

dereesse a semblé vouloir soutenir que les subventions avaient été accordées, sinon à fonds perdu, au moins sans obligation de reconstituer le capital nécessaire à leur remboursement.

Cette assertion trouve sa réfutation, d'une part dans l'art. 5 des statuts revisés, qui déclare que les actions de subvention font partie du capital, et d'autre part, dans les bilans mêmes de la compagnie, lesquels ont toujours et sans opposition aucune, porté au passif le montant des actions de subvention, ce qui impliquait l'obligation légale de la reconstitution complète du capital avant de distribuer des dividendes.

Enfin il est clair qu'en votant des subventions, les Etats, provinces et communes entendaient venir en aide à une œuvre d'intérêt général, et non faire un cadeau aux porteurs des actions ordinaires du Jura-Simplon.

Or c'est précisément à ce second résultat qu'aboutiraient les subventions si l'on ne reconnaissait pas à la charge de la compagnie l'obligation de reconstituer son capital.

En effet, le déficit que présentait sa situation ne provenait pas de l'entreprise du Simplon, mais de causes antérieures. Il existait déjà au moment où les subventions ont été votées. Si la compagnie avait dû liquider en 1897, elle se serait trouvée en présence d'un déficit considérable, qui serait retombé sur les actions ordinaires.

Les subventions n'étaient nullement destinées à combler ce déficit. Les Etats subventionnants ont consenti, il est vrai, à ce que les actions de subvention ne fussent remboursées qu'après les ordinaires; ils ont par là considérablement amélioré la situation de ces dernières, mais ils n'ont nullement délié la compagnie de l'obligation de reconstituer son capital avant de distribuer des bénéfices.

14. — La conclusion subsidiaire tendant à obtenir qu'en exécution de la décision de l'assemblée du 29 juin 1901 concernant l'emploi de la somme de 3 586 025 fr. 52 c. attribuée aux fonds d'amortissements, la compagnie soit condamnée à réserver les droits des actions privilégiées et ordinaires conformément à l'art. 24 des statuts, doit encore être écartée.

D'après l'art. 24 ci-dessus, les actions privilégiées et ordinaires n'ont des droits que sur le bénéfice résultant du bilan. Or si l'on admet que les décisions de l'assemblée sont conformes aux statuts et à la loi, la somme de 3 586 025 fr. 52 c. ne fait pas partie de ce bénéfice. Les actions privilégiées et ordinaires n'ont en conséquence aucun droit sur elle.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Les conclusions de la demanderesse sont écartées comme non fondées.

61. *Urteil vom 21. November 1902, in Sachen  
Simburger, Kl. u. Ver.-Kl., gegen Handschin & Rouss,  
Bekl. u. Ver.-Bekl.*

*Kauf auf Raten-Lieferungen. — Erfüllungsklage des Verkäufers auf Abnahme der Ware und Bezahlung des Kaufpreises. Art. 260 O.-R. Einseitiger Rücktritt des Käufers wegen angeblich nicht vertragsgemässer Lieferung einer Rate. Genehmigung der Lieferung, liegend in der vorbehaltlosen Bezahlung. — Vertragsauslegung. — Verzicht des Verkäufers auf den Standpunkt, der Rücktritt des Käufers sei unbegründet? Gutheissung der Klage unter Vorbehalt der Rechte des Käufers auf vertragsgemässe Lieferung.*

A. Durch Urteil vom 29. August 1902 hat das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft erkannt :

Das Urteil des Bezirksgerichtes Dieftal vom 30. Mai 1902, lautend :

„Der Kläger wird mit seiner Klage und die Beklagte mit ihrer Widerklage, soweit sie nicht zurückgezogen worden ist, abgewiesen“, wird bestätigt.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und in gesetzlicher Form die Berufung an das Bundesgericht eingereicht, mit dem Antrage: In teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils sei zu erkennen :

„1. Daß die Firma Handschin & Konus in Liestal gerichtlich verurteilt sei, dem Kläger J. B. Limburger jun. gemäß Rechnungsauffstellung vom 30. Juni 1900 für bis zum genannten Zeitpunkte zu beziehende Ware einen Fakturabetrag von 8227 Mk. 65 Pfg. oder 10,284 Fr. 56 Cts. nebst gesetzlichem Verzugszins davon à 5 % seit 30. Juli 1900 zu bezahlen, wobei es der beklagten Firma Handschin & Konus überlassen sei, die restierenden Rg. 1443. 45 Zephyr Qualität 20,146 in Nr. 2/52 oder 2/48 oder 2/26 abzurufen.

