

als der Kläger, vernommen wurde. Die kantonalen Instanzen haben gefunden, daß die Beklagten unter diesen Umständen die ihnen obliegende Vorsicht angewendet haben, und es wäre Sache des Klägers gewesen, unter Berufung auf Sachkundige, namhaft zu machen, welche weiteren Sicherungsmaßregeln die Beklagten hätten ergreifen sollen, wenn er behaupten wollte, die tatsächlich angewendeten hätten nicht genügt. Vor den kantonalen Instanzen hat er das nicht getan, und wenn er in der Berufungsschrift erklärt hat, daß die Beklagten, wie es beim Steinsprengen üblich sei, Beobachtungsposten hätten aufstellen sollen, so ist dagegen zu bemerken, daß die Gefährdung beim Steinsprengen eben in einem bedeutend größeren Umkreis stattfindet, als beim Holzfällen, und nicht, wie bei letzterem, bereits durch die vorangehende Arbeit angezeigt wird, so daß dabei wohl eine Art der Sicherung als geboten erscheint, die beim Holzfällen regelmäßig nicht angewendet zu werden braucht. In Würdigung der Aktenlage muß daher davon ausgegangen werden, daß die Beklagten diejenige Vorsicht beobachtet haben, welche von ihnen vernünftiger und billiger Weise verlangt werden konnte, und ist daher ihre Haftbarkeit für die den Kläger betroffene Schädigung zu verneinen.

4. Was das Gesuch des Klägers um Erteilung des Armenrechtes anbetrifft, so entscheidet das Bundesgericht nach Art. 212 D.-G. hierüber nach freiem Ermessen. Nach dieser Gesetzesbestimmung ist die Partei, welcher dasselbe bewilligt wird, von der Kautionspflicht und von der Bezahlung der Gerichtskosten befreit; dagegen ist damit nicht ohne weiteres auch die Begebung eines Rechtsanwaltes verbunden, vielmehr bedarf diese Vergünstigung einer besondern Schlußnahme des Gerichtes. Im vorliegenden Falle erscheint es nun gerechtfertigt, den Kläger von der Bezahlung der Gerichtskosten zu befreien, dagegen von der Bestellung eines Anwaltes von Gerichtes wegen abzusehen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet erklärt, und daher das Urteil des Kantonsgerichtes des Kantons Graubünden vom 7. März 1895 in allen Teilen bestätigt.

73. Urteil vom 24. Mai 1895 in Sachen Schaymann gegen bernische Maschinenstrickschule.

A. Durch Urteil vom 30. März 1895 hat das Handelsgericht des Kantons Aargau erkannt:

1. Der Beklagte wird verurteilt, der Klägerin den Betrag von 5068 Fr. samt Zins zu 5% seit 1. November 1893 zu bezahlen.

2. Mit der Widerklage wird der Beklagte gänzlich abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte und Widerkläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, und beantragt, es sei ihm, in Abänderung desselben, sein Antworts- und Widerklageschluß zuzusprechen, eventuell sei das Urteil aufzuheben und eine Aktenvervollständigung anzuordnen im Sinne seiner Beweis-anträge.

In der heutigen Hauptverhandlung wiederholt der Anwalt des Berufungsklägers diese Anträge. Der Anwalt der Berufungsbeklagten trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils unter Kostenfolge für den Berufungskläger an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Klägerin und Widerbeklagte hat beim Handelsgerichte des Kantons Aargau gegenüber dem Beklagten und Widerkläger aus dem Geschäftsverkehr mit diesem eine Saldo-Rechnung von 5068 Fr. nebst Zins zu 5% seit 1. November 1893 eingeklagt. Der Beklagte und Widerkläger hat diese Forderung an sich anerkannt, dagegen eine Gegenforderung von 18,626 Fr. geltend gemacht und demnach beantragt, die Klage sei abzuweisen und die Klägerin und Widerbeklagte zur Zahlung von 13,558 Fr. nebst Zins zu 5% seit Erhebung der Widerklage zu verpflichten. Zur Begründung dieser Gegenforderung führte er im Wesentlichen Folgendes an:

