

— Verursachen des Schadens durch zusammenwirkendes Verschulden mehrerer — bei dieser Auffassung gegeben sind. Andererseits ergibt sich daraus aber auch, daß sie nicht notwendig für den ganzen effektiven Schaden haftbar erklärt werden müssen, sondern für einen Teil von der Ersatzpflicht entbunden werden können, sofern nämlich die Voraussetzungen, die Art. 51 dafür aufstellt, zutreffen (vergl. speziell hinsichtlich des diesem Artikel zu Grunde liegenden Prinzips des Gleichgewichts zwischen Schuld und Schadenersatz den bereits angeführten Entscheid in Sachen Rückert gegen Blätt (Erw. 6). Dies ist aber der Fall. Denn einmal darf das Verschulden der Beklagten, das nach dem Gesagten lediglich in einer gewissen Vernachlässigung der Erziehung besteht, offenbar in Verhältnis zu andern Fällen, wo Verletzungen der elementaren Überwachungspflichten in Frage standen, als leichteres angesehen werden. Sodann ist auch auf die wenig günstigen ökonomischen Verhältnisse der Beklagten — Guggisberg hat acht, zum größeren Teil noch unerwachsene Kinder, Buzzi bekleidet die Stelle eines Werkführers — billige Rücksicht zu nehmen. Denn wenn auch Art. 51 im Gegensatz zu Art. 44, Abs. 2 des neuen Obligationenrechts dieses Moment nicht ausdrücklich erwähnt, so darf es doch unbedingt als in dem allgemeinen Begriff der zu würdigenden „Umstände“ eingeschlossen gelten. In Anbetracht all dieser Verhältnisse rechtfertigt es sich, die Höhe des von den Beklagten insgesamt zu leistenden Ersatzes auf 3000 Fr. zu bestimmen. Für diese Summe haben sie nach dem Gesagten der Klägerin solidarisch zu haften; —

erkannt:

Die Berufung des Beklagten Guggisberg wird abgewiesen, diejenige der Klägerin teilweise, d. h. dahin als begründet erklärt, daß die Beklagten Buzzi und Guggisberg solidarisch zur Zahlung einer Entschädigung von 3000 Fr. samt Zinsen zu 5 % seit 29. August 1909 an die Klägerin verpflichtet werden.

**76. Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Juli 1912**  
in Sachen **D. Maier & Cie.**, Bekl., Widerkl. u. Ber.-Kl.,  
gegen **Siccardy**, Kl., Widerbekl. u. Ber.-Bekl.

*Art. 56 OG. Rechtsanwendung beim Distanzkauf. — Recht jeder Vertragspartei, die ihr obliegende Teilleistung aus einem Sukzessivlieferungsgeschäfte zurückzuhalten, wenn sich der Gegenkontrahent mit einer früher verfallenen Teilleistung im Verzuge befindet. Die blosse Erklärung, künftig nicht mehr bezw. nur zu vertragswidrigen Bedingungen liefern zu wollen, begründet noch keinen Verzug des Verkäufers.*

Das Bundesgericht hat  
auf Grund folgender Prozeßlage:

A. — Der Kläger Siccardy verkaufte durch Vertrag vom 22. Dezember 1909 der Beklagten D. Maier & Cie. 4000 bis 5000 kg « rondelles en caoutchouc » Ia Qualität, lieferbar bis 1. Dezember 1910, zum Preise von 7 Fr. 25 Cts. per kg. Nachdem schon in den Monaten Dezember 1909, Januar und Februar 1910 kleinere Quanten geliefert und bezahlt worden waren, sandte der Kläger am 2. März 1910 der Beklagten neuerdings 138,8 kg der fraglichen rondelles, nämlich 38,8 kg durch die Post, 100 kg als Frachtgut und übermittelte ihr hierfür zwei Rechnungen von 283 Fr. 30 Cts. « payable en ma traite fin mars » und von 633 Fr., « payable en ma traite le 15 avril prochain ». Andererseits rief die Beklagte am 11. März je weitere 200 kg auf Anfang April und Mai 1910 ab und ermächtigte am 14. März den Kläger, für die beiden Fakturen vom 2. März 2 Wechsel auf sie, zahlbar zu den von ihm angegebenen Terminen bei der Eidgenössischen Bank in Basel zu ziehen. Noch vor Verfall dieser Wechsel erhoben sich indessen zwischen den Parteien Meinungsverschiedenheiten über einen von der Beklagten geforderten nachträglichen Preisabzug an der (bezahlten) Faktur vom 27. Dezember 1909. Infolgedessen schrieb der Kläger der Beklagten am 19. März, daß er nicht mehr liefern werde, bevor die beiden noch ausstehenden Rechnungen, bezw. Tratten, also auch diejenige per 15. April bezahlt seien: am 24. März stellte er die