„Eventuell

„Daß die beklagte Firma Handschin & Konus gerichtlich zu verurteilen sei, gemäß Bestellsvertrag vom 1. November 1899 die bis zum 30. Juni 1900 noch nicht bezogenen Rg. 1443. 45 Zephyr Qualität 20,146 nach Mitgabe der erwähnten Bestellung zu beziehen und den vereinbarten Preis für dieses Quantum gemäß Rechnungsauffstellung vom 30. Juni 1900 mit 8227 Mk. 65 Pfg. oder 10,284 Fr. 56 Cts. nebst gesetzlichem Verzugszins davon à 5 % seit 30. Juli 1900 an den Kläger J. B. Limburger jun. zu bezahlen.

„2. Daß die beklagte Firma Handschin & Konus gerichtlich verurteilt sei, dem Kläger J. B. Limburger jun. für denjenigen Schaden angemessene und gerichtlich festzusetzende Entschädigung zu bezahlen, welcher dem Kläger J. B. Limburger jun. durch das vertragswidrige Verhalten der beklagten Firma Handschin & Konus mit Bezug auf den erwähnten Bestellsvertrag vom 1. Nov. 1899 entstanden ist und noch entstehen wird.“

Diesen Berufungsanträgen hat der Kläger folgende Erklärungen beigelegt:

„1. Der Kläger J. B. Limburger jun. war stetsfort und namentlich bis 30. Juni 1900 bereit, seinerseits die von der beklagten Firma Handschin & Konus bis zum 30. Juni 1900 noch nicht bezogenen Rg. 1443. 45 Zephyr Qualität 20,146 bestellungsgemäß zu liefern.

„2. Der Kläger J. B. Limburger ist auch heute noch bereit, den mehrerwähnten Rest der Bestellung vom 1. November 1899 auf angemessenen Abruf hin zu effektuieren.

„3. Das sub 2 gestellte Rechtsbegehren auf Schadenersatz wird

„bloß prinzipiell und für den Fall gestellt, daß die Preise der in Frage stehenden Ware gegenüber den am 30. Juni 1900 vom Kläger für die von ihm zu liefernde Ware zu bezahlenden Preisen in die Höhe gehen sollten. Der Berufungskläger J. B. Limburger jun. präzisiert daher das erwähnte Schadenersatzbegehren dahin, daß er verlangt, es möchten die Beklagten Handschin & Konus für den Fall des Steigens der Preise für Zephyr gegenüber den Preisen vom 30. Juni 1900 grundsätzlich zum Erfasse des ihm dadurch entstehenden Schadens verurteilt werden.

„4. Unter allen Umständen verwahrt sich der Berufungskläger J. B. Limburger jun. alle Schadenersatzansprüche gegenüber den Beklagten Handschin & Konus wegen deren vertragswidrigem Verhalten bestens.

„5. Der Berufungskläger J. B. Limburger jun. erklärt schließlich, daß er bereit ist, gegen sofortige Bezahlung einer Summe von 2175 M. 17, d. h. eines Betrages von 1 M. 50 für die von der Firma Handschin & Konus noch nicht bezogenen Rg. 1443. 45 seitens der genannten Firma letztere von der Abnahme des erwähnten Restquantums zu liberieren.“

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Klägers diese Berufungsanträge erneuert, der Vertreter der Beklagten dagegen auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Auf Grund einer von Mustern begleiteten Offerte von C. Rommel in Stuttgart, „Vertreter von Baumwolle-, Wolle- und Leinengarnspinnereien“, vom 28. September 1899, bestellten die Beklagten, Inhaber einer mechanischen Spinnerei in Liestal, am 30. gleichen Monats „eine Probefendung von 100 Kilos 2/52 nach Muster à 5 1/2 Mark;“ im Bestellbrief schrieben sie: „Wir setzen voraus, daß in der Ware keine schwarzen oder überhaupt dunkeln Haare vorkommen und sich dieselbe zum Bleichen und Färben eignet. Wenn die 100 Kilos versandt-bereit werden, werden wir Ihnen Versandinstruktion erteilen und hoffen wir, daß diese Probe bald zu haben sein wird.“ Am 1. Oktober bestätigte Rommel, am 2. gl. Wts. der Kläger diesen Auftrag; die Sendung erfolgte dann laut Versandinstruktion an