a. Am 28. März 1893 habe er von der Firma Schiff und Bodenheimer in New-York einen Auftrag für Lieferung von 919 Dugend wollene Unterkleider, lieferbar die eine Hälfte vom 1. bis 15. Juni, die andere bis 1. Juli, erhalten, und am 10. April seiner-

seits diese Bestellung der Klägerin als Ordre Nr. 36 aufgegeben, mit der ausdrücklichen Vorschrift, daß sie die 919 Duzend zur Hälfte vom 1. bis 15. Juni und zur Hälfte vom 1. bis 15. Juli 1893 zu liefern habe. Diese Bestellung sei von der Klägerin angenommen worden. Am 3. Mai habe Beklagter die Referenzmuster für diese Ordre reklamieren müssen und dabei die Klägerin zur rechtzeitigen Ausführung seiner Bestellungen gemahnt, indem seine Kunden für den Fall verspäteter Lieferungen jetzt schon mit Schadenersatz drohen, und er sich diesbezüglich an die Klägerin halte. Am 12. Mai habe er der Klägerin geschrieben, daß er ganz speziell darauf halte, daß die Lieferzeit genau eingehalten werde; dieser Brief habe sich neben andern Ordres auch auf Ordre 36 bezogen. Am gleichen Tage habe er die Klägerin ermahnt, die Ablieferungstermine für seine Bestellungen genauer einzuhalten, vorbehalten bleiben selbstverständlich ausnahmsweise kleinere bei der Fabrikation mögliche Verspätungen von 8 bis 10 Tagen, wie in den betreffenden Notes d'ordre stipuliert sei. Mitte Mai habe ihm dann der Direktor der klägerischen Firma mündlich das formelle Versprechen abgegeben, daß Ordre 36 ganz genau, wie vorgeschrieben, abgeliefert werde. Trotz dieser und weiterer Reklamationen habe die Klägerin mit ihren Fakturen vom 22. Mai, 19., 24. und 30. Juni, 8. Juli, 25. und 29. August nur 481 Duzend geliefert, und es sei von diesen Lieferungen sozusagen alles verspätet und schlecht assortiert gewesen. Am 4. August habe Beklagter der Klägerin mitgeteilt, daß sich aus New-York bereits Annullierungen von Ordres wegen verspäteter Ablieferungen eingestellt hätten, er ersuche sie deshalb, doch das Meuserste zu thun, um die Termine einzuhalten, ansonst er gezwungen wäre, von den in seinem Schreiben vom 12. Mai enthaltenen Bestimmungen Gebrauch zu machen. Anfangs September habe er von Schiff und Bodenheimer in New-York die definitive Mitteilung erhalten, daß die letzten Sendungen wegen Verspätung refüsiert und der Rest der Ordre 36 aus dem gleichen Grunde annulliert, sowie daß per Duzend der noch nicht gelieferten Waare ein Dollar Entschädigung gefordert werde. Hievon habe Beklagter der Klägerin sofort Mitteilung gemacht und weitere Lieferungen auf diese Ordre 36 (über bereits gelieferte

481 Duzend hinaus) refüsiert, die Klägerin mit der Schadenersatzforderung der New-Yorker Firma (2277 Fr. 60 Cts.) belastet, und seinerseits eine Entschädigung von 876 Fr. für entgangenen Gewinn auf den nicht gelieferten 438 Duzend geltend gemacht. Am 7. Oktober 1893 habe der Beklagte von Schiff und Bodenheimer die Debitnote über die refüsierten Fakturen vom 20. Juli, 31. August und 7. September 1893 im Betrage von 7567 Fr. 65 Cts. erhalten und dieselbe der Klägerin mitgeteilt, unter Hinzufügung seiner Frachtauslagen von Zofingen bis Havre im Betrage von 41 Fr. 05 Cts. Die refüsierten Lieferungen seien dann in New-York verkauft worden; am 26. Mai 1894 habe Beklagter von Schiff und Bodenheimer über diesen Verkauf Abrechnung erhalten; derselbe habe einen Erlös von 1003 \$ 50 ergeben. Hievon gehen ab 7% Verkaufsprovision an die Verkäufer Schiff und Bodenheimer und 7% Diskonto an die Kunden, so daß noch 868 Dollars à 5 Fr. 15 Cts. = 4470 Fr. 20 Cts. verbleiben. Am 24. Juli 1894 habe Beklagter der Klägerin diese Verkaufsrechnung überschrieben und sich dabei eine Kommission von 7% gutgeschrieben, so daß sich zu Gunsten der Klägerin noch 4157 Fr. 30 Cts. ergeben haben, die an der Debitnote vom 7. Oktober 1893 in Abzug kommen, so daß also die Entschädigungsforderung des Beklagten auf Ordre 36 betrage:

