

der Beklagte habe ihm überhaupt wegen dieses Rencontre eine Ranküne bewahrt. Der Nachweis für diese zum Klagesfundament gehörende Darstellung wie überhaupt für die Behauptung, der Beklagte habe aus verwerflicher, gehässiger Gesinnung gehandelt, liegt, da sich aus dem Wortlaut der Kritik diese Absicht nicht ohne weiteres ergibt, dem Kläger ob. Nun ist schon durch die Akten erwiesen, wie auch vom Beklagten zugegeben, daß bei den Proben zur „Sühne“ Reibereien zwischen dem Beklagten und dem Kläger stattgefunden haben. Eine weitere Beweisabnahme über die nähere Art und Weise dieses « Rencontre » erscheint als durchaus überflüssig. Denn selbst wenn sich die Darstellung des Klägers als richtig erweisen würde, so könnte doch daraus nicht der Schluß auf eine verwerfliche Handlungsweise des Beklagten, wie sie eingangs dieser Erwägung definiert ist, gezogen werden. Wie die Vorinstanz richtig ausführt, spricht die Vermutung eher dafür, daß der Beklagte, als Kritiker einer Tageszeitung, sich nur von seinem verletzten ästhetischen Empfinden habe zu einem scharfen Urteile bewegen lassen. Der fragliche Vorfall genügt nun nicht zur Erschütterung dieser Präsumtion und zu dem — wohl überhaupt schwer zu erbringenden — Nachweise des Handelns aus gemeiner, verwerflicher Gesinnung.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und somit das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. Dezember 1906 in allen Teilen bestätigt.

**33. Urteil vom 26. April 1907 in Sachen  
Brauerei Ortikon, A.-G., Bekl. u. Ber.-Kl., gegen  
Wolf & Neumann, Kl. u. Ber.-Bekl.**

*Distanzkauf (von Malz) auf Abruf. Schadenersatzklage des Verkäufers wegen Rücktrittes des Käufers. Mass des Schadens; konkreter und abstrakter Schaden. Beweislast.*

A. Durch Urteil vom 19. Dezember 1906 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt:

Die Beklagte ist schuldig, an die Klägerin 4500 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 5. Dezember 1905 zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Abweisung der Klage, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Abnahme des Beweises über folgende Behauptungen der Beklagten:

1. daß bei sofortigem Verkaufe des Malzes derselbe Preis, der zwischen den Parteien vereinbart war, hätte erzielt werden können, da von Anfangs März bis Ende September 1905 Malz der an die Beklagte verkauften Qualität (prima Hanna Malz) sehr gesucht und zum fraglichen Preise leicht abzusetzen gewesen sei (Beweismittel: Expertise);

2. daß die Klägerin in der Zeit von Anfangs März bis Ende September 1905 noch weitere Malzverkäufe über mehr als 18 Wagen abgeschlossen und effektuiert habe außer denjenigen nach Basel und Olmütz, die sie für ihre Schadensberechnung aufführte und dabei einen Preis von mindestens 34 Fr. 75 Cts. per 100 Kilo erzielte (Beweismittel: Verkaufs- und Fakturabücher der Klägerin aus der fraglichen Zeit);

3. daß das von der Klägerin nach Basel und Olmütz verkaufte Malz nicht das angeblich für die Beklagte reserviert gewesene und überhaupt kein solches der an die Beklagte verkaufte Qualität gewesen sei (Beweismittel: Art. 31 und 36, Expertise, Zeugen: der Geschäftsführer der Brauerei Löwenbräu in Basel und der Brauerei der brauberechtigten Bürgerchaft Olmütz).

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten Gutheißung, der Vertreter der Klägerin Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Dem angefochtenen Urteil liegt im wesentlichen folgender Tatbestand zu Grunde:

