

148. Urteil vom 26. Oktober 1894 in Sachen
Baum & Cie. gegen Schweizerische Rheinsalinen.

A. Durch Urteil vom 30. Juli 1894 hat das aargauische
Handelsgericht erkannt:

1. Die Beklagten werden verurteilt, den Klägern 8038 Mk. 50 Pf.
samt Zins zu 5 % seit 1. Dezember 1893 zu bezahlen.

2. Mit ihrer Widerklage werden die Beklagten abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil erklärten beide Parteien die Berufung
an das Bundesgericht.

Klägerschaft beantragte: Es seien die Beklagten zu verurteilen,
ihnen für entgangenen Verdienst von 3950 Tonnen Kohlen
1540 Mk. 50 Pf. samt 5 % Zins seit 1. Dezember 1893 zu
vergüten.

Die Beklagtschaft dagegen stellte folgenden Antrag: Es sei ihr
in Abänderung des angefochtenen Urteils in der Hauptsache das
Antwortbegehren (auf Abweisung der Klage) und in der Wider-
klagsache das Widerklagsbegehren (auf Schadenersatz im Betrage
von 16,107 Fr. 65 Cts. samt 5 % Zins seit 31. Januar 1894
zuzusprechen.

2.....

3. Eventuell sei ein sachgemäßes Beweisurteil zu erlassen, wo-
bei speziell in Betracht falle, daß die Differenzen zwischen den
Parteien die Provenienz der Kohlen und deren Qualität gegen-
über den Probekohlen (von 1892) betreffen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Im Mai 1892 lieferte die Firma Ferd. Baum & Cie.,
Kohlenhandlung in Mannheim, den schweizerischen Rheinsalinen
in Rheinfelden einen Waggon Kohlen zur Probe. Die Rhein-
salinen nahmen dann, ohne Beziehung von Baum & Cie., von
sich aus eine Probe mit den gelieferten Kohlen vor und ver-
zeichneten als Resultat derselben, daß sich auf 100 Kg. Kohlen
283,4 Kg. Salz und 7,98 % Schlacke ergeben hätten. Die ge-
nannten Firmen traten darauf im gleichen Jahr in Vertrags-
unterhandlungen betreffend Kohlenlieferung, wobei die Rheinsalinen
im Vertragsentwurf unter anderm erklärten, Baum & Cie. sollten

Kohlen „der Zeche Helene-Amalie, in Dualität nach den im
Monat Mai erhaltenen Probekohlen“ liefern, „welche (Probe-
kohlen) 283,7 Kg. Salz per 100 Kg. Kohlen und 7,98 %
Schlacken ergeben haben.“ Nach dem gleichen Vertragsentwurf
sollte ferner der Lieferant, um die Lieferung von minderwertigen,
den Proben und Vertragsbestimmungen nicht entsprechenden Kohlen
zu verhüten, den Salinen bei mindestens 26grädiger Soole ein
Minimalausbringen von 270 Kg. Salz auf 100 Kg. Kohlen
garantieren, und war auch das Verfahren behufs Konstatierung
dieses Minimalausbringens geregelt. Sämtliche genannten Be-
stimmungen des Vertragsentwurfes wurden jedoch, anscheinend
von Baum & Cie., gestrichen und es kam im Jahr 1892 zwischen
genannten Parteien kein Kohlenlieferungsvertrag zu Stande. Da-
gegen wurden die Verhandlungen in der Folge, im Februar 1893,
durch Vermittlung des C. Gemuseus in Basel wieder aufgenom-
men, wobei der genannte Vermittler der Firma Baum & Cie. zu
wiederholten Malen brieflich versicherte, daß die Rheinsalinen auf
jede Garantieleistung verzichteten. Baum & Cie. strichen dann
auch eine bezügliche Klausel in einem Vertragsentwurf, laut
welcher die Kohlen „in Dualität und Stückgehalt wie die vom
Mai 1892, die per 100 Kg. 283 Kg. Salz und 8 % Schlacken
ergeben hatten,“ geliefert werden sollten; an Stelle derselben
schlugen sie die Fassung vor: „in Dualität wie seiner Zeit zur
Probe bezogen.“ Es kam darauf am 15. April 1893 zwischen
Ferd. Baum & Cie. einerseits und den Schweizerischen Rheinsalinen
andrerseits ein Kohlenlieferungsvertrag zu Stande, dessen
wesentliche Bestimmungen folgende sind:

Art. 1. Ferd. Baum & Cie. verpflichten sich ... zu liefern
und die Schweizerischen Rheinsalinen verpflichten sich anzunehmen
vom 1. Juli 1893 — beziehungsweise nach Verbrauch der Kohlen
des bisherigen Lieferanten — bis 30. Juni 1894 den gesamten
auf den drei Salinen Rheinfelden, Ryburg und Kaiseraugst be-
nötigten Bedarf an Ruhrer Steinkohlen im Quantum von 70,000
bis 80,000 Meterzentner....

Art. 2. Die Kohlen müssen in mesterten Förderkohlen der
Zeche Helene-Amalie, in Dualität wie im Mai 1892 zur Probe
bezogen, angeliefert werden.

Es ist dabei den Rheinsalinen freigestellt, sich am Aus- und Aufstadeplatz in Mannheim gelegentlich zu überzeugen, daß die zu liefernden Kohlen einzig und allein aus obiger Zeche zuge- teilt werden.

Art. 3. Die Ablieferung hat in monatlichen gleichmäßigen Sendungen zu geschehen und zwar so, daß neben dem jeweiligen Tagesbedarf nach und nach ein Lagervorrat sich ansammelt, der auf jeder der beiden Salinen Rheinfelden und Ryburg circa 6000 Meterzentner und auf Kaiseraugst circa 2000 Meterzentner be- tragen soll. Die Sendungen haben nach Bedarf zu er- folgen.....

Art. 4. Sollten die Lieferanten die Kohlen nicht rechtzeitig oder nicht in genügenden Quantitäten anliefern, so steht den Rheinsalinen das Recht zu, auf die Nachlieferung zu verzichten, dieselbe zu verlangen oder aber zur Vermeidung von Betriebs- störungen sich von anderer Seite mit Kohlen zu versehen, wobei dann die Lieferanten alle bezüglichen Mehrauslagen ohne weitere Einrede zu vergüten haben.....

Art. 5. Kriegsfall schließen die Verpflichtung prompter Ablieferung aus, ebenso ein Wasserstand unter 1 W. 50 Gauber Pegel.

Art. 6. Die Schweizerischen Rheinsalinen bezahlen den Liefere- ranten für vorbezeichnete Schiffskohlen per Waggon von 10,000 Kg. netto und franco Fracht und schweizerischem Eingangszoll ge- liefert :

1. An die Bözbergbahnstation Augst Fr. 238 —

2. An die Bözbergbahnstation Wöhlin „ 242 —

Bei direktem Bahnbezug franko wie oben geliefert :

1. An die Bözbergbahnstation Augst Fr. 279 50

2. An die Bözbergbahnstation Wöhlin „ 284 50

Die Zahlung für das pro Monat abgelieferte und fakturierte Quantum erfolgt zwischen dem 15. und 20. des künftigen Monats bei der Salinenkasse in Ryburg.....