weiteren Begehren, daß ihm vor Ausführung weiterer Lieferungen eine genaue Tabelle über die Verteilung der künftigen Abrufe eingeschickt werde, daß künftig die Waare in Laval vor Empfangnahme geprüft und auch bezahlt werden müsse. Die Beklagte erwiderte auf den ersteren Brief am 20. März, daß sie keinerlei Zahlung leisten werde, wenn der Kläger die abgerufene Ware nicht liefere, auf den letzteren erklärte sie am 23. März, daß sie die darin gestellten Bedingungen nicht anerkenne. Dementsprechend ließ sie die beiden Wechsel per Ende März und 15. April 1910 uneingelöst zurückgehen. Der Beklagte seinerseits stellte die Lieferungen ein und klagte bei den baslerischen Gerichten auf Zahlung der Wechselsummen, inklusive Retour- und Zahlungsbefehlskosten, zusammen 921 Fr. 50 Cts. nebst Zinsen zu 6 % auf den Wechselsummen je seit Verfalltag. Die Beklagte bestritt diese Forderung an sich nicht, erhob aber widerlageweise eine Gegenforderung von 8000 Fr. wegen des ihr durch Nichtlieferung des vertraglichen Restquantums von zirka 4000 kg rondelles entgangenen Gewinns.

B. — Durch Urteil vom 22. Dezember 1911 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheides die Klage gutgeheißen und die Widerklage abgewiesen.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit folgenden Anträgen:

1. Es seien die Urteile des Zivilgerichtes Basel-Stadt vom 11. November 1911 und des Appellationsgerichtes Basel-Stadt vom 22. Dezember 1911 aufzuheben.

2. Der Kläger sei mit seiner Klage gänzlich abzuweisen und widerlageweise zur Zahlung von 7083 Fr. 70 Cts. nebst 5 % Zins vom Tage der Widerklage an zu verurteilen.

3. (Kosten).

4. Eventuell sei zunächst entweder durch das Bundesgericht selbst oder durch Rückweisung der Akten an die Vorinstanz das Gutachten eines Sachverständigen über folgende Punkte einzuholen:

a) daß es für einen Käufer, der auf Abruf kaufe, unmöglich sei, von vornherein eine genaue Tabelle über seine künftigen Ab-

rufe auszufertigen, und daß dies überhaupt und insbesondere in dieser Branche nicht üblich sei,

b) daß es in dieser Branche üblich sei, die Zahlung dreißig Tage nach Eingang der Ware zu leisten,

c) daß der Käufer, der auf Abruf kaufe, wenn der Vertrag nichts Gegenteiliges bestimme, vollständig frei sei, abzurufen, wann und wie er wolle,

d) daß die fraglichen rondelles ein Saisonartikel seien, für den in den Monaten Juni-August die Hauptnachfrage herrsche, und daß daher die Nachfrage nach solchen im Sommer 1910 sehr groß gewesen sei,

e) daß der ihr, der Beklagten, entgangene Gewinn mindestens 2 Fr. per kg betrage,

f) daß solche rondelles aus Automobilschläuchen gefertigt werden, und die Selbstfabrikation unter diesen Umständen für sie, die Beklagte, einen Verlust habe bringen müssen.

D. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten die gestellten Berufungsanträge erneuert. Der Vertreter des Klägers hat auf Abweisung der Berufung angetragen; —

in Erwägung:

1. — Die Zuständigkeit des Bundesgerichtes ist gegeben. Denn einerseits übersteigt der Streitwert der — allein materiell zu beurteilenden — Widerklage auch nach Abzug des nur zur Berechnung mit der Klageforderung geltend gemachten Teiles den Betrag von 2000 Fr., — übrigens speziell auch die für das mündliche Berufungsverfahren erforderlichen 4000 Fr. — Andererseits ist auch das weitere Erfordernis der Anwendbarkeit eidgenössischen Rechtes gegeben, nachdem beide Parteien — der Kläger schon vor erster, die Beklagte ausdrücklich vor zweiter Instanz — sich auf schweizerisches Recht berufen und damit zur Genüge bekundet haben, daß sie die Regelung ihrer vertraglichen Beziehung diesem unterstellt haben wollten.