Jenny & Weigel in Karau (die Färber der Beklagten), mit Faktur vom 9. Oktober 1899. Am 1. November 1899, nach einem Besuche eines Reisenden Kommels, Graf, und eines solchen des Klägers, Altmann, bei ihnen, haben dann die Beklagten beim Kläger schriftlich bestellt: „2000 Kilos abnehmbar bis Ende 1900 „auf Basis 2/48 (Marke)/5.60 (Preis), 2/52 (Marke)/5.70 (Preis), 2/26 (Marke)/5.40 (Preis), andere Nummern laut „Skala..... Qualität wie gehabt, nämlich 20,146.“ Der Kläger nahm diese Offerte am 1./3. November an. Die Ware wurde wie folgt gesandt:

Am 6. Nov. 1899 P. 30 (Partie) 4,750 Kg. 2/48 Zephyr 20,146 M. 27.40.

Am 21. Nov. 1899 P. 32 4,750 Kg. 2/52 Zephyr 20,146 M. 27.85.

Am 23. Nov. 1899 P. 32 126,8 Kg. 2/52 Zephyr 20,146 M. 722.75.

Am 27. Nov. 1899 P. 33 120 Kg. 2/52 Zephyr 20,146 M. 684.

Unter dem 27. November 1899 schrieben die Beklagten dem Kläger, sie haben „aus dem sub 6. November fakturierten Probe- „bündel Muster erstellen lassen und entdecken mit Schrecken eine „ganze Menge grober schwarzer Haare“; solche Ware könnten sie absolut nicht verwenden. Der Kläger antwortete am 29. gl. Mts., die Qualität 2/48 Zephyr 20,146 P. 30 sei keine Primaware, es sei nicht ausgeschlossen, daß grobe schwarze Haare sich darin befinden; die Ware sei jedoch nach Muster gekauft. Gleichzeitig offerierte der Kläger die weitere Ausführung des Auftrages in besserer Qualität, „welche den erwähnten Übelstand nicht so sehr aufweist“, nämlich aa Qualität Marke Pretiosa, Basis 48/2 à 6 M. 25 per Kg. Die Beklagten erwiderten am 1. Dezember, daß beanstandete Bündel sei eben nicht musterkonform. Ware mit den schwarzen Haaren könnten sie absolut nicht verwenden; der Kläger solle nur Ware wie die Musterpartie P. 26 vom 9. Oktober liefern, dann werden sie vollständig zufrieden sein. An diese Briefe schloß sich eine lebhafteste Korrespondenz zwischen den Beklagten und Kommel, sowie dem Kläger einerseits, dem Kläger und seinem Spinner (Creutznach & Scheller in Dresden) anderseits,

worin die Beklagten auch die Sendungen vom 23. und 27. November wegen Vorkommens schwarzer Haare beanstandeten. Die Korrespondenz führte zu keinem Resultate, und es ist aus ihr lediglich hervorzuheben, daß der Kläger mit Brief vom 10. Januar 1900 an die Beklagten Annullierung des Auftrages anbot, worauf die Beklagten am 13. gl. Mts. erwiderten: „ . . . geben „Sie selbst zu, daß die Ware schwarze Haare enthält und daß „solche in letzter Sendung reichlich vorhanden sind, können wir „Ihnen ohne Loupe nachweisen. Die Herren Graf und Altmann, „welche bei der Bestellung gegenwärtig waren, werden sich gewiß „noch erinnern, daß unser Herr Handschin namentlich betonte, es „dürfen keine schwarzen Haare in der Wolle vorkommen. Wir „erklärten uns mit der Probeseudung zufrieden und hatten hierauf „unsere Ordre gegeben. Wir verlangen auch heute nichts anderes, „als daß uns musterkonforme Wolle geliefert wird. . . .“ Der Kläger teilte den Beklagten die Antwort seines Spinners mit, daß dieser für das Vorkommen schwarzer und überhaupt dunkler Haare keine Garantie übernommen habe und auch nicht übernehmen könne, mit dem Beifügen, auch er, der Kläger, habe eine Garantie hierfür nicht übernommen (Brief des Klägers vom 26. Januar 1900). Am 23. Februar 1900 übermachten die Beklagten dem Kläger zur Begleichung der Fakturen vom 6., 21., 23. und 27. November 1899 einen Check von 1462 M.; gleichzeitig riefen sie weitere 300 Kg. der am 1. November 1899 bestellten Ware ab, mit dem Beifügen: „Wollen Sie gefl. dafür „besorgt sein, daß die Kalamität mit den schwarzen Haaren nicht „mehr vorkommt.“ Die Lieferung der 300 Kg. erfolgte auftragsgemäß in Partien von je 100 Kg. am 9. März, 26. März und 9. April 1900; die Lieferungen wurden am 25. April und 28. Mai mit 1140 und 570 M. vorbehaltlos bezahlt. In der Folge entspann sich wiederum eine Korrespondenz über die Verpflichtung der Beklagten, das Restquantum abzunehmen. Am 18. Juni 1900 schrieben die Beklagten, sie müssen den Vertrag als aufgehoben erklären. Der Kläger stellte den Beklagten unterm 30. Juni 1900 für das bis dahin noch nicht abgenommene Quantum von 1443 Kg. 45 Rechnung im Betrage von 8227 M. 65. Die Beklagten erklärten, sie könnten weitere Wolle