Mit Zuschrift vom 19. April 1893 teilten die Rheinsalinen Baum & Cie. mit, sie wünschten schon zwischen 15. und 30. Juni 1893 60 Waggons Kohlen nach Wöhlin und 5 Waggons nach Augst zu erhalten; im gleichen Schreiben werden Baum & Cie.

für alle Fälle, auch wenn keine weitere Mitteilung erfolgen sollte, darauf aufmerksam gemacht, daß der Monatsbedarf der Salinen 6500—7000 Meterzentner Kohlen betrage, wovon 800 bis 1000 Meterzentner nach Augst und der Rest nach Wöhlin zu senden seien; überdies gedenke man successiv einen Lager- vorrat von 10,000 Meterzentner anzulegen. Unterm 27. Mai gleichen Jahres setzten sodann die Rheinsalinen den Beginn der Kohlenlieferungen noch früher, auf 12. Juni an, da ihr Kohlen- vorrat zu Ende gehe. Es erfolgten sodann im Juni verschiedene Lieferungen, welche jedoch die Rheinsalinen zu Reklamationen ver- anlaßten. Dieselben schrieben unterm 27. Juni 1893 an Baum & Cie., sie seien, nachdem sie die Kohlen bei allen Pfannen pro- biert, mit denselben nicht zufrieden: Die Kohlen entwickelten zu wenig Hitze, seien zu mager, zu leicht, und es blieben die Resul- tate um circa 30 Kg. Salz per 100 Kg. Kohlen hinter den feiner Zeit gelieferten Musterkohlen zurück; auch seien sie lange nicht so stückreich wie die Muster. Im gleichen Brief und sodann wieder unterm 18. Juli 1893 mahnten die Salinen um weitere Kohlensendungen. Solche erfolgten dann allerdings nach einiger Unterbrechung um den 19. Juli; unter diesem Datum schrieb dann die Direktion der Salinen neuerdings an Baum & Cie., die im Auslad begriffenen Kohlen schienen noch nicht das Rich- tige zu treffen; sie müsse auf kräftigere und stückreichere Kohle bringen, und wünsche zur Probe 3 Waggons Kohlen von gleicher Mischung und gleichem Stückgehalt, wie die anno 1892 gelieferten Musterkohlen per Bahn direkt ab Zeche zu erhalten; die bisher gelieferte Kohle könne den Salinen fernerhin nicht dienen. Unterm 11. August erklärte dann die Direktion mit der genannten direkt gelieferten Kohle besser zufrieden zu sein, im übrigen aber keine Besserung der Ware zu konstatieren; speziell entspreche dieselbe nicht den feiner Zeit gelieferten Musterkohlen, welche bei 100 Kg. 283 Kg. Salz ergeben hätten. Auch in diesem Brief wird daher Qualitätsbesserung verlangt. Baum & Cie. beantworteten den- selben unterm 11. August dahin, daß sie die erhobenen Reklama- tionen auf das Gewissenhafteste verfolgten und eingehend berichten würden, sobald sie sich ein abgeschlossenes Urteil gebildet hätten. „Ist uns seitens der Zeche zum Hasen nicht vertragsmäßige

„Ware zugeteilt worden, so mag der betreffende Teil auch voll „und ganz für diese Vertragswidrigkeit aufkommen.“ Unterm 16. gleichen Monats teilte die Salinendirektion Baum & Cie. mit, die direkt bezogenen Kohlen hätten bessere Resultate ergeben; im übrigen aber verlange sie musterkonforme Qualität, widrigenfalls sie genötigt sein werde, die Bezüge einzustellen. Letzteres wurde dann auch mit Brief vom 6. September angedroht, in welchem die Salinendirektion gleichzeitig erklärte, daß sie angesichts des niedrigen Wasserstandes und der daherigen Verunmöglichtung der Rheinschiffahrt auf Anlage größerer Kohlenvorräte verzichte und den Bedarf successiv beziehen wolle, wofür 2 Waggons täglich nach Station Wöhlin und ebenso viel wöchentlich nach Augst genügten. Mit Brief vom 15. September reklamierte die Salinendirektion wieder wegen verspäteter Kohlenlieferung und forderte Nachlieferung der rückständigen Waggons; am 25. gleichen Monats erklärte sie sodann, die Lieferungen nach Wöhlin und Augst seien zu verdoppeln; übrigens seien die letzterhaltenen Kohlen besser, was dem direkten Bezüge ab der Zeche zugeschrieben werden müsse. Nachdem dann Baum & Cie. am 11. Oktober 1893 noch eine Kohlenlieferung gemacht, unterblieben weitere Lieferungen während des ganzen Monats Oktober. Unterm 1. November 1893 beklagten sich die Rheinsalinen über diese Unterbrechung, durch welche sie für den Monat Oktober um circa 80 Waggons verkürzt worden seien, und in eine ähnliche Verlegenheit wie im Juli geraten könnten; zugleich beschwerten sie sich darüber, daß trotz aller Reklamationen die eingegangenen Kohlen in keiner Weise den Vertragsbestimmungen beziehungsweise den darin angerufenen Musterkohlen entsprächen, sondern durchschnittlich höchstens 260 Kg. Salz, dagegen bis 12 % Schlacken und Asche ergeben hätten. Auf Grund dieser „ungenügenden Bedienung und fortwährenden Nichtbeachtung der Vertragsbestimmungen“ erklärte die Salinendirektion im genannten Brief den Rücktritt vom Vertrag mit dem Vorbehalt, Baum & Cie. für entstehenden Schaden auf Grund von Art. 4 des Vertrages zu belangen. Ferner wurde Baum & Cie. unterm gleichen Datum eröffnet, man würde die Waggons, deren Frachtbriefe bis und mit 3. November datiert seien, noch annehmen, alle spätern Sendungen dagegen zurückweisen. Hierauf antworteten Baum & Cie. mit Brief vom fol-

genden Tage, indem sie die Verspätung der Lieferungen mit den schwierigen Wasserstandsverhältnissen erklärten, und gegen eine Vertragsauflösung entschieden protestierten. Andererseits hielt die Salinendirektion mit Depesche vom 4. November und mit weiteren Briefen vom 5. und 8. November an ihrer Rücktrittserklärung fest und verweigerte demgemäß, trotzdem Baum & Cie. unterm 6. November sie förmlich in Verzug gesetzt und zur Vertragserfüllung aufgefordert hatten und zugleich definitive Antwort bis 10. gleichen Monats verlangten, die Annahme von 15 Waggons auf der Saline Wöhlin und 3 Waggons auf der Saline Augst, welche nach dem 3. November fakturiert worden waren. Bezüglich 15 der beanstandeten Waggons teilten darauf Baum & Cie. resp. ein abgeandter Vertreter der genannten Firma, unterm 18. November den Rheinsalinen mittelst eines ersten Telegramms von Basel aus mit, sie wollten dieselben, falls kein Einspruch erfolge, und kein Waggon zur Expertise zurückgehalten werden wolle, dort in Basel verkaufen. Mittelst eines zweiten Telegrammes vom gleichen Tage erfolgte dann die weitere Mitteilung, die Centralbahn sei um den Preis von 215 Fr. (per Waggon) Käuferin und es werde die Salinendirektion angefragt, ob sie auf gerichtlicher Versteigerung verharre. Da eine Antwort weder auf das erste noch auf das zweite Telegramm erfolgte, so verkauften Baum & Cie. die 15 Waggons zu obgenanntem Preise, mußten jedoch von den sich ergebenden 3225 Fr. im Ganzen 2465 Fr. 80 Cts. für Wagenmiete, Frachten, zc. verwenden. Die andern 3 Waggons wurden in Augst an die dortige Firma Gebr. Vogel zum Preise von je 230 Fr. verkauft; der Abzug für Spesen verschiedener Art betrug hier 386 Fr. 75 Cts. Am 16. Dezember 1893 fand sodann auf Begehren der Direktion der Rheinsalinen, mit Bewilligung des Gerichtspräsidiums Rheinfelden trotz Opposition der Gegenpartei eine sogenannte „Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnis durch Sachverständige“ statt, welche den Heizeffekt der in den Magazinen der Rheinsalinen befindlichen, laut Angabe derselben von Baum & Cie. herrührenden Kohlen konstatieren sollte. Diese Expertise ergab bei Vornahme von 3 Südten per 100 Kg. Kohle, als Mittel aus Sudt 1—3, 250,1 Kg. Salz, und als Mittel aus Sudt 2—3, 255,4 Kg. Salz.