Am 24. Oktober 1904 war zwischen den Parteien ein Vertrag zu Stande gekommen, gemäß welchem die Beklagte von der Klägerin kaufte: „zirka 20 Waggons Hanna Malz zum Preise von 34 Fr. 75 Cts. per 100 Kilo, . . . successiv auf Abruf lieferbar in der Kampagne 1904/1905.“ Dabei war mündlich vereinbart worden, es sei „franko Fracht und Zoll“ zu liefern. In der Folge entstanden zwischen den Parteien Differenzen über die Auslegung der Bestimmung „franko Fracht und Zoll“. Nachdem die Beklagte zwei Wagen Malz bezogen hatte, schrieb sie der Klägerin am 8. März 1905: „Wir haben unser Geschäft an eine Zürcher Brauerei verkauft, weshalb wir kein Malz mehr benötigen.“ Am 16. April schrieb die Klägerin an die Beklagte: „Wir bitten sie höflich, das Nötige bezüglich Abnahme des Quantums veranlassen zu wollen und uns mitzuteilen, in welchen Terminen restliche 18 Waggons abzuliefern sind, nachdem diese reserviert liegen.“ Die Beklagte antwortete am 24. April: „Nachdem Sie die mit uns vereinbarten Bedingungen betr. Malzlieferung nicht gehalten haben, betrachten wir den Kontrakt als aufgelöst.“ In zwei weiteren Schreiben vom 25. und 26. April bat die Klägerin neuerdings um Versandtinstructionen, worauf die Beklagte am 28. April wiederholte, sie betrachte den Vertrag als aufgelöst. Am 16. Juni sprach die Klägerin in einem Briefe an die Beklagte davon, daß sie ihrem Rechtsanwalt die Höhe ihres Schadenanspruches „für die Nichtlieferung von 98 Waggons (worunter die in diesem Prozesse streitigen 18 Waggons) mit 24,500 Fr. nominiert“ habe.

Im Prozesse machte die Klägerin nun wegen Nichtbezugs obiger 18 Waggons Malz eine Schadenersatzforderung von 4500 Fr. nebst 5 % Zins seit 1. Juli 1905 geltend.

Nachdem das Handelsgericht die Klage zuerst (mit Urteil vom 23. Februar 1906) aus prinzipiellen Gründen abgewiesen hatte,

gelangte das Bundesgericht, mit Urteil vom 7. Juli 1906\*, zur grundsätzlichen Gutheißung der Klage, da die Klägerin infolge des Verhaltens der Beklagten berechtigt gewesen sei, ohne weiteres vom Vertrage zurückzutreten, und, mit Rücksicht auf das offensichtliche Verschulden der Beklagten, Schadenersatz zu verlangen. Demgemäß wurde das Urteil des Handelsgerichts aufgehoben und die Sache zur Beurteilung der Frage, ob und eventuell welcher Schaden der Klägerin infolge des Vertragsbruchs der Beklagten erwachsen sei, an die Vorinstanz zurückgewiesen, worauf diese das oben sub A mitgeteilte Urteil ansfällte.

2. Fragt es sich somit nur noch, ob und eventuell in welchem Betrage der Klägerin infolge des vertragswidrigen Verhaltens der Beklagten ein Schaden erwachsen sei, so ist davon auszugehen, daß, gleich wie der wegen Verzugs des Verkäufers zurücktretende Käufer (vergl. *US 32 II S. 272*), so auch der wegen Verzugs des Käufers zurücktretende Verkäufer die Wahl hat, entweder den konkreten oder den abstrakten Schaden einzuklagen. Dabei ist der konkrete Schaden in der Regel gleich der Differenz zwischen dem vertragsmäßigen Kaufpreis, einerseits, und dem bei anderweitigem Verkauf des Kaufobjektes erlösten geringeren Preise, andererseits; der abstrakte Schaden dagegen besteht in der Differenz zwischen dem vertragsmäßigen Kaufpreis, einerseits, und dem Verkehrswert des Kaufobjektes in dem Momente, wo der Verkäufer vom Vertrage zurücktritt, oder in dem Zeitpunkt, auf welchen die Abnahme des Kaufobjektes hätte erfolgen sollen, andererseits.

3. Im vorliegenden Falle hat nun das kantonale Gericht die Frage, welcher Schaden den Klägern erwachsen sei sowohl vom Standpunkt der abstrakten, als von demjenigen der konkreten Schadensberechnung aus untersucht, sodaß anzunehmen ist, es sei die Schadenersatzforderung der Klägerin in beiderlei Hinsicht in einer nach dem kantonalen Prozeßrechte hinreichenden Weise substantiiert worden. Es enthielt denn auch die Klagebegründung, wie aus dem Protokoll der handelsgerichtlichen Verhandlung vom 23. Februar 1906 ersichtlich ist, Anhaltspunkte sowohl für die eine wie für die andere Schadensberechnung: behufs Substanti-

\* *AS 32 II Nr. 61 S. 452 ff.*

(*Ann. d. Red. f. Publ.*)

ierung des konkreten Schadens war behauptet worden, die Klägerin habe die 18 von der Beklagten nicht abgerufenen Wagen im September und Oktober zum Preise von 46,260 Fr. anderweitig (nach Basel und Olmütz) verkauft, während die Beklagte dafür 52,650 Fr., also 6390 Fr. mehr, hätte bezahlen sollen; behufs Substanzierung des abstrakten Schadens aber war unter Berufung auf Expertise behauptet worden, der Preis der verkauften Ware habe am Schlusse der Kampagne 1904/1905 auf dem Platze Zürich 31 Fr. betragen, was gegenüber dem Vertragspreise von 34 Fr. 75 Cts. eine Differenz von 3 Fr. 75 Cts. per 100 Kilo oder 6750 Fr. für die 18 nicht bezogenen Waggon ausmacht.

