten gefehlt, und sie sei nicht vom kompetenten Richter bewilligt worden. Wie das Resultat dieses Selbsthilfeverkaufs zeige, sei die Versteigerung zum Schaden des Käufers mala fide monatelang auf die Zeit der niedrigsten Preise verlegt worden.

2. Die Kompetenz des Bundesgerichtes ist von dem Berufungs-

beklagten nicht in Zweifel gezogen worden, und in der That vorhanden. Augenscheinlich ist dies der Fall hinsichtlich des erforderlichen Streitwertes; aber auch mit Bezug auf das anzuwendende Recht sind die gesetzlichen Voraussetzungen der Berufung gegeben. Streitig ist in casu, ob der Beklagte sich mit der Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen als Käufer im Verzug befunden habe und welche Rechtswirkungen sich an diesen Verzug knüpfen. Es handelt sich also um die Beurteilung der der Regelung durch den Parteiwillen anheimgegebenen Wirkungen eines obligatorischen Rechtsgeschäftes, und hiefür ist, gemäß konstanter Praxis des Bundesgerichtes (vgl. Amtl. Slg. der bundesgerichtlichen Entscheidungen XVI, S. 795 Erw. 3), in erster Linie dasjenige örtliche Recht als maßgebend zu betrachten, dem die Parteien beim Geschäftsabschluss ihr Rechtsverhältnis haben unterstellen wollen. Da sich nun beide Parteien, sowohl in ihrer Korrespondenz, als auch im Prozesse, ausschließlich auf das am Domizil des Beklagten geltende, schweizerische Recht berufen haben, ist die Annahme begründet, daß sie das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis von Anfang an diesem Rechte haben unterstellen wollen. Damit ist die Anwendbarkeit des eidgenössischen Rechtes für den vorliegenden Rechtsstreit gegeben und die in Art. 56 O.-R. geforderte Voraussetzung der bundesgerichtlichen Kompetenz erfüllt.

3. In der Sache selbst hat der Beklagte nicht bestritten, die Abnahme der ihm von der Klägerin anerbauten 575 Ballen Gries, wozu er laut Vertrag vom 30. August 1893 verpflichtet gewesen wäre, verweigert zu haben. Dagegen behauptet er, hiezu wegen mangelnder Musterkonformität, beziehungsweise Nichtempfangbarkeit der zu liefernden Waare berechtigt gewesen zu sein und stellt sich dabei in erster Linie auf den Standpunkt, daß der mit der Klägerin abgeschlossene Kauf ein Kauf nach Muster gewesen sei. Dieser letztern Auffassung kann indessen nicht beigetreten werden. Unter einem Kauf nach Muster im Sinne des eidgenössischen O.-R., Art. 267, ist nur ein solcher Kauf zu verstehen, bei welchem ein Muster einer Vertragspartei anvertraut wird, und die Beschaffenheit der Waare durch Vergleich mit diesem Muster festgestellt werden soll. Nun ist in dem Schlußschein von einem

Muster überhaupt nicht die Rede; vielmehr werden darin die vereinbarten Eigenschaften der Waare ohne jeglichen Hinweis auf eine Probe bezeichnet, und es ist auch nicht behauptet worden, daß eine solche beim Abschluß des Kaufes dem Käufer zugestellt worden sei. Dagegen hat Beklagter in seinem Bestätigungsschreiben vom 25. September 1893 allerdings verlangt, daß die Waare konform einer frühern Lieferung, nämlich derjenigen vom 11. August, sein müsse, und Klägerin hat dieses Verlangen nicht zurückgewiesen, wie sie auch die wiederholten Behauptungen des Beklagten, daß Übereinstimmung der Waare mit jener Lieferung vereinbart worden sei, nie bestritten hat. Es ist daher anzunehmen, daß die Bedingung von der Klägerin in der That stillschweigend angenommen worden sei. Damit wurde jedoch der Kauf nicht in einen Musterkauf umgewandelt. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Beklagte noch von jener Augustlieferung herrührende Proben besessen und die Klägerin sich damit einverstanden erklärt hätte, daß diese Proben für die Prüfung der Empfangbarkeit der Waare maßgebend sein sollen. Eine dahin gehende Behauptung ist jedoch vom Beklagten nach den Akten nicht aufgestellt worden. Es kann auch keine Rede davon sein, daß der Kauf etwa durch die spätere Vereinbarung der Parteien, wonach die Klägerin dem Beklagten jeweilen vor Absendung einer Lieferung Ausfallmuster zu übermitteln hatte, in einen Kauf nach Muster umgewandelt worden wäre; denn jene Ausfallproben wurden nicht zu dem Zwecke übergeben, um damit die zugesicherten Eigenschaften festzustellen, sondern um dem Käufer zu zeigen, welche Waare ihm angeboten werde, und ihn in den Stand zu stellen, sich zum Voraus darüber zu vergewissern, ob dieselbe die vertragsmäßigen Eigenschaften besitze. Ein Kauf nach Muster liegt hiernach nicht vor, sondern es enthält jene von der Klägerin stillschweigend übernommene Verpflichtung eine bloße Ergänzung der bereits in dem Schlußscheine enthaltenen dicta et promissa, dahin gehend, daß die Waare die Qualität der Augustlieferung besitzen müsse. Eine Änderung in der Beweislast hinsichtlich der Empfangbarkeit der Waare, wie sie die Vorinstanz anzunehmen scheint, wird freilich hiedurch gegenüber dem Musterkauf nicht bewirkt; denn so lange der Käufer die Waare nicht empfangen hat, und die vertrags-