Baum & Cie. erhoben darauf beim aargauischen Handelsgericht

Klage gegen die Rheinsalinen, indem sie folgende Posten geltend machten:

1. Sie hätten, mit den 180 refüßierten, zusammen 4050 Tonnen geliefert, somit nach Vertrag noch 3950 Tonnen liefern können. Gemäß Vertrag und Stand des Kohlenmarktes, hätten sie per Tonne (soll heißen per 10 Tonnen) 4 1/2 Mark verdient. Der Ausfall von den 3950 Tonnen betrage somit	Mk.	1,777	50
2. Verlust an den refüßierten 180 Tonnen	"	1,343	70
3. Retinierter Betrag dreier Fakturen für angenommene Waggons	"	6,622	80
	Mk.	9,744	—
	= Fr.	12,167	50
4. Fehler in 2 Abrechnungen vom 30. September und 31. Oktober zu Gunsten der Kläger	"	90	—
Total	Fr.	12,257	50

samt Zins à 5 % seit 1. Dezember 1893.

Mit Schreiben vom 19. Juli 1894 reduzierten dann Baum & Cie. den Posten 1 auf 1540 Mk. 50 Pf., indem sie den Reingewinn per 10 Tonnen statt auf 4 1/2 Mk. auf 3 Mk. 90 Pf. veranschlagten.

Die Beklagtschaft beantragt Abweisung der Klage und macht widerklagsweise eine Forderung von 16,107 Fr. 65 Cts. geltend, welche sie wie folgt spezifiziert:

1. Die Musterkohlen hätten auf 100 Kg. durchschnittlich 286,7 Kg. Salz, die anno 1893 gelieferten auf das gleiche Quantum Kohlen nur 251,3 Kg. Salz ergeben. Diese Differenz von 35,4 Kg. Salz auf 100 Kg. Kohlen ergebe auf 38,508,90 Meterzentner Kohlen eine Minderproduktion von 13,632,15 Meterzentner Salz; diese nun habe für die Beklagtschaft Mehrauslagen für Extrafabrikation sowohl an Arbeitslöhnen, als an Brennmaterial zur Folge gehabt. Diese Mehrauslagen seien von den Klägern zu

vergütet mit	Fr.	15,540	65
2. Kosten der Expertise	"	521	—
3. Parteikosten	"	46	—
	Fr.	16,107	65

samt Zins à 5 %, unter Kostenfolge.

Zu eventueller Deckung der Schadenersatzforderung retinierte die Beklagtschaft den Betrag von 3 Fakturen, zusammen 6622 Mk. 80 Pf.

Unterm 30. Juli 1894 fällte das aargauische Handelsgericht das eingangs wiedergegebene Urteil, indem es von folgenden Erwägungen ausging: Es sei zunächst die Frage zu prüfen, ob die Kläger sich eines Vertragsbruches schuldig gemacht hätten, der die Beklagten zum Rücktritt vom Vertrage berechtigte. In dieser Richtung werde von letztern zunächst behauptet, die Kläger hätten, entgegen Art. 2 des Vertrages, nicht Kohlen aus der Zeche Helene-Amalie geliefert. Dem gegenüber stehe jedoch fest daß die Beklagten die auf Prima-Helene-Amalie-Kohlen lautenden Fakturen der Kläger stets ohne Widerrede angenommen und bezahlt hätten, woraus zu schließen sei, daß sie die Provenienz nie ernstlich bezweifeln. Eventuell wäre es nach den Grundsätzen sowohl des Rechtes als eines loyalen Geschäftsverkehrs ihre Pflicht gewesen, sofort und jedenfalls vor Bezahlung zu reklamieren, oder doch im Fall der Bezahlung einen bezüglichen Vorbehalt zu machen. Statt dessen hätten die Beklagten in ihren Korrespondenzen nie obige Reklamation erhoben, und sei dieselbe jetzt nicht mehr zulässig. Dabei falle auch in Betracht, daß die Kläger es den Beklagten freigestellt hätten, sich in Duisburg persönlich von der vertragsgemäßen Provenienz der Kohlen zu überzeugen. Ebenso wenig stichhaltig sei sodann der Einwand wegen verzögerter Lieferung der Kohlen. Unbestritten sei nämlich, daß von Mitte Juni bis Mitte Oktober 1893, also binnen vier Monaten, beinahe die Hälfte des während des ganzen Jahres zu liefernden Vertragsquantums (von 70,000—80,000 Meterzentnern) und, wenn man die refüßierten 180 Tonnen mitberechne, mehr als die Hälfte geliefert worden sei. Während die Beklagten selbst am 19. April 1893 als monatliches Lieferungsquantum 6500—7000 Meterzentner bezeichnet, hätten Kläger ihnen tat-

fächlich in den ersten vier Monaten per Monat 9000—10,000 Meterzentner geliefert. Eine Verzögerung liege daher nicht vor, werde übrigens für die Zeit vom 8. Juli bis 11. Oktober auch gar nicht behauptet. Bezüglich der Zeit vom 11. Oktober bis 1. November sodann hätten die Lieferanten angesichts des gelieferten bedeutenden Quantum annehmen dürfen, daß die Salinen vorläufig genügend versehen seien, dies um so mehr, als letztere während genannter Zeit trotz Ausbleibens der Lieferungen nicht reklamierten. Überdies sei aber der Rücktritt der Beklagten vom Vertrag in der Form wie er bewerkstelligt wurde, gemäß Art. 122 D.-M. unzulässig, indem eine Fristansetzung zur nachträglichen Erfüllung mit Androhung der Vertragsauflösung nicht erfolgt sei; diese Formalität sei aber in casu erforderlich, da ein Fixgeschäft (Art. 123 D.-M.) nicht vorliege. Wenn Beklagte endlich behaupteten, die gelieferten Kohlen hätten nicht die vertraglich ausbedungene Qualität gehabt, so sei richtig, daß laut Vertrag „Kohlen wie im Mai 1892 zur Probe bezogen“ geliefert werden sollten. Frage sich nun, ob die Kläger damit auch die Garantie übernommen, daß die Heizkraft dieselbe sei, so ergebe sich zunächst, daß Kläger anlässlich der Unterhandlungen in den ursprünglichen Vertragsdoppeln die Stelle durchstrichen, laut welcher sie Ware wie die vom Mai 1892 liefern sollten, „welche auf 100 Kg. Kohlen 283 Kg. Salz und 8 % Schlacken ergeben.“ Die Beklagten hätten sich sodann damit einverstanden erklärt, daß Ware „in Qualität wie im Mai 1892 zur Probe bezogen“ geliefert werden sollte. Zweifellos habe man nun durch die gestrichene Stelle die Effektgantie in den Vertrag aufnehmen wollen. In der Streichung der betreffenden Zahlen, welche die einzige Grundlage der Effektgantie hätten bilden können, liege daher eine Ablehnung der letztern. In der garantierten „Qualität“ sei die Heizkraft nicht inbegriffen; vielmehr sei unter Qualität nur die allgemeine Natur der Kohle verstanden gewesen. Dies werde dadurch bestätigt, daß nach allgemeinem kaufmännischem Brauch eine Garantie für die Heizkraft der Kohlen nur ganz ausnahmsweise in äußerst seltenen Fällen, übernommen werde, und diese Garantie dann ausdrücklich ausbedungen werden müsse. Der Grund dafür liege eben in der Gefahr der Effektgantie für den Verkäufer.