so, wie geliefert, nicht abnehmen, und sandten die Faktur zurück. Vergleichsversuche schlugen fehl. Am 14. September 1900 forderte der Rechtsanwalt des Klägers die Beklagten auf, zu erklären, ob sie bereit seien, das Restquantum, das der Kläger immer noch anbiete, abzunehmen. Die Beklagten antworteten ablehnend.

2. Mit Klageschrift vom 8./9. Januar 1901 hat nun der Kläger die Rechtsbegehren gestellt:

„1. Beklagte sei gerichtlich zu verurteilen, dem Kläger gemäß „Rechnungsaufstellung vom 30. Juni 1900 für bis zum genannten Zeitpunkt zu beziehende Ware einen Fakturabtrag von „8227 M. 65 oder 10,284 Fr. 56 nebst gesetzlichem Verzugszins „davon à 5 % sei 30. Juli 1900 zu bezahlen, wobei es der „beklagten Firma Handschin & Konus überlassen ist, die restierenden Kilos 1443. 45 Zephyr Qualität 20,146 in Nr. 2/52 „oder 2/48 oder 2/26 abzurufen.

„Eventuell, d. h. für den Fall, daß die Gerichte das sub 1 „hievor gestellte Rechtsbegehren dem Kläger nicht zubilligen „sollten: Beklagte Firma Handschin & Konus sei gerichtlich „zu verurteilen, gemäß Bestellsungsvertrag vom 1. November 1899 „die bis zum 30. Juni 1900 noch nicht bezogenen Kilos 1443. 45 „Zephyr Qualität 20,146 nach Mitgabe der erwähnten Bestellung zu beziehen und den vereinbarten Preis mit 10,284 Fr. 56 „nebst gesetzlichem Verzugszins davon à 5 % seit 30. Juli „1900 an den Kläger zu bezahlen.

„2. Die Beklagte sei gerichtlich zu verurteilen, dem Kläger für „denjenigen Schaden angemessene und gerichtlich festzusetzende Entschädigung zu bezahlen, welche dem Kläger durch das vertragswidrige Verhalten der Beklagten mit Bezug auf den erwähnten „Bestellsungsvertrag vom 1. November 1899 entstanden ist und „noch entstehen wird.“

Dabei hat er folgende Erklärung abgegeben:

„Der Kläger war stetsfort und namentlich bis 30. Juni 1900 „bereit, seinerseits die von der Beklagten bis am 30. Juni 1900 „noch nicht bezogenen Kilos 1443. 45 Zephyr Qualität 20,146 „bestellungsgemäß zu liefern.“

Die Beklagten haben auf Abweisung der Klage angetragen und ursprünglich widerlageweise eine Entschädigung von 1900 Fr.