gemäße Qualität derselben bestritten, trifft die Beweislast für die Empfangbarkeit auch beim gewöhnlichen Kaufe den Verkäufer. In casu handelt es sich nun lediglich um denjenigen Teil des Kaufgegenstandes, welchen der Beklagte nicht empfangen hat. Die 325 Ballen, welche er empfangen hatte, sind von ihm bezahlt worden und liegen, nach übereinstimmender Erklärung beider Parteien, nicht mehr im Streit. Die Empfangbarkeit der noch zu liefernden Waare ist seitens des Beklagten allerdings bestritten worden; allein diese Bestreitung stützt sich lediglich darauf, daß die bisherigen Lieferungen nicht vertragsgemäß ausgefallen seien, weshalb nicht habe erwartet werden können, daß die Qualität der noch ausstehenden eine bessere sein würde. Mit dieser Bestreitung kann der Beklagte nicht gehört werden; denn eine Präsumption dafür, daß die spätern Lieferungen aus einem Genuskauf nicht vertragsgemäß ausfallen werden, weil die früheren es nicht gewesen seien, besteht nicht. Beklagter mußte daher abwarten, wie die künftigen Lieferungen ausgeführt werden, und durfte, da der Kaufgegenstand kein unteilbarer war, wegen Vertragswidrigkeit eines Teils, nicht vom ganzen Vertrage zurücktreten.

4. Durch diesen ungerechtfertigten Rücktritt vom Vertrage kam Beklagter in Annahmeverzug und Klägerin war daher berechtigt, nach ihrer Wahl entweder unter Vornahme des Selbsthülfeverkaufs auf der Erfüllung des Vertrages zu bestehen, oder aber gemäß Art. 122 und 124 O.-R. auch ihrerseits vom Vertrage zurückzutreten und daneben bei nachgewiesenem Verschulden des Beklagten Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu fordern. Dem oben angeführten Schreiben ihres Anwaltes vom 7. März 1895 ist nun zu entnehmen, daß sich Klägerin auf den letztern Standpunkt stellen, und auch ihrerseits, unter Belangung des Beklagten für den ihr aus der Nichterfüllung entstehenden Schaden, vom Vertrage zurücktreten wollte. Freilich ist sie diesem Standpunkt nicht konsequent verfahren, indem sie doch zum Selbsthülfeverkauf schritt und mit vorliegender Klage den Kaufpreis abzüglich des aus dem Selbsthülfeverkauf erzielten Erlöses forderte. Eine solche Klage stellt sich nämlich einfach als Erfüllungsklage dar, denn der Verkäufer, der nach Art. 108 O.-R. vorgeht und Zahlung der Differenz zwischen dem Erlöse des