Selbst wenn man aber Effektgantie als geleistet annehmen wolle, so könnten doch die von den Beklagten einseitig festgestellten Zahlen nicht maßgebend sein; eine gemeinschaftliche Feststellung punkto Heizkraft der Kohlen von 1892 fehle aber, was auch gegen die Effektgantie spreche. Eine Anerkennung der beklaglichen Reklamationen sei nie erfolgt, vielmehr aus der Annahme der Facturen zu schließen, daß umgekehrt die Vertragsmäßigkeit der Lieferungen anerkannt worden sei. Es sei daher die Klage grundsätzlich begründet, die Widerklage dagegen unbegründet. Was sodann die einzelnen Klageposten betreffe, so könne vorab die Forderung von 1540 Mk. 50 Pf. für Verdienstaussfall nicht gutgeheißen werden. Kläger hätten nämlich die Fortsetzung des Vertrages nicht bestimmt verlangt, weshalb die Zusprechung eines Verdienstaussfalles an denjenigen Sendungen, welche bei Fortdauer des Vertrages zu machen gewesen wären, unbillig wäre. Bezüglich der 1343 Mk. 70 Pf. Totalverlust an den 180 von den Beklagten resütierten Tonnen sei aus der Aktenlage zu schließen, daß die betreffende Sendung, weil bereits abgegangen, von den Klägern zur Zeit des Abbruches der Unterhandlungen betreffend Rückzug der Vertragskündigung nicht mehr rückgängig gemacht werden konnte; Kläger hätten denn auch die Beklagenschaft diesbezüglich in Verzug gesetzt. Letztere wäre pflichtig gewesen, die 18 Waggons anzunehmen und müsse jetzt den daherischen Schaden ersetzen, dessen Quantitativ laut Erhebungen richtig beziffert worden sei; ebenso seien die Spesen angemessen, welche Baum & Cie. für Entsendung eines Vertreters in die Schweiz, zwecks Veräußerung fraglicher Kohlen, berechneten. Demgemäß sei auch der Klageposten von 1343 Mk. 70 Pf. in vollem Umfange gutzuheißen. Im weitern sei ein Betrag von 6622 Mark 80 Pf. laut 3 Facturen für angenommene und konsumierte Waggons, welchen Betrag die Beklagten zur Deckung ihrer angeblichen Gegenforderungen retiniert hatten, ohne weiteres an die Kläger auszuzahlen, da eben die betreffenden Gegenforderungen nicht zugelassen worden seien. Der Betrag von 90 Fr. endlich aus Irrtum in den klägerischen Abrechnungen sei nicht bestritten und stehe die Zahlungspflicht der Beklagten diesbezüglich außer Zweifel.

2. Die Kompetenz des Bundesgerichtes ist vorhanden. Hinsichtlich des Streitwertes liegt dies auf der Hand; sowohl Verklage als Widerklage erreichen den gesetzlichen Streitwert. Im fernern hat die Vorinstanz ausschließlich eidgenössisches, in keiner Beziehung aber ausländisches Recht angewendet. Die Voraussetzungen der Berufung nach Art. 56 und 57 sind also gegeben. Die Anwendung eines Rechtsgrundsatzes des eidgenössischen Rechtes steht jedenfalls insoweit in Frage, als es sich darum handelt, ob die Vorinstanz zu Recht oder zu Unrecht eidgenössisches Recht angewendet habe. Denn die Grundsätze über den örtlichen Herrschaftsbereich des Obligationenrechtes sind, wie das Bundesgericht schon häufig ausgesprochen hat, eidgenössischen Rechtes; sie sind durch Doktrin und Praxis gemäß dem Sinn und Geist des Obligationenrechtes zu entwickeln, es sind für das Gebiet des Obligationenrechtes nicht etwa die Regeln der kantonalen Gesetze über internationales Privatrecht in Kraft geblieben. Würde das Bundesgericht finden, das kantonale Gericht habe zu Unrecht eidgenössisches Recht angewendet, der Rechtsstreit sei, nach dem Willen des Obligationenrechtes ganz oder teilweise nach ausländischem Rechte zu beurteilen, so müßte sich dann allerdings fragen, ob das Bundesgericht in der Sache auch materiell, unter Anwendung des maßgebenden fremden Rechtes, zu entscheiden, oder aber vielmehr den Rechtsstreit zu erneuter Beurteilung nach fremdem Rechte an das kantonale Gericht zurückzuweisen habe. Allein im vorliegenden Falle kann dies dahingestellt bleiben. Denn hier ist in der Tat schweizerisches Recht für anwendbar zu erachten. Die Parteien haben sich im Prozesse in keiner Weise auf fremdes Recht berufen; sie sind vielmehr übereinstimmend davon ausgegangen, es sei schweizerisches Recht anwendbar. Es ist im fernern die eine Partei, der Käufer, in der Schweiz domiciliert; es befindet sich, wenn auch vielleicht nicht der Erfüllungsort für den Verkäufer, so doch jedenfalls der Bestimmungsort der gekauften Ware und ganz unzweifelhaft der Erfüllungsort für den Käufer (die Salinen haben bei ihrer Kasse in Aargau zu bezahlen), in der Schweiz, wo auch die Vertragsunterhandlungen stattgefunden haben. Bei dieser Sachlage kann wohl gesagt werden, die Parteien seien beim Vertragsschlusse davon ausgegangen,

ihr Rechtsverhältnis unterstehe dem schweizerischen Rechte, bezw. sie haben die Anwendung des schweizerischen Rechtes vernünftiger- und billigerweise erwarten müssen. Wie das Bundesgericht in ständiger Praxis festgehalten hat (vgl. unter andern Entscheidung in Sachen Bony gegen Blanchod & Cie. vom 2. Dezember 1893, XIX, S. 88, Erw. 1), regeln sich die dem Parteinwillen anheimgegebenen Wirkungen eines obligatorischen Rechtsgeschäftes, und nur hierum handelt es sich hier, nach demjenigen örtlichen Rechte, dessen Anwendung der bona fides des Verkehrs, einem vernünftigen Parteinwillen entspricht.

3. In der Sache selbst ist unzweifelhaft, daß zwischen den Parteien ein Kauf ist abgeschlossen worden. Obschon in den Vertragsinstrumenten Baum & Cie. als Hauptvertreter der Zeche Helene-Amalie bezeichnet worden, ist doch unbestritten und übrigens nach den Akten völlig unzweifelhaft, daß Baum & Cie. in eigenem Namen und nicht etwa im Namen der Gewerkschaft der Zeche Helene-Amalie abgeschlossen haben. Ebenso ist das Rechtsgeschäft unzweifelhaft ein Kauf, und zwar ein einheitlicher, in Ratenlieferung zu erfüllender Kauf. Die Hauptklage ist eine Kontraktklage aus Kauf, gerichtet teils auf Vertragserfüllung, teils auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung: Ersteres insoweit sie auf Bezahlung der retinierten Fakturabeträge über gelieferte und angenommene Ware gerichtet ist, letzteres in ihrem übrigen Inhalt.

4. Insoweit die Klage Herausgabe der retinierten Fakturabeträge verlangt, macht sie nichts anderes geltend, als die Kaufpreisforderung des Verkäufers für gelieferte und angenommene Ware, für von ihm gelieferte und vom Käufer angenommene Ratenlieferungen, ist also Erfüllungs- nicht (kontraktliche) Schadenersatzklage. Diese Kaufpreisforderung von 6622 Mk. 80 Pf. für die gelieferten und behaltenen, aber noch nicht bezahlten 69 Waggons Kohlen nun ist an sich nicht bestritten, sondern die Beklagte will gegen dieselbe nur ihre widerklagsweise geltend gemachte Schadenersatzforderung zur Verrechnung bringen. Die Beklagte beantragt allerdings einfach Abweisung der Klage und erhebt daneben selbständig Widerklage auf Schadenersatz im Betrage von 16,107 Fr. 65 Cts., und danach könnte es scheinen, als beantrage sie, neben der geforderten Schadenersatzsumme, auch noch die

empfangenen, aber noch nicht bezahlten 69 Waggon Kohlen ohne Gegenleistung behalten zu dürfen. Allein dies ist offenbar nicht die Meinung der Beklagten. Denn in der Klagebeantwortung wird rückfichtlich der drei nicht bezahlten Fakturabträge bemerkt, sie werden zur Deckung der Widerklageforderung retiniert, also sie werden zurückbehalten, um daraus die Widerklageforderung zum entsprechenden Betrage zu tilgen, die Widerklageforderung gegen sie teilweise aufzurechnen. In soweit also die Klage Herausgabe der drei erwähnten Fakturabträge resp. Kaufpreiszahlung fordert, ist sie an sich nicht bestritten und kann es sich daher nur fragen, ob sie nicht durch Verrechnung mit der Widerklageforderung getilgt sei. Die Entscheidung über diesen Teil der Klageforderung hängt also von dem Schicksal der Widerklage ab und es ist daher davon später zu handeln.

