

instanz die Klage auch noch aus dem Grunde hat schützen wollen, weil ein Eingehen auf die Einwendungen des Beklagten den schweizerisch-französischen Gerichtsstandsvertrag verletze, denn dieser Vertrag hat nur Geltung für Angehörige der Vertragsstaaten (AS 40 I S. 485 f.).

5. — Da der Anspruch der Klägerin nach dem Gesagten aus materiellen Gründen geschützt werden muss, erübrigt es sich, auf ihren gegen die Berufung erhobenen formellen Einwand, der Beklagte hätte die von ihm angerufenen ausländischen Gesetze zu den Akten bringen sollen, einzutreten.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 15. Januar 1918 bestätigt.

**29. Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. April 1918**

i. S. **Goldschmidt** gegen **Graf**.

Art. 107 Abs. 2 OR. Fristansetzung zur nachträglichen Erfüllung. Ausübung des Wahlrechtes des Gläubigers. Rechtslage nach Ablauf der Frist.

A. — Am 7. Februar 1916 verkaufte der Beklagte Graf dem Kläger Goldschmidt 12 Wagen Holz. Vier Wagen sollten im März, die übrigen im April und Mai 1916 geliefert werden. Da der Beklagte der eingegangenen Verpflichtung nicht nachkam, so setzte ihm der Vertreter des Klägers am 15. Mai 1916 nach Art. 107 OR eine Nachlieferungsfrist an, mit Ablauf für die ersten vier Wagen auf Ende Mai, für die folgenden vier auf 15. Juni und für die letzten vier auf 30. Juni 1916. «Sollten diese Wagen», so fügte er bei, «bis dort nicht geliefert werden, so behalten wir uns vor, Sie entweder gerichtlich auf Lieferung oder auf Schadenersatz verurteilen zu lassen.» Der Beklagte liess auch diese Nachfristen unbenutzt verstreichen. Infolge-

dessen schrieb ihm der Vertreter des Klägers am 14. Juli 1916, dass dieser vom Vertrage zurücktrete und an Stelle der Lieferung Schadenersatz verlange. Er erklärte zugleich, dass der Schaden, der sich aus dem positiven und dem negativen Vertragsinteresse, sowie aus 59 Fr. 50 Cts. Kosten zusammensetze, 7482 Fr. 60 Cts. betrage. Als positives Vertragsinteresse bezeichnete der klägerische Vertreter den Unterschied zwischen dem vertraglich vereinbarten Preis und demjenigen, zu dem das Holz nach seiner Angabe von seinem Klienten an einen Dritten weiterverkauft wurde. Das negative Vertragsinteresse dagegen sollte nach dem erwähnten Briefe im Schaden bestehen, dessen Ersatz der dritte Abnehmer wegen der Nichterfüllung vom Kläger angeblich verlangte.

B. — Mit der vorliegenden Klage belangte der Kläger den Beklagten auf Zahlung von 7482 Fr. 60 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 14. Juli 1916, 1 Fr. 60 Cts. Betreibungs- und 14 Fr. 20 Cts. Friedensrichterkosten.

Durch Urteil vom 9. November 1917 hat das Obergericht des Kantons Aargau (2. Abteilung) die Klage abgewiesen.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger am 14. Dezember 1917 rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrage, die Klage sei gutzuheissen, eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zur Aktenvervollständigung und zu neuer Entscheidung zurückzuweisen.

Der Beklagte hat die Abweisung der Berufung beantragt.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

Aus dem Umstand, dass der Kläger dem Beklagten aus einem frühern Kaufvertrage noch 25 Fr. schuldet, folgt nicht, dass der Vertrag vom 7. Februar 1916, wie der Beklagte behauptet, ungültig und der Beklagte zu dessen Erfüllung nicht verpflichtet wäre.

Mit der Vorinstanz ist sodann davon auszugehen, dass

in der Erklärung des Vertreters des Klägers vom 14. Juli 1916 nicht ein Rücktritt vom Verträge im Sinne des Art. 107 Abs. 2 OR liegt, der nur noch eine Klage auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens zuliesse. Indem der damalige Anwalt des Klägers auf Grund eines von diesem am 5. Juli 1916 erteilten Auftrages Ersatz des Gewinnausfalles beanspruchte, gab er zu erkennen, dass er die Rechtswirkungen des Vertrages aufrechterhalten und lediglich an Stelle der nachträglichen Erfüllung der Verpflichtung des Beklagten den Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens, das Erfüllungsinteresse, beanspruchen wollte. Es handelt sich um den Gebrauch des Wortes « Rücktritt » im Sinne des Verzichtes auf die nachträgliche Leistung der andern Vertragspartei, wie er auch im Randtitel zu Art. 190 OR sich angewendet findet.

Da nun aber Art. 107 Abs. 2 OR seinem unzweideutigen Wortlaut gemäss dem Gläubiger das Recht, auf die nachträgliche Leistung zu verzichten und Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens zu beanspruchen, nur dann erteilt: « wenn er dies unverzüglich erklärt », so fragt es sich, ob eine solche « unverzügliche » Erklärung des Klägers vorliege. Nach der Praxis des Bundesgerichtes (AS 43 II S. 173 f. und 354 Erw. 2) kann die Erklärung rechtsgültig schon bei der Ansetzung der Frist zur nachträglichen Erfüllung für den Fall ihres fruchtlosen Ablaufes abgegeben werden. Nun hat aber der Kläger in seiner Fristansetzung vom 15. Mai sich ausdrücklich das Wahlrecht vorbehalten, entweder auf Erfüllung oder auf Schadenersatz zu klagen. Unter diesen Umständen musste er nach dem Ablauf der Frist im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR « unverzüglich » die bestimmte Erklärung abgeben, dass er auf die nachträgliche Leistung verzichten wolle. Dies hat er aber wie die Vorinstanz zutreffend feststellt, nicht getan, da zwischen dem Ende der Nachfrist für die Lieferung und dem Schreiben vom 14. Juli 1916 zwei Wochen verfloßen sind. Im vorliegen-

den Falle handelt es sich zudem nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz um ein Geschäft, dessen Gegenstand zur Zeit des Fristablaufes starken Preisschwankungen unterlag, weshalb eine rasche Entscheidung um so eher verlangt werden durfte. Die bezügliche Vorschrift des Art. 107 Abs. 2 bezweckt gerade das Verhindern der Spekulation des einen Kontrahenten zu eigenem Vorteil und zum Nachteil des andern durch Ausnützung der Marktlage — vergl. OSER, Komm. III 3 zu Art. 107 OR. Demnach erweist sich die Erklärung des Klägers vom 14. Juli 1916 als verspätet; es stand ihm nach Art. 107 Abs. 2 damals nur noch das Recht zu, auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung zu klagen. Bei dieser Sachlage braucht nicht erörtert zu werden, ob die Erklärung in Beziehung auf die ersten acht Wagen jeweiligen schon sofort bei Ablauf der für diese angesetzten Fristen hätte erfolgen sollen. Es genügt die Feststellung, dass der Kläger zur Zeit einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages nicht hat und daher die Klage von der Vorinstanz mit Recht abgewiesen worden ist.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 9. November 1917 bestätigt.