Selbsthülfeverkauf und dem vereinbarten Kaufpreis verlangt, nimmt den Standpunkt ein, er habe durch das Erfüllungssurrogat des Selbsthülfeverkaufs den Vertrag seinerseits erfüllt und verlange nun seinerseits die Bezahlung des Kaufpreises, unter Verrechnung mit dem an Stelle der Realleistung tretenden Erlös des Selbsthülfeverkaufs. Allein andererseits hat Klägerin doch auch in ihrer Klagebegründung erklärt, sie verlange Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages, und sich dabei ausdrücklich auf Art. 110 und 111 D.-R. berufen, weshalb angenommen werden muß, sie habe ihren in dem erwähnten Schreiben vom 7. März 1895 eingenommenen Standpunkt nicht verlassen, sondern in der That ihr Klagebegehren im Sinne der Schadenersatzklage wegen Nichterfüllung stellen wollen. Als Erfüllungsklage könnte die vorliegende Klage allerdings nicht gutgeheißen werden. Ist der Verkäufer durch die Annahmeverweigerung des Käufers verhindert, durch effektive Lieferung den Vertrag seinerseits zu erfüllen, und besteht er gleichwohl auf Erfüllung desselben, so hat er darzutun, daß er seinerseits durch die ihm gesetzlich zustehende Surrogatleistung, als welche in concreto der Selbsthülfeverkauf erscheint, erfüllt habe. Die Vornahme dieser Surrogatleistung ist nun aber nicht unbedingt seinem freien Belieben anheimgegeben, vielmehr hat er hiebei, da es sich um die Erfüllung einer dem Käufer gegenüber eingegangenen Verbindlichkeit handelt, die Interessen desselben nach guter Verkehrsitte zu wahren. Der Verkäufer darf daher jedenfalls dann, wenn es sich, wie hier, um eine Waare handelt, die erheblichen Kursschwankungen unterliegt, den die Empfangnahme verweigernden Käufer nicht im Ungewissen lassen, ob er auf der Erfüllung bestehen wolle, oder nicht, und mit dem Selbsthülfeverkauf bis zu einem beliebigen, ihm vorteilhaft scheinenden Zeitpunkt zu warten. Wenn auch gesetzlich eine Frist zur Vornahme des Selbsthülfeverkaufs nicht vorgeschrieben ist, so verbietet doch die bona fides im Verkehr, daß der Verkäufer sein vertragliches Recht dazu mißbrauche, um auf unbestimmte Zeit auf Kosten des Käufers zu spekulieren (s. Entsch. des Bundesgerichtes vom 1. März 1895 in Sachen Agelasto gegen Wyrsch-Odermatt). Danach hatte die Klägerin nicht nur dem Beklagten auf seine Rücktrittserklärung hin die bestimmte Erklärung abzu-

geben, daß sie dieselbe nicht annehme und Erfüllung verlange, sondern sie war auch verpflichtet, wenn der Beklagte auf der Weigerung bestand, den Selbsthülfeverkauf ungehäumt vorzunehmen. Dieser Pflicht hat die Klägerin nicht genügt. Auf die Rücktrittserklärung des Beklagten antwortete sie lediglich mit der Eröffnung, daß sie die Angelegenheit einem Anwalt übergeben habe, und ließ sich von da an bis im März 1895 nicht mehr vernehmen, in welchem Monat sie den Beklagten für den Vertragsbruch verantwortlich erklärte, und endlich, am 28. jenes Monats, die einleitenden Schritte zu dem am 2. April zum Bollzug gelangenden Selbsthülfeverkauf that. Durch dieses lange andauernde Schweigen und Zuwarten mit der Vornahme des Selbsthülfeverkaufs hat aber die Klägerin nach den oben ausgeführten Grundsätzen das Recht, mit der Vertragsklage die Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem aus dem verzögerten Selbsthülfeverkauf gezogenen Erlös zu fordern, verwirkt, und es blieb ihr nur übrig, auch ihrerseits vom Vertrage abzustehen und gemäß Art. 124 D.-R. Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

5. Die Geltendmachung des Rücktrittsrechtes, verbunden mit der Schadenersatzforderung wegen Nichterfüllung, setzt, wenn es sich nicht um ein Firgeschäft handelt, nach Art. 122 D.-R. grundsätzlich voraus, daß der nicht säumige Teil dem säumigen vorerst eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung angesetzt und dieser die Frist nicht benützt habe. Wie jedoch das Bundesgericht wiederholt ausgesprochen hat, entfällt diese Pflicht in denjenigen Fällen, wo die Erfolglosigkeit der Fristansetzung von vornherein feststeht, und dies trifft in casu unzweifelhaft zu, indem es gegenüber der bestimmten Erklärung des Beklagten, nicht erfüllen zu wollen, als absolut ausgeschlossen erscheinen mußte, daß er sich nachträglich doch zur Empfangnahme entschließen werde, wenn ihm Klägerin hiezu eine angemessene Frist ansetze. Was sodann den nach Art. 124 D.-R. der Klägerin obliegenden Beweis des Verschuldens des Beklagten anbelangt, so ist derselbe angesichts der rechtlich ungerechtfertigten Weigerung des Beklagten den Vertrag zu erfüllen, ohne weiteres als erbracht anzusehen. Grundsätzlich ist damit die Schadenersatzpflicht des Beklagten be-