Die konkrete Schadensberechnung der Klägerin ist von der Vorinstanz sowohl deshalb verworfen worden, weil das schweizerische Recht einen Selbsthilfeverkauf des vom Vertrage zurücktretenden Verkäufers überhaupt nicht kenne, vielmehr demselben nur ein Recht auf Einlagung des abstrakten Schadens gebe, als auch deshalb, weil die beiden Selbsthilfeverkäufe, auf welche sich die Klägerin berufe, nach deren eigener Darstellung erst 3 bis 4 Monate nach ihrem Rücktritt vom Vertrage erfolgt seien, wobei übrigens nicht einmal feststehe, daß die Klägerin dieselben gerade mit Rücksicht auf den Vertragsbruch der Beklagten abgeschlossen habe.

4. Es mag dahingestellt bleiben, ob und inwieweit der Vorinstanz in Bezug auf die Berücksichtigung der beiden, in der Tat erst 3 bis 4 Monate nach dem Rücktritt der Kläger vom Vertrage erfolgten Selbsthilfeverkäufe zuzustimmen wäre. Nicht zuzustimmen wäre ihr jedenfalls in Bezug auf die Ansicht, es kenne das schweizerische Recht „überhaupt keinen Selbsthilfeverkauf des vom Vertrage zurücktretenden Verkäufers“, sondern es lasse dasselbe nur die abstrakte Schadensberechnung zu, und es richte sich daher „der Ersatzanspruch des vom Vertrage zurücktretenden Verkäufers niemals direkt auf den beim Weiterverkauf resultierenden Mindererlös“. Da indessen die Vorinstanz auf Grund der abstrakten Schadensberechnung dennoch (bis auf eine Differenz in der Berechnung der Zinsen, wegen deren aber die Kläger ihrerseits nicht rekurrirt haben) zur Zusprechung des gesamten eingeklagten Schadens gelangt ist, und da die Klage, wie bereits bemerkt, sowohl in Bezug auf den abstrakten als in Bezug auf

den konkreten Schaden in prozessualisch genügender Weise substantiiert worden war, so kann die Frage der konkreten Schadensberechnung in casu unerörtert bleiben, sofern die abstrakte Schadensberechnung der Vorinstanz als richtig erscheint.

Letzteres ist nun entschieden der Fall. Denn die Vorinstanz konstatiert auf Grund von Erklärungen zweier sachverständiger Mitglieder ihres Gerichtshofes („Leiter größerer Bierbrauereien“), daß die als Abnehmer der Malzfabriken in Betracht kommenden Brauereien ihren Malzbedarf gewöhnlich im Herbst für ein ganzes Jahr im voraus decken, wobei sich die in dieser Jahreszeit abgeschlossenen Käufe regelmäßig auf das im kommenden Winter zu produzierende Malz beziehen; insolge dessen ist „Altmalz“, d. h. bereits produziertes Malz, im Sommer an die Konsumenten nur schwer abzusetzen. Mit Rücksicht hierauf, sowie darauf, daß schon im Herbst 1904 „Abschlüsse zu geringeren Preisen als dem mit der Beklagten vereinbarten“ vorgekommen seien, bezeichnet die Vorinstanz die Taxation der Ware, von der die Klägerin bei der Bezifferung ihrer Schadenersatzforderung ausgegangen sei, als keineswegs unrichtig.

An diese, auf der sachverständigen Würdigung der Verhältnisse eines bestimmten Gewerbes fußenden Feststellungen ist das Bundesgericht gebunden; dieselben sind keineswegs aktenwidrig und beruhen auch nicht auf einer Verletzung bundesgesetzlicher Bestimmungen über die Würdigung des Beweisergebnisses. Rechtsirrtümlich ist freilich (vergl. Hafner, Anm. 2 i. f. zu Art. 124 Nr) die Annahme der Vorinstanz, es sei der vertragsbrüchige Käufer dafür beweispflichtig, daß „der Verkäufer, weil er über die Ware anderweitig disponieren konnte, mehr lukriert habe, als er bei der Aufstellung seiner Schadensberechnung zugebe“, und es habe daher im vorliegenden Falle die Beklagte zu beweisen, „daß die für die Klägerin infolge der Vertragsaufhebung frei gewordenen 18 Waggon Malz für sie zur Zeit des Rücktrittes an ihrem Geschäftssitze mehr als 2675 Fr. per Waggon wert gewesen seien“. Allein diese rechtsirrtümliche Ansicht der Vorinstanz über die Verteilung der Beweislast ist im vorliegenden Falle ohne praktische Folgen geblieben; denn der Entscheid ist nicht deshalb zu Gunsten der Klägerin ausgefallen, weil die Beklagte den ihr