5. Im weitem fordert die Klage 1343 Mk. 70 Pf. als Differenz zwischen dem durch den Selbsthülfeverkauf der 18 von den Salinen zur Disposition gestellten Waggon erzielten Erlöse und dem Fakturapreise dieser Waggon; sodann, gemäß nachträglicher Richtigstellung der Klageschrift, 1540 Mk. 50 Pf. für entgangenen Gewinn auf den 3950 Tonnen, welche die Kläger noch zu liefern berechtigt gewesen wären, aber infolge des Rücktrittes der Salinen vom Vertrage nicht mehr haben liefern können.

6. Was nun zunächst die erstere Forderung anbelangt, so ist dieselbe grundsätzlich dann begründet, wenn der Käufer zur Annahme der ihm angebotenen Ware verpflichtet war. Dies setzt voraus, daß einmal die Ware gesetz- und vertragsgemäß empfangbar war und zweitens, daß sie rechtzeitig angeboten wurde, d. h. vom Käufer nicht wegen Verspätung des Angebotes, weil er wegen Lieferungsverzugs des Verkäufers zum Rücktritte vom Vertrage berechtigt war, zurückgewiesen werden durfte. In ersterer Richtung, rückfichtlich der Empfangbarkeit der Ware nun ist nicht bestritten, daß nach dem Vertrage melierte Förderkohle der Zeche Helene-Amalie geliefert werden mußte, dagegen ist bestritten, ob zur Empfangbarkeit daneben noch gehörte, daß die Kohle bezüglich der Heizkraft den im Mai 1892 „zur Probe“ bezogenen Kohlen entsprach. Der Verkäufer verneint dies, während der

Käufer es behauptet. Das Handelsgericht hat sich der Auffassung des Verkäufers angeschlossen. Die hiegegen gerichtete Beschwerde des Käufers kann nicht für begründet erachtet werden. Die Parteien haben sich darüber gestritten, ob der Kauf ein Kauf nach Muster sei. Dies ist nach den Bestimmungen des Obligationenrechtes über den Kauf nach Muster wohl zu verneinen. Denn aus den Rechtsätzen, welche das Obligationenrecht in Art. 267 und 268 über den Kauf nach Muster aufstellt, ergibt sich, daß es als solchen nur einen Kauf betrachtet, bei welchem ein Muster der einen oder andern Vertragspartei anvertraut ist, wo also die Beschaffenheit der Ware durch den Vergleich mit einem solchen Muster festgestellt werden kann und soll. Davon kann aber hier, wo die zur Probe gekauften Kohlen vom Jahre 1892 zur Zeit des Vertragsabschlusses offenbar längst nicht mehr existierten, nicht die Rede sein. Es ist aber diese Frage, ob Musterkauf im Sinne des Obligationenrechtes vorliege oder nicht, nicht entscheidend. Entscheidend ist vielmehr, ob ein dictum et promissum des Verkäufers dahin vorliegt, daß die Ware in Bezug auf die Heizkraft den im Mai 1892 zur Probe gekauften Kohlen entsprechen müsse. Wäre dies zu bejahen, so wäre, obschon kein Kauf nach Muster vorliegt, Ware, die dieser Eigenschaft ermangelte, doch nicht lieferbar. Allein das Handelsgericht nimmt nun an, ein dictum et promissum des vom Beklagten behaupteten Inhalts bestehe überhaupt nicht. Maßgebend hiefür ist die Auslegung der Vertragsklausel „Qualität wie im Mai 1892 zur Probe bezogen.“ Das Handelsgericht stellt, mit Rücksicht auf die Entstehung dieser Vertragsbestimmung und die allgemeine Usance im Kohlenhandel, fest, diese Klausel beziehe sich nicht auf die Heizkraft, sondern nur auf die allgemeine Natur der Kohle. Dieser Auslegung des Vertrages liegt ein Rechtsirritum nicht zu Grunde. Es ist nicht rechtsirritumlich, wenn das Handelsgericht aus der Streichung der die Heizkraft der Probekohlen betreffenden Ziffern im Vertragsentwurfe, in Verbindung mit der allgemeinen kaufmännischen Übung, die Schlussfolgerung zieht, es sei hier der Parteiwille, daß Garantie für die Heizkraft der Kohlen nicht übernommen worden, zu deutlichem Ausdruck gelangt, so daß die Worte Qualität wie im Jahre 1892 zur Probe

bezogen, darauf unmöglich sich beziehen können. Im Gegenteil handelt es sich hier um eine, auf konkrete Tatumstände und kaufmännische Übungen gestützte Feststellung des Parteiwillens beim Vertragsschlusse, zu welcher das sachverständige Handelsgericht besser qualifiziert war, als das Bundesgericht es ist. Es ist auch bei Annahme der vom Handelsgericht vertretenen Rechtsauslegung nicht etwa der Beisatz „Qualität wie im Mai 1892 zur Probe bezogen“ bedeutungslos. Vielmehr behält derselbe, auch wenn er auf den Heizeffekt nicht bezogen werden kann, seine Bedeutung, die Bedeutung nämlich, daß von den melierten Förderkohlen der Zeche Helene-Amalie, wie sie zur Zeit der Lieferung gefördert werden, I. Qualität geliefert werden müsse, die in ihrem Verhältnisse zu der gegenwärtigen Produktion der Zeche auf gleicher Stufe stehe, wie die Sendung von 1892 zu der damaligen Produktion, nämlich (wie die Ware denn auch stets fakturiert worden ist) prima melierte Förderkohle der Zeche Helene-Amalie. Ausgeschlossen ist, nach der handelsgerichtlichen Auslegung, nur die Gewährleistung, daß die gegenwärtige prima melierte Förderkohle der Zeche Helene-Amalie hinsichtlich ihrer Heizkraft der im Jahre 1892 zur Probe bezogenen gleichstehe, was eben, wie das Handelsgericht ausführt, mit Rücksicht auf die wechselnde Heizkraft der Kohle einer und derselben Zeche nicht mit Sicherheit zugesichert werden konnte. Es ist danach davon auszugehen, daß das vom Käufer behauptete dictum et promissum nicht bestand, vielmehr der Verkäufer seiner Verpflichtung Genüge leistete, wenn er prima melierte Förderkohle der Zeche Helene-Amalie lieferte, mochte auch dieselbe die Heizkraft der zur Probe bezogenen Kohlen nicht erreichen. Danach hängt die Entscheidung darüber, ob empfangbare Ware vom Verkäufer angeboten worden sei, einfach davon ab, ob das Angebot sich auf prima melierte Förderkohle der Zeche Helene-Amalie bezog resp. ob die zur Disposition gestellten 18 Waggons prima melierte Förderkohle der Zeche Helene-Amalie enthielten. Nicht bestritten ist, daß die Ware prima melierte Förderkohle und als solche Handelsgut war. In der Korrespondenz ist zwar in Betreff früherer Lieferungen gelegentlich eine sachbezügliche Rüge angedeutet worden, allein im Prozeß ist davon nicht weiter die Rede gewesen und wohl mit Recht nicht.