gründet. Über den Umfang des Schadenersatzes bestimmt Art. 116 D.-R., daß der ersatzpflichtige Schuldner jedenfalls den Schaden zu ersetzen habe, der bei Eingehung des Vertrages als unmittelbare Folge der Nichterfüllung vorausgesehen werden konnte, wobei der Betrag des Schadens nach freiem richterlichem Ermessen unter Würdigung der Umstände festzusetzen ist. Danach besteht der Anspruch des Verkäufers jedenfalls in dem Ersatz der Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und demjenigen Preise, den er zur Zeit der geschuldeten Abnahme durch den Weiterverkauf erlösen konnte, ferner in den vergeblichen Auslagen, welche dem Verkäufer infolge der Annahmeverweigerung voraussichtlich erwachsen mußten und wirklich erwachsen sind. Als Basis ihrer Schadensberechnung hat nun Klägerin einzig den Selbsthülfeverkauf genommen, und die Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem Erlös dieses Verkaufes mit Einrechnung der damit verbundenen Auslagen eingeklagt; allein aus den bereits angeführten Gründen ist klar, daß Klägerin sich auf diesen Selbsthülfeverkauf nicht berufen kann. Andere Auslagen, als die mit dem Selbsthülfeverkauf im Zusammenhang stehenden hat Klägerin nicht geltend gemacht. Es kommt also für die Schadensbemessung einzig der entgangene Gewinn in Betracht, und dieser ist, wie bemerkt, auf Grund derjenigen Preise zu berechnen, welche Klägerin zur Zeit der geschuldeten Empfangnahme durch den Beklagten aus dem Weiterverkauf der zu liefernden Waare lösen konnte, d. h. in der ersten Woche des Monats August 1894, als die bereits fällige Restlieferung von der Klägerin zum Bezug anerbieten, vom Beklagten durch seine Rücktrittserklärung zurückgewiesen worden war. In seinem heutigen Vortrage hat der klägerische Vertreter allerdings geltend gemacht, die Klägerin habe in ihrem Schreiben vom 7. August 1894 die Lieferungsfrist bis Ende Dezember 1894 erstreckt, allein dies geschah nur unter der Bedingung, daß Beklagter die Waare durch Müller und Pignatel in Marseille abnehmen lasse, und Beklagter ist auf diese neue Offerte nicht eingetreten. Davon, daß etwa die im Dezember 1894 geltenden Preise der Berechnung des entgangenen Gewinnes zu Grunde zu legen wären, kann daher keine Rede sein. Nun hat Klägerin behauptet, Beklagter hätte noch 360 Ballen SSSF zu

21 Fr. 50 Cts. und 215 Ballen SSSE und SSSG zu 23 Fr. 50 Cts. zu beziehen gehabt; dabei zählt sie jedoch 35 Ballen SSSF und 15 Ballen SSSE und SSSG mit, welche sie am 2. Juli 1894 demselben geliefert, auf dessen Beanstandung hin jedoch durch die Anweisung, er solle sie dem Leigwaarenhändler Herzog in St. Gallen zur Verfügung halten, wieder zurückgenommen hat. Es ist klar, daß Klägerin wegen Nichtabnahme dieser 50 Ballen, bezüglich welcher sie die Dispositionsstellung des Beklagten angenommen hat, keine Schadenersatzforderung zu stellen berechtigt ist. In Betracht fallen hienach nur 325 Ballen SSSF und 200 Ballen SSSE und SSSG, bezüglich welcher feststeht, daß der Beklagte deren Annahme und Bezahlung ungerechtfertigt verweigert hat. Zu welchem Preise Beklagter diesen Rest in der ersten Woche August 1894 hätte verkaufen können, hat die Klägerin, soweit aus den Akten ersichtlich, allerdings nicht angegeben, indem sie sich eben einfach auf ihren Selbsthülfeverkauf bezog. Immerhin ist der zwischen den Parteien geführten Korrespondenz zu entnehmen, daß zu jener Zeit der Preis für SSSF um etwa 6 Fr. und derjenige für SSSE und SSSG um etwa 7 Fr. gegenüber dem zwischen den Parteien vereinbarten Kaufpreise gesunken war. Auf Grund dieses Preisrückganges ist der Betrag des der Klägerin zuzusprechenden Schadenersatzes gemäß Art. 116 Abs. 2 D.-R. ex æquo et bono, mit Inbegriff der nicht bestrittenen Forderung von 100 Fr. für nicht zurückgegebene Säcke, auf 3500 Fr. anzusetzen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Beklagten wird als teilweise begründet erklärt, und der Betrag, den derselbe der Klägerin zu bezahlen hat, auf 3500 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 2. April 1895 reduziert. Im übrigen wird das Urteil des Kantonsgerichtes vom 6. Februar 1896 bestätigt.