2. — In der Sache selbst ist mit den Vorinstanzen davon auszugehen, daß von einer Schadenersatzforderung wegen Nichterfüllung, wie sie den Gegenstand der Widerklage bildet, vorliegend schon deshalb nicht die Rede sein kann, weil die Beklagte durch ihr Verhalten den Kläger zur Einstellung der Lieferungen berechtigt hat. Denn un-

bestrittenermaßen handelt es sich bei dem Vertrage vom 22. Dezember 1909 zwischen den Parteien um ein sog. Sukzessivlieferungsgeschäft, d. h. um einen Kauf, bei dem die Ware nach Meinung der Parteien in Raten auf Abruf geliefert werden sollte. Bei solchen Geschäften kann aber zwar jeder Kontrahent im Zweifel die ihm obliegende Teilleistung (der Verkäufer die weitere Lieferungsrate, der Käufer den Kaufpreis für die frühere Teillieferung) zurückhalten, wenn der Gegenkontrahent seinerseits mit einer Teilleistung (also der Käufer mit einem Kaufpreis, der Verkäufer mit einer Lieferungsrate) im Verzuge ist, dagegen besteht dieses Recht nicht etwa auch schon bei bloß drohendem Verzuge: die Rückhaltung ist also nur zulässig, um die Vornahme einer bereits verfallenen und nicht um die Vornahme einer erst künftig verfallenden Leistung durch den Gegenkontrahenten zu erzwingen (vergl. darüber einerseits die Entscheide in Praxis des Bundesgerichtes Bd. I Nr. 64 und 103, andererseits Staub, Erkurs zu § 374 Nr. 119ff.). Demnach war aber der Kläger mit dem Momente und für so lange befugt, weitere Lieferungen zu verweigern, als die Beklagte den per Ende März 1910 verfallenen Wechsel über 283 Fr. 30 Cts. nicht einlöste. Denn dieser Wechsel war für die eine Teillieferung vom 2. März gezogen worden. Zudem die Beklagte sich am 14. März mit der Wechselziehung einverstanden erklärte, anerkannte sie, daß der Kaufpreis für jene Lieferung am Verfalltage des Wechsels fällig sei; sie kann sich daher nicht, wie sie dies im Prozesse versucht hat, zur Rechtfertigung der Nichteinlösung des Wechsels darauf berufen, daß sie nach der bisherigen Übung eine längere Zahlungsfrist hätte beanspruchen können; denn diese Übung könnte nur dann in Betracht fallen, wenn keine Vereinbarung über den Zahlungstermin vorläge. Vielmehr hätte sie die Zahlung nur dann verweigern dürfen, wenn der Kläger seinerseits sich an letzterem im Lieferungsverzuge befunden hätte. Dies behauptet nur allerdings die Beklagte, aber zu Unrecht. Denn es steht fest, daß sie die nächste Lieferung erst auf Anfang April abgerufen hatte, und zwar wie aus dem maßgebenden Briefe vom 11. März hervorgeht, ausdrücklich nur in dem Sinne, daß die abgerufenen 200 kg bis dann speichert, d. h. ab Laval versandt sein und nicht, daß sie bis dann in Basel eingetroffen sein müssen.

Wurde aber die nächste Lieferungsrate erst Anfang April fällig, so kann logischer Weise nicht davon gesprochen werden, daß der Beklagte sich bei Verfall des Wechsels, Ende März im Verzuge befunden habe. Denn die bloße Drohung, nicht zu liefern, begründet sowenig einen Lieferungsverzug des Verkäufers, wie die Drohung, nicht zu zahlen, einen Zahlungsverzug des Käufers. Aus beiden ergibt sich vielmehr nur die Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit eines künftigen Verzuges. Vorhanden ist der Verzug erst dann, wenn die Drohung verwirklicht, die Leistung also tatsächlich bei Verfall nicht bewirkt worden ist. Die in den Schreiben des Klägers vom 19. und 21. März 1910 enthaltene Erklärung, daß er künftig nur noch unter gewissen Bedingungen liefern werde, konnte ihn für sich allein also auch dann nicht in Verzug bringen, wenn diese Bedingungen, wie dies wenigstens zum Teil offensichtlich zutrifft, vertragswidrig waren. Lediglich wegen der daraus sich ergebenden Wahrscheinlichkeit eines künftigen Verzuges aber durfte die Beklagte nach dem eingangs Gesagten die Zahlung bereits ausgeführter Lieferungen nicht verweigern. Indem sie dies dennoch tat, geriet sie ihrerseits in Zahlungsverzug und gab damit dem Kläger das Recht, die Lieferungen einzustellen. Zu einem andern Ergebnis könnte man auch dann nicht gelangen, wenn man entsprechend dem heutigen Verlangen der Beklagten bei der Bestimmung der Fälligkeit des Wechsels die Respekttage mitberücksichtigen wollte, da der Kläger nach dem Wortlaute des Abrufes seiner Vertragspflicht offenbar auch dann noch genügt hätte, wenn er die Ware erst am 2. oder 3. April versandt hätte.

Die Widerklage muß daher schon aus diesen Gründen, und ohne daß es des Eintretens auf die weiteren Einreden des Klägers bedürfte, verworfen werden; —

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt vom 22. Dezember 1911 in allen Teilen bestätigt.