Denn die beim Selbsthülfeverkauf erzielten Preise scheinen deutlich zu zeigen, daß die Ware Handelsgut war. Bestritten ist dagegen, daß lauter Kohle der Zeche Helene-Amalie geliefert worden sei. Das Handelsgericht hat die Beklagte mit dieser Einrede deshalb gar nicht gehört, weil die Beklagte die klägerischen Fakturen, welche auf prima melierte Förderkohle der Zeche Helene-Amalie lauteten, stets ohne Widerspruch angenommen und bezahlt habe, woraus sich ergebe, daß sie ernstliche Zweifel an der Provenienz der Ware gar nicht gehabt habe, und weil sie auch andernfalls verpflichtet gewesen wäre, ihre Reklamationen sofort und jedenfalls vor der Bezahlung der Fakturen geltend zu machen. Diese Ausführung ist, jedenfalls insoweit sie sich auf die hier in Rede stehenden Ratenlieferungen, nämlich die sofort bei ihrem Eintreffen zur Disposition gestellten 18 Waggons bezieht, rechtsirrtümlich. In Betreff dieser zur Disposition gestellten Waggons kann von Annahme und Bezahlung der Faktur, von Anerkennung oder einer Verspätung der Mängelrüge selbstverständlich gar nicht die Rede sein. Die Beklagte war vielmehr zweifellos berechtigt, auch erst im Prozesse zu bestreiten, daß dieselben vertragsgemäße, empfangbare Ware enthalten haben. In dieser Richtung muß sich fragen, welchen Teil die Beweislast treffe. Prinzipiell kann nun kein Zweifel darüber obwalten, daß, wenn der Käufer die Ware nicht empfängt, sondern als nicht empfangbar zurückweist, der Verkäufer die Empfangbarkeit der Ware zu beweisen hat. Allein nun statuiert Art. 248 Abs. 2 O.-N. für den Distanzkauf eine Ausnahme. Er legt beim Distanzkauf dem Käufer, der die Ware zu Disposition stellen will, die Verpflichtung auf, nicht nur für die einstweilige Aufbewahrung der Ware zu sorgen, sondern auch den Tatbestand ohne Verzug gehörig feststellen zu lassen, widrigenfalls ihm der Beweis obliegt, daß die behaupteten Mängel schon zur Zeit der Empfangnahme vorhanden gewesen seien. In dem gedachten Falle, wenn der Käufer die beim Distanzkauf ihm obliegende Pflicht, den Tatbestand feststellen zu lassen, verletzt, trifft ihn also nach dem Gesetze das Präjudiz, daß nunmehr nicht mehr der Verkäufer die Empfangbarkeit, sondern vielmehr er, der Käufer, die vertragswidrige Beschaffenheit der Ware zu beweisen hat. Nun hat im vorliegenden Falle der Käufer in der Tat die

gedachte Verpflichtung verlegt, freilich hat er eine Expertise zum ewigen Gedächtnisse veranstaltet; allein er hat dieser Expertise nicht die von ihm zurückgewiesene Ware unterstellt, sondern andere Ware, von welcher er behauptete, sie früher vom Verkäufer erhalten zu haben. Darin liegt aber selbstverständlich eine Erfüllung der Pflicht zur Konstatierung des Tatbestandes rücksichtlich der zurückgewiesenen Ware, welche hier in Frage steht, nicht. Dies um so weniger, als ja rücksichtlich der frühern Lieferungen die Beklagten selbst in der Korrespondenz wiederholt eine Verschiedenheit zwischen der Beschaffenheit der einzelnen Lieferungen konstatiert hatten. Danach hat sich denn hier die Beweislast umgedreht; nicht mehr der Verkäufer, sondern der Käufer ist beweispflichtig. Es könnte hiegegen allerdings eingewendet werden, die Rüge, es sei nicht Kohle der Zeche Helene-Amalie geliefert worden, betreffe nicht einen Qualitätsmangel, sondern mache geltend, es sei ein aliud, eine andere als die vertraglich versprochene Sache geliefert worden. Allein dieser Einwand erscheint doch nicht als begründet. Die Parteien sind durchaus davon ausgegangen, die Herkunft der Kohlen aus der Zeche Helene-Amalie sei ein Element der vertraglich vorgesehenen Sachqualität und es entspricht dies wohl auch überhaupt der Auffassung des Verkehrs. Demnach ist also hier der Käufer beweispflichtig. Nun hat derselbe einen Beweis allerdings angetreten und es ist der Beweis Antrag vom Handelsgerichte, aus unzutreffenden Gründen, als unerheblich abgelehnt worden. Allein wenn auch der Beweis Antrag eine erhebliche Tatsache betrifft, so ist derselbe doch abzulehnen. Denn er ist, und das hat das Bundesgericht nach Art. 82 O.-G. selbständig zu prüfen, völlig ausfichtslos. Der Käufer will die Behauptung, daß die erhaltene Ware nicht aus der Zeche Helene-Amalie stamme, durch den Brief der Zecheverwaltung an ihn vom 4. April 1893 und die Angestellten der Gewerkschaft der Zeche beweisen. Durch diese Beweismittel kann aber diese Behauptung nicht bewiesen werden. Der Brief vom 4. April beweist gar nichts; er zeigt nur, was schon ohnehin feststeht, daß die Salinen nicht direkte Abnehmer der Zeche sind, und auch die Angestellten der Zeche Helene-Amalie könnten offenbar, gerade weil die Beklagten direkte Abnehmer der

Zeche Helene-Amalie nicht waren, noch sein sollten, nichts bezeugen, woraus geschlossen werden könnte, die den Beklagten von den Klägern gelieferte Ware entstamme nicht der Zeche Helene-Amalie. Die Beklagten haben denn auch die fragliche Behauptung erst nachträglich im Prozesse aufgestellt. Wenn schließlich die Beklagten noch behauptet haben, die Kläger hätten die Begründetheit ihrer Reklamationen in der Korrespondenz anerkannt, so ist diese Behauptung völlig unbegründet, wofür einfach auf die Begründung des handelsgerichtlichen Urteils verwiesen werden kann. In der Tat ist klar, daß von einer Anerkennung der betreffenden Reklamationen nicht die Rede sein kann. Die Kläger haben nichts anderes getan, als eine Prüfung der Reklamationen in Aussicht gestellt und eventuell, wenn dieselben sich als begründet herausstellen sollten, Abhilfe versprochen; von einer Anerkennung war nie die Rede, insbesondere nicht rücksichtlich der hier in Frage stehenden 18 zur Disposition gestellten Waggons.