vom Kläger gefordert; diese Widerklage haben sie indessen im Laufe des Prozesses nicht aufrecht gehalten. Ihr Standpunkt läßt sich wie folgt zusammenfassen: Beim Vertrag vom 1. November 1899 sei ausdrücklich vereinbart worden, daß die Ware keine dunkeln Haare aufweisen dürfe und speziell auch in dieser Beziehung der Musterseendung von 100 Kg. (vom 9. Oktober 1899) entsprechen müsse. Ganz vereinzelte schwarze Haare kommen ja freilich in jeder Wolle vor, doch dürfe das nicht in der Regel der Fall sein, wie in den Lieferungen des Klägers. Eine Genehmigung der beanstandeten Sendungen sei in der Zahlung der Fakturen nicht zu erblicken. Der Kläger habe in der Folge vertragsgemäße Ware angeboten; der Beweis für eine derartige Anbietung läge ihm ob. Zum Gegenbeweis beriefen sich die Beklagten auf ein Muster in roh von den Sendungen (Sep. C), ferner ein Strickstück (Sep. D) und eine Anzahl Leichen (Sep. E), und auf Expertise zur Feststellung der Tatsache, daß die Wolle aus den Sendungen der Faktur vom 23. November 1899 und folgenden überhaupt geringer, rauher sei als die Musterseendung P. 26, hauptsächlich aber schwarze und dunkle Haare in viel größerem Maße als jene Musterseendung enthalte. Der Beklagte Handschin habe auch bei einem Besuche in Leipzig anfangs Mai 1900 wegen des Vorkommens der schwarzen Haare reklamiert. Die Beklagten seien nach alledem zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt gewesen. Aus der Replik ist hervorzuheben, daß der Kläger die Behauptung der Antwort betreffend Reklamation anlässlich des Besuches Handschin bestritt; auch bestritt er, daß anlässlich der Besprechung mit Almann und Graf anderes zugesichert worden sei, als was in der schriftlichen Bestellung vom 1. November 1899 verkündet wurde. Die Beklagten beriefen sich dem gegenüber in der Duplik auf den Passus der schriftlichen Bestellung „Qualität wie gehabt“; an der Behauptung betreffend Reklamation anlässlich des Besuches Handschin wurde festgehalten. Der Kläger anerbote weitere Lieferung in aa Zephyr 2/36 Pretiosa und in 2/48 Industria 20,146, und rief Expertise dafür an, daß diese Proben in der Qualität mit der Sendung vom 9. Oktober 1899 übereinstimmen.

3. Wie aus Fakt. A ersichtlich, haben beide kantonalen Instanzen

zen die Klage abgewiesen. Die erste Instanz (das Bezirksgericht Viefstal) stützte sich hiebei auf verschiedene Zeugenaussagen, nach denen es als erwiesen annahm, daß bei der Bestellung vom 1. November 1899 das Vorhandensein schwarzer oder überhaupt dunkler Haare wegbedungen worden sei, und auf die im Prozesse ergangenen Expertisen, nach denen einerseits die den Lieferungen vom November 1899 entnommenen Proben, andererseits aber auch die vom Kläger für die weiteren Lieferungen anerbötener Muster 2/36 aa Zephyr Pretiosa und 2/48 Zephyr 20,146 Industria, dem Qualitätsmuster, das mit Faktur vom 9. Oktober 1899 gesandt worden, nicht entsprechen. Die zweite Instanz dagegen geht von der Ansicht aus, der Rücktritt der Beklagten sei an sich unbegründet gewesen, da sie nicht bewiesen hätten, daß der Kläger für das Nichtvorkommen schwarzer oder überhaupt dunkler Haare Garantie geleistet habe, und da sie überdies die Sendungen vom November 1899 vorbehaltlos bezahlt und weiteren Abruf vorgenommen hätten. Nichtsdestoweniger sei aber die Klage abzuweisen, da der Kläger selber sich auf Expertise dafür, daß die von ihm angebotene Ware musterkonform sei, berufen habe, und nun diese Expertise zu seinen Ungunsten ausgefallen sei. Zum Schadenersatzbegehren des Klägers bemerkt das Obergericht, dasselbe hätte auch im Falle der Verurteilung der Beklagten zur Annahme des Restquantums schon aus dem formellen Grunde abgewiesen werden müssen, „weil es vor Friedensrichter und in der Prozesseinleitung nur für den Fall des Steigens der Wollpreise gestellt war und weil es nicht anging, diesen Teil des Rechtsbegehrens in der Appellationsinstanz derart zu formulieren, daß die Beklagten allgemein zum Schadenersatz wegen unbefugten Rücktrittes vom Vertrage zu verurteilen seien.“