a. auf den nicht gelieferten Waaren

für Schiff und Bodenheimer	Fr. 2277 60	
für den Beklagten	„ 876 —	Fr. 3153 60

b. auf den bezogenen Waaren Debit-

noten	Fr. 7608 70	
minus Verkaufserlös	„ 4157 30	„ 3451 40
		Total Fr. 6605 —

b. Im Januar 1893 habe die Firma W. S. Riley & Cie. in Paris und New-York bei dem Beklagten 166 Duzend Unterleibchen auf 25. März 1893 bestellt. Beklagter habe diese Bestellung am 25. Januar als Ordre Nr. 8, lieferbar 1. bis 15. März, der Klägerin übergeben, welche sie acceptiert habe. Auch hier sei die Lieferfrist nicht eingehalten worden. Beklagter habe wiederholt reklamiert und der Klägerin die Frist bis Anfangs

April erstreckt, sie für den Schaden, der aus verspäteter Lieferung entstehen sollte, haftbar gemacht. Klägerin habe auch mit Briefen vom 23. und 27. März versprochen, auf Anfangs April zu liefern, resp. die Lieferung zu beschleunigen; trotzdem seien 82 Duzend erst am 15. April und 84 Duzend erst am 21. April 1893 geliefert worden. Die Besteller haben diese mit arger Verspätung gelieferten Waaren reüüfirt und im Juni 1893 ihre Retourrechnungen und sodann am 24. August 1893 und 30. April 1894 Verkaufsrechnungen über die Waare gestellt. Die Verkäufe haben einen Netto-Erlös von 794 Fr. 95 Cts. und 747 Fr. 60 Cts., total 1522 Fr. 55 Cts. ergeben, welcher der Klägerin gutgeschrieben werde; dagegen werde sie mit den Retourrechnungen, inbegriffen Auslagen für Zoll, Fracht u. s. w. im Betrage von 894 Fr. 90 Cts. und 849 Fr. 20 Cts., total 1744 Fr. 10 Cts., Differenz zwischen 1744 Fr. 10 Cts. und 1522 Fr. 55 Cts. = 221 Fr. 55 Cts., belastet.

c. Mit Ordres Nr. 28, 29 und 40 habe Beklagter am 2., 3. und 17. April 1893 der Klägerin einen ihm von Schiff und Bodenheimer erteilten Auftrag übergeben, und zwar Ordre Nr. 28 mit Lieferfrist 1. Juni 1893, unfehlbar, Nr. 29 mit Lieferfrist zur Hälfte 1. Juli und zur Hälfte 15. Juli, und Nr. 40 mit Lieferfrist 15. August. Die Klägerin habe diese Aufträge acceptiert, allein trotz wiederholter Reklamationen bis zum 24. September 104  $\frac{1}{2}$  Duzend dieser Bestellungen nicht geliefert. Schiff und Bodenheimer haben daher ihre Ordres annulliert und dem Beklagten am 30. Oktober Debitnote für 104  $\frac{1}{2}$  Duzend nicht gelieferte Waaren in der Höhe von 538 Fr. 20 Cts. gestellt. Der Beklagte erhöhe dieselbe auf 799 Fr. 45 Cts. unter Berechnung seines entgangenen Gewinnes, der 2 Fr. 50 Cts. per Duzend der nicht gelieferten Waare betrage.

Die Gegenforderung des Beklagten belaufe sich sonach auf 6605 Fr. + 221 Fr. 55 Cts. + 799 Fr. 45 Cts. = 7626 Fr., welche zunächst zur Kompensation gegenüber der anerkannten Klageforderung von 5068 Fr. verwendet, mit dem daherigen Restbetrag von 2558 Fr. widerklageweise geltend gemacht werden; ebenso werde auf dem Wege der Widerklage Ersatz eines Schadens im Betrage von 11,000 Fr. verlangt, den der Beklagte infolge des

geschilderten vertragswidrigen Verhaltens der Klägerin in seinen Geschäftsbeziehungen in Amerika erlitten habe.