7. Fragt sich im weitern, ob die Beklagtschaft die Annahme der zurückgewiesenen 18 Waggons deshalb habe verweigern dürfen, weil sie in Folge Lieferungsverzuges des Verkäufers zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt gewesen sei, so ist auch dies, in Übereinstimmung mit dem Handelsgerichte, zu verneinen. Es ist zunächst vollständig richtig, was das Handelsgericht ausführt, daß die Kläger bis Mitte Oktober, also wenn die Lieferzeit vom tatsächlichen Beginn der Lieferungen, Mitte Juni, an gerechnet wird, während der ersten vier Monate der Vertragsdauer nahezu die Hälfte des ganzen vertraglich von ihnen während eines Jahres zu liefernden Quantums von höchstens 80,000 Meterzentnern, nämlich 38,700 Meterzentner geliefert hatten. Werden die zurückgewiesenen 18 Waggons, 1800 Meterzentner, dazu gerechnet, so betrug die Lieferung sogar mehr als die Hälfte; es ist ebenso vollständig richtig, daß die Kläger in den ersten vier Monaten der Vertragszeit tatsächlich mehr als das im Briefe der Beklagten vom 19. April 1893 ihnen bezeichnete Lieferungsquantum von 6500 bis 7000 Zentner per Monat, nämlich durchschnittlich monatlich 9000 bis 10,000 Zentner geliefert haben; in dem Überschusse liegt gewiß ein reichlicher Beitrag an die Bildung des Lagervorrates. Legt man also die Bestimmung des Art. III des

Vertrages zu Grunde, die Ablieferung habe in monatlichen gleichmäßigen Sendungen zu geschehen, so waren die Kläger mit ihren Lieferungen nicht nur nicht im Rückstande, sondern sie befanden sich damit sogar im Vorsprunge; sie hatten in der ersten Zeit der Vertragsdauer mehr geliefert, als auf diese verhältnismäßig entfiel. Die weitere Bestimmung des Vertrages, daß die Lieferung per Schiff des Vorrates für die Wintermonate November bis März mit 35,000 bis 40,000 Meterzentner vom September an zu geschehen habe, fällt in concreto außer Betracht. Denn in ihrem Briefe vom 6. September hatte ja die Beklagtschaft ausdrücklich erklärt, daß sie auf Anlegung größerer Wintervorräte verzichte und ihren Bedarf successive beziehen werde. Nun ist allerdings richtig, daß in ihrem Briefe vom 26. September, in Antwort auf die klägerische Ordre vom 25., die Kläger zugesagt hatten, fortan täglich vier Waggons nach Wählin und wöchentlich vier Waggons nach Auggst zu senden, ohne irgend anzudeuten, daß sie mit ihren Lieferungen bis jetzt im Vorsprunge seien, und daß alsdann diese täglichen Sendungen vom 11. Oktober an bis gegen Ende Oktober unterblieben. Allein dieser Umstand berechtigte die Beklagten nicht zum Rücktritte vom Vertrage. Bei der Beredung täglicher Lieferungen von bestimmtem Umfange hatte es durchaus nicht die Meinung, daß mit dem Ausbleiben einer täglichen Lieferung der Vertrag dahinfallen, daß von der strikten Innehaltung der gegebenen Versandtordre der Bestand des Vertrages abhängen solle. Dies ergibt sich deutlich aus dem Briefe der Beklagten vom 15. September, in welchem sie allerdings pünktliche Innehaltung ihrer Versandtinstruktion vorschreiben, aber alsdann beifügen: „alle vorkommenden Rückstände müssen daher nachgeliefert werden.“ Bei dieser Sachlage durfte der Verkäufer, nachdem er bis zum 11. Oktober regelmäßig geliefert hatte, sich mit seinen Lieferungen verhältnismäßig sogar im Vorsprunge befand, wohl annehmen, daß er, sofern der Käufer nicht reklamiere, einigen Unterbruch der täglichen Lieferungen könne eintreten lassen, um die Rückstände später nachzuholen. Keinenfalls war es bei diesem Sachverhalte der Beklagtschaft gestattet, ohne weiters, ohne jede Inverzugsetzung der Kläger, vom Vertrage zurückzutreten. Denn ein Firgeschäft lag nach dem Ausgeführten nach dem erkennbaren

Parteiwillen nicht vor. Die Beklagten mußten daher den Klägern jedenfalls bevor sie vom Vertrage zurücktreten konnten, eine angemessene Nachfrist zur Erfüllung nach Art. 122 D.-R. ansehen. Nun haben aber die Beklagten während der Zeit des Unterbruches der Lieferungen vom 11. Oktober an mit keinem Worte reklamiert; erst in demjenigen Momente, wo die Kläger die Lieferungen gerade wieder aufnahmen, erklärten sie plötzlich und unvermutet den Rücktritt vom Vertrage. Die frühern Androhungen enthalten keine Fristansetzung.

8. Danach waren denn die Beklagten zur Dispositionsstellung der 18 Waggons weder wegen nicht vertragsmäßiger Beschaffenheit der Ware noch wegen eines den Rücktritt vom Vertrage rechtfertigenden Lieferungsverzuges des Verkäufers berechtigt. Sie gerieten daher durch ihre Weigerung, diese Waggons anzunehmen, in Annahmeverzug. Gemäß Art. 108 D.-R. war demzufolge der Verkäufer berechtigt, zum Selbsthülfeverkauf zu schreiten. Denn daß Kohlen sich zur Hinterlegung nicht eignen, da die auflaufenden Lagergelder sehr bald den Wert der Ware aufzehren würden, ist gewiß unzweifelhaft. Daß der Selbsthülfeverkauf nicht ordnungsmäßig durchgeführt worden sei und daher vom Käufer nicht als auf seine Rechnung geschlossen anerkannt zu werden brauche, ist von der Beklagtschaft nicht geltend gemacht worden, und es braucht daher dieser Punkt nicht weiter untersucht zu werden. Die Forderung von 1343 Mk. 70 Pf. als Differenz zwischen dem Ergebnisse des Selbsthülfeverkaufes und dem Vertragspreise der zurückgewiesenen 18 Waggons ist also begründet. Denn die Einwendung der Beklagten, der Beweis über das Quantitativ der Forderung sei vom Handelsgerichtspräsidium durch ungesekliche und von den Parteien nicht angerufene Beweismittel erhoben worden, entzieht sich, als eine rein prozessrechtliche, offenbar der Nachprüfung des Bundesgerichtes. Ebenso ist die Einwendung selbstverständlich unbegründet, daß die Beklagten in ihrem Briefe vom 1. November rechtzeitig abbestellt haben. Denn, wenn die Kläger befugt waren, Abnahme der Ware zu verlangen, so durften sie sicher Lieferung ohne Rücksicht auf eine Abbestellung der Beklagten anerbieten.

9. Aus dem Angeführten folgt denn auch ohne weiters, daß

die Widerklagesforderung der Beklagten unbegründet ist. Dieselbe qualifiziert sich, wie die Kläger gewiß richtig bemerkt haben, nicht als spezifisch kaufrechtliche Gewährleistungs- (Wandelungs- oder Preisminderungs-) Klage, sondern als allgemeine kontraktliche Schadenersatzklage; sie wird darauf begründet, daß den Beklagten bei dem Verbräuche der Ware in ihrer Fabrikation zufolge der mangelhaften Beschaffenheit der Ware ein Schaden durch Verminderung des Salzausbringens entstanden sei. Auf die behauptete Verzögerung der Lieferungen wird der Widerklageanspruch gar nicht begründet. Nun ist klar, daß zu Begründung der angestellten Schadenersatzklage zum mindesten der Nachweis erforderlich wäre, daß die empfangene und konsumierte Ware wirklich nicht empfangbar war. Denn es ist feststehendes Recht, daß den Käufer, welcher eine Ware in Empfang genommen und darüber disponiert, sie konsumiert und gar noch, wie hier, zum größeren Teile bezahlt hat, die Beweislast für die Mangelhaftigkeit der Ware trifft, wenn er nachträglich eine selbständige Schadenersatzforderung geltend machen will. Nach wiederholten Entscheidungen des Bundesgerichtes hätte er überdem noch das Verschulden des Verkäufers zu beweisen. Nun ist aber, wie sich aus dem früher Ausgeführten ergibt, in concreto die kontraktwidrige Beschaffenheit der Ware weder bewiesen, noch in tauglicher Weise zum Beweise verstellt. Schon aus diesem Grunde muß die Widerklage ohne weiters abgewiesen werden.

10. Ist demgemäß die Widerklage abzuweisen, so hat dies zur Folge, daß auch derjenige Teil der Klagesforderung, gegen welchen die Widerkläger mit der Widerklagesforderung kompensieren wollten, nämlich die Forderung von 6622 Mk. 80 Pf. für die gehaltenen aber noch nicht bezahlten 69 Waggons gutgeheißen werden muß. Gegen die 90 Jz. sodann, welche in Berichtigung eines Rechnungsfehlers gefordert werden, hat die Beklagtschaft eine Einwendung nicht erhoben.