4. Der Vertrag, um den es sich handelt, ist der Kaufvertrag vom 1. November 1899, wonach die Beklagten vom Kläger 2000 Kg. Zephyr-Wolle, Basis 2/52 (gemäß Spezifikation vom 7. November), Qualität 20,146, und zwar auf Grund der Probe-sendung vom 9. Oktober gl. J. („Qualität wie gehabt“), gekauft haben, lieferbar auf Abruf bis 30. Juni 1900. Von diesem Lieferungskaufgeschäft ist ein Teil beidseitig erfüllt, indem ein Quantum von 556,330 Kg. vom Kläger geliefert und von den

Beklagten bezahlt ist, letzteres vorbehaltlos. Der Kläger klagt nun in erster Linie auf Bezahlung des noch nicht bezogenen Quantums, das er den Beklagten in verschiedenen, ihnen zur Auswahl gestellten Marken zur Verfügung hält; eventuell auf Abnahme und Bezahlung. In zweiter Linie verlangt er Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung. Nun kann nicht bestritten werden, daß dem Verkäufer bei Abnahme- und Zahlungsverzug des Käufers ein Klagerecht auf Abnahme der Ware und Zahlung des Kaufpreises nebst Verzugszins gegen Anbieten vertragsmäßiger Lieferung zusteht (vgl. Art. 260 O.-R.). Dieses Recht hat der Verkäufer auch bei einem in Ratenlieferungen zu erfüllenden Kaufe, mit Bezug auf die noch nicht in Empfang genommenen und bezahlten Lieferungen; es erlischt bei einem derartigen Kaufe nur dann, bezw. der Käufer hat bei einem Ratenlieferungskaufe dann das Recht des Rücktrittes vom Vertrage, wenn die ausgeführten Lieferungen erkennen lassen, daß der Verkäufer nicht vertragsgemäß erfüllen kann oder will. Nun nehmen die Beklagten zunächst den Standpunkt ein, die bisherigen Lieferungen seien nicht vertragsgemäß gewesen, und dieser Umstand habe ihnen das Recht zum einseitigen Rücktritte vom Vertrage gegeben. Ob die Mängelrügen der Beklagten mit Bezug auf diese Lieferungen gehörig vorgebracht und begründet waren, braucht nun aber nicht untersucht zu werden, da die Beklagten die Fakturen hiefür vorbehaltlos bezahlt und damit die Ware genehmigt haben. Denn daß in dieser vorbehaltlosen Zahlung eine Genehmigung der Ware zu erblicken ist, muß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, speziell nach dem Grundsätze von Treu und Glauben angenommen werden. Auf die etwaige Mangelhaftigkeit oder Nichtmusterkonformität der effektuierten Lieferungen können daher die Beklagten ihr Rücktrittsrecht nicht stützen (vergl. Entsch. d. R.-G. in Zivilsachen, I, Nr. 27, S. 54 ff., u. Nr. 31, S. 62 ff.). Sie wollen es weiter daraus herleiten, daß infolge der eigenen Erklärungen des Klägers feststehe, daß dieser musterkonform nicht liefern könne und nicht liefern wolle. In dieser Hinsicht machen sie geltend, bei der Bestellung vom 1. November 1899 sei vereinbart worden, die Wolle dürfe keine (d. h. nur ganz vereinzelte) schwarze oder überhaupt dunkle Haare haben. Dieser Zusicherung habe die gelieferte Ware