2. Die Klägerin bestritt die Widerklage gänzlich. Bezüglich der Ordre Nr. 36 machte sie geltend: Was der Beklagte mit Schiff und Bodenheimer vereinbart habe, wisse sie nicht und gehe sie nichts an. Die ihr gestellten Fristen seien mit keiner Androhung verbunden gewesen, sonst hätte sie die Ordres nicht acceptiert. Auch seien sie nicht einmal besonders hervorgehoben gewesen, nicht mit „unfehlbar“ oder „fix“ versehen. Die Behauptung, daß Direktor Hüsi dem Beklagten das formelle Versprechen abgegeben habe, die Ordre 36 auf die bestimmte Zeit zu liefern, sei dahin zu berichtigen, daß derselbe lediglich versprochen habe, womöglich den Termin einzuhalten. Beklagter habe übrigens schon von Anfang an ganz wohl gewußt, daß die Klägerin, die von ihm mit Bestellungen überhäuft worden sei, die Lieferfrist unmöglich werde einhalten können, und aus dem nachherigen Verhalten desselben habe sie entnehmen müssen, daß der Beklagte speziell bei dieser Ordre keineswegs unbedingt auf pünktliche Einhaltung derselben bestehe. Gerade in der kritischen Zeit, Juni und Juli, habe der Beklagte gar keine Reklamationen wegen Ordre 36 erhoben; er habe sie mit keiner Silbe mehr erwähnt, dagegen wegen der anderen um so lebhafter geschrieben, noch neue dazwischen hinein erteilt und deren sofortige Ausführung der Klägerin besonders an's Herz gelegt. Die Ordres, wegen welcher er während dieser Zeit in einer Menge von Briefen gedrängt habe, haben zum Teil das gleiche, zum Teil noch ein späteres Lieferungsziel als Ordre 36; fast alle während der Verfallzeit dieser letzteren aufgegebenen Ordres seien mit der Bezeichnung fix, pressant, sofort, außerordentlich pressant, schnellstens, unfehlbar, versehen worden, während dies bei Ordre 36 nicht der Fall gewesen sei. Bei diesem Benehmen sei die Klägerin, die inzwischen beständig Partien von Nr. 36, und zwar bis 29. August volle 481 Duzend, abgeliefert habe, zur Annahme berechtigt gewesen, der Beklagte halte nicht auf eine raschere Ablieferung, er sei mit dem bisherigen Gang zufrieden, und sehe mehr auf die Sendung der andern reklamierten Nummern. Auch würden Treu und Glauben verlangt haben, daß der Beklagte, wenn er wirklich das Gegen-

teil wollte, der Klägerin es rechtzeitig bei Verfall der Nr. 36 erklärt hätte. Beklagter könne sich nicht auf sein Schreiben vom 12. Mai 1893 berufen, denn er habe selbst nicht nach der darin enthaltenen Androhung gehandelt. Entgegen seiner damaligen Erklärung, daß er strikte Beachtung des Lieferungstermines verlange, habe er bei keiner der auf zwei Monate sich erstreckenden Teillieferungen auf Ordre 36 einen Einwand erhoben; er habe dieselben somit mit stillschweigender Billigung entgegengenommen, so daß sich die Klägerin wiederum habe sagen dürfen, es bestehe wegen Nr. 36 eine Gefahr für sie nicht. Wenn nur Beklagter am 1. September 1893 der Klägerin angezeigt habe, er nehme die noch nicht abgelieferte kleinere Hälfte der Ordre 36 nicht mehr an und belaste sie mit allen Kosten und dem entgangenen Gewinn, so habe er hiezu kein Recht gehabt. Denn nicht nur habe bei Ordre 36 die von der Natur der Sache bedungene und in Art. 122 D.-R. ausdrücklich vorgeschriebene Mahnung gefehlt, sondern durch das Benehmen des Beklagten sei die Klägerin zu der Annahme berechtigt gewesen, die Ablieferungsfrist sei ihr stillschweigend verlängert worden. Um ein Fixgeschäft habe es sich nicht gehandelt; der Beklagte habe es sonst nicht unterlassen, in den Bestellscheinen, wo das Datum den letzten Termin bezeichnen sollte, das Wort fix, unfehlbar, längstens, beizusetzen; bei Ordre Nr. 36 habe eine solche Hervorhebung des Termins nicht stattgefunden. Die Schadensrechnung von Schiff und Bodenheimer und des Beklagten berühre daher die Klägerin nicht. Eventuell sei nicht bewiesen, daß erstere Firma wegen Ordre 36 zurückgetreten sei; denn die Identität zwischen der an jenem Tage annullierten Bestellung und der Ordre 36 sei nicht hergestellt. Da diese Ordre nicht auf einen festen Tag fixiert gewesen sei, wären Schiff und Bodenheimer überhaupt nicht berechtigt gewesen, ohne Weiteres zurückzutreten und Schadenersatzansprüche zu stellen. Daß Schiff und Bodenheimer oder der Beklagte einen Schaden erlitten haben, werde bestritten. Ebenso werde bestritten, daß erstere berechtigt gewesen seien, die Waare von sich aus zu einem Spottpreise zu verkaufen und dazu noch Provision dafür zu verlangen.