11. Danach bleibt als letzte Klagepost nur noch zu behandeln die Forderung von 1540 Mk. 50 Pf. wegen entgangenen Gewinnes auf den nicht mehr zur Lieferung gelangten 3950 Tonnen. Diese Post ist vom Handelsgerichte deshalb abgewiesen worden, weil die Kläger die Fortsetzung des Vertrages nicht bestimmt

verlangt haben und es unbillig wäre, ihnen eine Forderung für den mutmaßlichen Verdienstaussfall von denjenigen Sendungen zuzurechnen, welche noch zu machen gewesen wären. Diese Entscheidung erscheint als rechtsirrtümlich. Tatsächlich steht fest: Der Käufer erklärte am 1. November, daß er vom Vertrage zurücktrete und vom 3. an keine Sendungen mehr annehme. Hiegegen protestierte der Verkäufer sofort am 2. November, an welchem Tage er noch weitere Sendungen abgehen ließ, und wieder am 4. November. Der Käufer beharrte aber in seinem Schreiben vom 5. November auf seinem Standpunkt. Daraufhin erbat sich der Verkäufer abermals am 6. November Drahtmitteilung, ob er den Versandt ab Zeche wieder aufnehmen solle, und erklärte, daß er den Käufer förmlich in Verzug setze und für allen Schaden verantwortlich mache und sich bis zum 10. November die ganz bestimmte Erklärung erbitte, ob der Käufer auf der Annullierung des Vertrages jetzt noch beharre. Darauf antwortete der Käufer einfach, er halte seine Erklärung betreffend Rücktritt vom Vertrage in allen Teilen aufrecht und es habe bei der Refusionierung der eintreffenden Waggons sein Bewenden, die er dann auch tatsächlich durchführte. Nichtsdestoweniger machte der Verkäufer nochmals mit Brief vom 10. November den Versuch, den Käufer zu bestimmen, seinen Rücktritt vom Vertrage zurückzunehmen; aber auch dies blieb ohne Erfolg. Angesichts dieser Tatsachen kann gewiß nicht zweifelhaft sein, einerseits, daß der Verkäufer fernere Lieferungen und zwar wiederholt und ernstlich, anerbote, andererseits, daß der Käufer wiederholt und mit der größten Bestimmtheit die Annahme aller ferneren Lieferungen verweigerte. Hat nun der Käufer von vornherein bestimmt die Annahme der Ware verweigert, so ist der Verkäufer zur Realoblation nicht verpflichtet; er ist speziell beim Distanzkauf nicht verpflichtet, die Ware nach dem Bestimmungsorte zu schaffen und dadurch Kosten zu verursachen, deren Nutzlosigkeit von Anfang an feststeht. Es genügt vielmehr das bloße wörtliche Erfüllungsanbieten, verbunden mit tatsächlicher Erfüllungsbereitschaft. Letztere aber ist hier nicht bestritten, war auch gewiß gegeben, und anerbote hat der Verkäufer die Erfüllung wiederholt. Hat also der Käufer die ihm anerbote Erfüllung anzunehmen verweigert, so war der Verkäufer berech-

tigt, auch seinerseits vom Vertrage zurückzutreten und im Falle des Verschuldens des Käufers Schadenersatz zu verlangen. Es konkurrieren hier auf Seite des Käufers Annahme- und Zahlungsverzug. Denn in der Erklärung des Käufers, nicht annehmen, liegt selbstverständlich auch die Erklärung nicht zahlen zu wollen; es ist also nicht nur die Annahme der Ware, sondern auch die vertragsmäßige Zahlungsleistung von vornherein verweigert. Dem Verkäufer stehen daher nicht nur die Rechte aus dem Annahme- sondern auch aus dem Zahlungsverzuge des Käufers zu; er ist also nicht nur berechtigt, auf Erfüllung des Vertrages (Abnahme der Ware und Zahlung des Kaufpreises) zu klagen, eventuell zum Selbsthilfeverkauf zu schreiten, sondern er kann auch, nach Anleitung des Art. 122 u. ff. O.-R., vom Vertrage zurücktreten und bei Verschulden des Käufers Schadenersatz verlangen. Dem Käufer eine Nachfrist nach Maßgabe des Art. 122 anzusetzen, ist in diesen Fällen, auch wenn ein Fixgeschäft nicht vorliegt, wohl nicht erforderlich, da die Erfolglosigkeit der Fristansetzung angesichts der Haltung des Käufers von vornherein feststeht. Übrigens liegt in concreto eine Fristansetzung in dem Schreiben des Verkäufers vom 6. November, worin er Erklärung bis 10. gleichen Monats fordert, wirklich vor. Die Schadenersatzforderung der Kläger ist demnach grundsätzlich begründet, sofern ein Verschulden des Käufers vorliegt. Dies ist aber hier, gemäß dem vom Bundesgericht in Sachen Egli-Reinmann & Cie. gegen Dreifuß (Amtliche Sammlung XIX, S. 932, Erw. 7) aufgestellten Grundsätze, ohne weiters gegeben, da die Nichterfüllung des Vertrages auf die rechtlich unbegründete Weigerung des Käufers, denselben zu erfüllen, also auf einen Willensakt desselben zurückzuführen ist. Grundsätzlich ist also die Schadenersatzforderung des Verkäufers wegen entgangenen Gewinnes begründet. Das Quantitativ dieser Forderung hat das Bundesgericht, nachdem das Handelsgericht darauf nicht eingetreten ist, hingegen die von der Partei anerbötenen Beweise erhoben worden sind, selbstständig festzustellen. In dieser Richtung nun ist der Beweis, daß durch die ungerechtfertigte Aufhebung des Vertrages seitens der Beklagten den Klägern die ihnen von dem Agenten Schürmann versprochene Provision von 2 Mark per

10,000 Kilogramm entgangen ist, durch die produzierte beglaubigte Vertragskopie erbracht. Dagegen ist ein Beweis eines weitern Schadens nicht erbracht. Es ist in der That nicht erwiesen, daß auf den künftigen Lieferungen der Verkäufer einen weiteren Gewinn gemacht hätte, vielmehr konnte, soweit ersichtlich, der wahrscheinliche Gewinn sehr leicht durch eine Wandelung der Konjunkturen absorbiert werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Kläger wird teilweise gutgeheißen und die Beklagtschaft pflichtig erklärt, der klägerischen Firma 8828 Mk. 50 Pf. samt Zins à 5 % seit 1. Dezember 1893 zu bezahlen.

149. Urteil vom 26. Oktober 1894 in Sachen
Bernische Bodenkreditanstalt in Liquidation gegen
Bank in Zofingen.

A. Mit Urteil vom 17. Mai 1894 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt: Der Klägerin, Bank in Zofingen, wird ihr erstes Klagebegehren zugesprochen, und es wird die Beklagte, Bernische Bodenkreditanstalt in Liquidation, ihr gegenüber zu den Kosten des Prozesses verurteilt, bestimmt auf 921 Fr. 15 Cts..

B. Gegen dieses Urteil ergriff die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht mit der Erklärung, daß dasselbe insoweit angefochten werde, als der Bank in Zofingen ihr erstes Klagebegehren unter Kostenfolge zugesprochen wurde, und daß Abänderung im Sinne der Abweisung desselben verlangt werde, unter Kostenfolge.

In der heutigen Verhandlung wiederholt der Anwalt der Rekurrentin diesen Antrag. Der Anwalt der Rekursbeklagten beantragt Abweisung des Rekurses und Bestätigung des angefochtenen Urteils.