nicht entsprochen, und der Kläger erkläre nun selber, dieser Zusicherung für die Zukunft nicht nachkommen zu können und zu wollen. Wäre eine derartige Gewährleistung vom Kläger zugesichert worden, so müßte allerdings auf Grund dieser seiner späteren Erklärung angenommen werden, er könne und wolle nicht vertragsgemäß liefern, und wären daher die Beklagten zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt. Allein der Nachweis einer derartigen Zusicherung kann nicht als erbracht angesehen werden. Wichtig ist allerdings, daß die Beklagten in ihrem Briefe vom 30. September 1899, mit dem sie die Probefendung von 100 Kg. bestellten, sich das Vorkommen schwarzer und überhaupt dunkler Haare wegbedangen. Dagegen ist wohl kaum als erwiesen anzunehmen, daß die Probefendung vom 9. Oktober nicht etwelche derartige Haare gehabt habe (vgl. Aussage Altmann), und jedenfalls nicht, daß beim einzig maßgebenden Vertrage vom 1. November 1899 eine bezügliche Garantie ausbedungen und zugesichert worden sei (vergl. Aussagen Graf und Altmann, den Wortlaut der Bestellung und der Zusage, sowie die Ausführungen der Vorinstanz). Auf alle Fälle steht fest, daß in der schriftlichen Urkunde vom 1. November 1899, sowie in der die Probefendung vom 9. Oktober begleitenden Mitteilung mit keinem Worte eine derartige Garantie erwähnt ist, und ist nicht erwiesen, daß mündlich mehr vereinbart worden sei, als was schriftlich verurkundet worden ist. Auch auf die Weigerung des Klägers, Wolle ohne dunkle und schwarze Haare zu liefern, können somit die Beklagten ihr Rücktrittsrecht nicht gründen.

5. Nun nimmt aber die Vorinstanz an, der Kläger habe dadurch, daß er sich im Prozesse einer Expertise über die Musterkonformität der von ihm gelieferten und der von ihm weiter anerbundenen Ware unterworfen habe, auf seinen ursprünglichen Standpunkt, wonach der Rücktritt des Beklagten ohne weiteres unbegründet gewesen, verzichtet; er habe sich freiwillig einer Expertise unterworfen, und da diese gegen ihn ausgefallen sei, könne die Klage nicht gutgeheißen werden. Dieser Entscheid ist nicht etwa prozessrechtlicher Natur; die Vorinstanz nimmt nicht an, der Kläger habe seinen Standpunkt nicht in prozessualisch richtiger Form vorgebracht, oder er habe sonstwie Prozessformen verletzt, sondern sie leitet aus der Stellungnahme des Klägers

im Prozesse materiell einen Verzichtswillen des Klägers her; es handelt sich also um einen materiell rechtlichen Entscheid, der vom Bundesgerichte zu überprüfen ist. Nun hat der Kläger einen ausdrücklichen Verzicht auf seinen ursprünglichen Standpunkt nie ausgesprochen; aber auch ein stillschweigender Verzicht kann in jenem Eingehen auf den für ihn unerheblichen Beweis und an der Teilnahme an demselben nicht gefunden werden, da gar keine weiteren Faktoren für einen Verzichtswillen vorliegen. Es hat sonach bei dem in Erwägung 4 gefundenen Resultate, wonach der Rücktritt der Beklagten vom Vertrage ungerechtfertigt ist, sein Bewenden.

6. Daraus folgt nach dem in Erwägung 4 eingangs Gesagten die Gutheißung der Erfüllungsklage. Dagegen hat der Kläger seinerseits die Ware vertragsgemäß anzubieten und zu liefern, d. h. er hat Ware der im Vertrag vom 1. November 1899 gekauften Art und Qualität, und zwar „Qualität wie gehabt“, d. h. der Probefendung vom 9. Oktober 1899 entsprechend, zu liefern. Den Beklagten wird dabei das Recht der Untersuchung und der Mängelrüge für jede Lieferung gewahrt. Zins ist zu sprechen vom verlangten Datum an, da die Beklagten von jenem Momente an im Zahlungsverzuge waren und sie übrigens die Zinsforderung nie speziell ganz oder zum Teil bestritten haben.

7. Ob die Schadenersatzklage (Rechtsbegehren 2) prinzipiell neben der Erfüllungsklage gutgeheißen werden könnte, braucht nicht untersucht zu werden, da die Vorinstanz auf dieselbe aus prozessualen Gründen nicht eingetreten ist und dieser Entscheid sich der Überprüfung des Bundesgerichtes entzieht.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

In Gutheißung der Berufung wird das Urteil des Obergerichts des Kantons Baselland vom 29. August 1902 aufgehoben und werden die Beklagten verurteilt, die bis zum 30. Juni 1900 noch nicht bezogenen Kg. 1443. 45 „Zephyr“, Qualität 20,146 gemäß der Bestellung zu beziehen und dem Kläger 10,284 Fr. 56 nebst Zins zu 5 % seit 30. Juli 1900 zu bezahlen, im Sinne von Erw. 6.