nach der Auffassung der Vorinstanz obliegenden Beweis nicht erbracht habe, sondern deshalb, weil mit Rücksicht auf die Sachkenntnis zweier Mitglieder des Gerichts von einer Beweiserhebung überhaupt Umgang genommen wurde. Ob aber ein Beweisverfahren durch Erklärungen sachverständiger Mitglieder des urteilenden Gerichts ersetzt werden könne, ist eine Frage des kantonalen Prozessrechtes, welche übrigens bei Handelsgerichten in der Regel bejaht wird.

5. Ist somit als feststehend zu betrachten, daß das von der Beklagten in vertragswidriger Weise nicht abgerufene Malz als „Altmalz“ während des ganzen Sommers und offenbar auch im Herbst 1905 nicht mehr wert war, als die Klägerin bei ihrer Schadensberechnung angenommen hat, so braucht nicht untersucht zu werden, ob der Schadensberechnung grundsätzlich die Preise zur Zeit des Rücktritts der Klägerin vom Vertrage (16. Juni 1904) zu Grunde zu legen wären, wie die Vorinstanz annimmt, oder aber die Preise am Schluß der „Kampagne 1904/1905“, d. h. im Herbst 1905, was die Klägerin in erster Linie behauptet und damit begründet hat, daß die Beklagte mit dem Abruf bis zuletzt hätte zuwarten können.

Dagegen ist gegenüber der Auffassung der Beklagten festzustellen, daß jedenfalls nicht der Zeitpunkt maßgebend sein kann, in welchem sie vom Vertrage zurückgetreten ist d. h. denselben gebrochen hat (8. März 1905); denn da es sich nicht um ein Fixgeschäft handelte, so war die Klägerin jedenfalls nicht verpflichtet, sofern sie ihrerseits ebenfalls vom Vertrage zurücktreten wollte, dies sofort zu tun; vielmehr durfte sie süglich zunächst versuchen, die Beklagte zur Haltung des Vertrages zu bewegen.

6. Was schließlich die in der Berufungserklärung enthaltenen Beweisangebote der Beklagten betrifft, so kann auf die zwei ersten derselben schon aus dem Grunde nicht eingetreten werden, weil die Beklagte damit das Gegenteil von dem dartun will, was bereits auf Grund jener Erklärungen zweier sachverständiger Mitglieder des Handelsgerichtes festgestellt worden ist. Auf das dritte Beweisangebot ist dagegen deshalb nicht einzutreten, weil dasselbe sich ausschließlich auf die Frage der konkreten Schadensberechnung bezieht, die Klageforderung aber, wie ausgeführt, schon

vom Standpunkt der abstrakten Schadensberechnung als begründet erscheint.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 19. Dezember 1906 bestätigt.

34. Auszug aus dem Urteil vom 27. April 1907  
in Sachen *Frischknecht*, Bekl. u. Ver.: Kl.,  
gegen *Müller*, Kl. u. Ver.: Bekl.

*Klage aus einfacher Gesellschaft zum Ankauf einer Liegenschaft. — Kompetenz des Bundesgerichts: eidgenössisches Recht (Art. 56 OG). — Ueberprüfungsbefugnis des Bundesgerichts, Art. 81 eod.: Tat- und Rechtsfrage, speziell bei der Frage: ob aus Indizien auf den Abschluss und Bestand einer Gesellschaft zu folgern sei.*

A. Durch Urteil vom 10. Oktober 1906 hat die I. Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich über die Streitfrage:

Ist gerichtlich festzustellen, daß der Beklagte an den durch Kaufvertrag vom 16. März 1896 von Heinr. Rüegg, Schlossermeister, gekauften Liegenschaften in Altstetten, Wohnhaus mit Schopfanbau, Affel. Nr. 221 samt Umgelände und Acker Flurb. Nr. 3063 Nr. 965 und Nr. 964 in Rechten und Lasten zur Hälfte mitbeteiligt ist?

erkannt:

Der Beklagte wird an den durch Kaufvertrag vom 16. März 1896 von Heinrich Rüegg, Schlossermeister, gekauften Liegenschaften in Altstetten, Wohnhaus mit Schopfanbau, Affel. Nr. 221 nebst Umgelände und Acker Flurbuch Nr. 3063, Nr. 965 und Nr. 964 in Rechten und Lasten zur Hälfte mitbeteiligt erklärt.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage: