

Ersatzpflicht der Beklagten in Anwendung von Art. 99 Abs. 3 und 43 Abs. 1 OR kann angesichts der aus eigen-nützigen Gründen erfolgten willkürlichen Vertragsverletzung nicht in Frage kommen. Die Berufung erweist sich somit als unbegründet.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 13. November 1923 bestätigt.

**6. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung
vom 5. Februar 1924 i. S. Rüfenacht gegen Jové.**

Kauf; Nichterfüllung durch den Käufer. Mit der Klage auf Erfüllung kann nicht gleichzeitig die Eventual- oder Alternativklage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung verbunden werden, speziell nicht mit Schadenersatzbestimmung auf den Zeitpunkt, in dem der Vertrag hätte erfüllt werden sollen; das die Abnahmepflicht aussprechende Urteil kann nicht den Schadenersatz auf jenen Zeitpunkt bemessen.

Gleichzeitig mit der Erfüllung des Vertrages hat der Kläger zum voraus die Verurteilung der Beklagten zu Schadenersatz für den Fall der Nichterfüllung verlangt. Bei diesem Rechtsbegehren, welches die Vorinstanz unter Berufung auf die in §§ 89 und 246 II der soloth. ZPO enthaltenen Vollstreckungsvorschriften gutgeheissen hat, handelt es sich darum, das Interesse des Klägers an der Erfüllung der durch Dispositiv 1 des vorinstanzlichen Urteils der Beklagten auferlegten Abnahme- und Zahlungsverpflichtung zu bestimmen, damit bei Nichterfüllung sofort feststehe, welchen Betrag die Beklagte als Schadenersatzsurrogat schulde. Massgebend ist also das Interesse des Klägers an der Bezahlung des Kaufpreises gegen die Verpflichtung zur Übergabe des Kaufgegenstandes, wovon der Vorteil

abzuziehen ist, der dem Kläger bei Nichterfüllung durch die Beklagte daraus erwächst, dass er die Ware nicht an sie abgeben muss. Hieraus ergibt sich, dass es für die Schadenersatzberechnung entscheidend auf den Wert des Kaufgegenstandes in dem Zeitpunkt ankommt, in dem feststehen wird, ob die Beklagte jenes Urteilsdispositiv überhaupt erfüllen werde oder nicht. Da jedoch dieser Wert vom Richter nicht zum voraus ermittelt werden kann, liesse sich eine solche vorweggenommene Schadenersatzbestimmung mit den Schadenersatznormen des OR, die auch für die Umwandlung des Anspruchs auf Realerfüllung in einen Schadenersatzanspruch im Exekutivverfahren massgebend sind, nicht vereinbaren. Die Vorinstanz hat denn auch dem Kläger als eventuellen Schadenersatzanspruch etwas wesentlich Anderes zugesprochen, nämlich die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Marktpreis, der im Zeitpunkt galt, wo der Vertrag hätte erfüllt werden sollen (Frühjahr 1921). Diese Schadenersatzberechnung wäre nur dann zulässig gewesen, wenn der Kläger nicht auf Erfüllung, sondern von vorneherein auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung geklagt hätte: neben dem Erfüllungsanspruch, oder an Stelle eines diesen Anspruch schützenden Gerichtsurteils ist für eine solche Schadenersatzforderung kein Raum, weil das bei Schuldnerverzug nach Art. 107 OR dem Gläubiger zustehende Wahlrecht zwischen den dort aufgeführten Rechtsbehelfen durch Anhebung der Erfüllungsklage konsumiert ist.