Betreffend Ordre 8 führte die Klägerin aus, die Lieferfrist sei

allerdings mit dem Wort „längstens“ bis 15. März fixiert worden; allein der Beklagte habe die Lieferung wiederholt nach Ablauf dieses Termines reklamiert und ebenfalls eine Reihe von Bestellungen in der Zwischenzeit aufgegeben und dann auf Lieferung dieser gedrängt. Am 15. und 21. April habe er dann die Lieferungen der Klägerin vorbehaltlos angenommen und damit auf die Reklamationen wegen Verspätung verzichtet. Auch bezüglich der Ordres 28, 29 und 40 machte die Klägerin geltend, daß der Beklagte nicht auf genaues Datum der Ablieferung gehalten habe. Am 20. Mai habe er Ordre 28 unbedingt auf die vorgeschriebene Zeit verlangt und am 2. Juni angefragt, wann die Ordre 29 abgeliefert werden könne; am 3. Juni habe er darnach telegraphiert. Das sei alles gewesen und damals habe man ihm entsprochen. Die auf 15. August angeetzte Lieferfrist für Nr. 40 sei nicht peremptorisch gefaßt gewesen. Ueber diese Ordre finde sich eine einzige Reklamation, nämlich im Brief vom 25. August, wo Beklagter erklärte, sie sei längst verfallen und sollte unbedingt in den nächsten Tagen zur Ablieferung kommen. Eine weitere Mahnung sei nicht mehr erfolgt, noch weniger eine Fristansetzung im Sinne von Art. 122 D.-R. Ebensowenig habe der Beklagte je die Ablieferungen aus diesen Ordres als verspätet zurückgewiesen, ja, er habe beim Empfang nicht einmal eine Reklamation erhoben. Auch von der angeblichen Kassierung der Ordre und Schadensforderung von New-York habe er der Klägerin keine Mitteilung gemacht. Schließlich bestritt die Klägerin die Schadenersatzforderung von 11,000 Fr. für Verlust des amerikanischen Geschäftsabzuges als total unbegründet. Sofern ein Rückgang vorliegen sollte, sei derselbe nicht durch die Klägerin verschuldet.

3. Die rechtliche Natur des zwischen den Parteien begründeten Vertragsverhältnisses anbelangend, kann es sich fragen, ob hier ein Kaufvertrag oder ein Werkvertrag vorliege. Zu der letzteren Auffassung könnte man versucht sein im Hinblick darauf, daß die Klägerin die vom Beklagten bestellten Waaren herstellen mußte, die Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtung also wesentlich Arbeitsleistung erheischte, und es stände an sich der Umstand, daß die Klägerin auch den Stoff zu liefern hatte, nicht entgegen, da das zur Anwendung kommende schweizerische Obligationenrecht

bekanntlich, im Gegensatz zum gemeinen Recht, zum Begriffe des Werkvertrages nicht fordert, daß der Stoff vom Besteller beschafft werde. Nach dem vom Bundesgericht in seiner Entscheidung in Sachen Diebold gegen Schulze vom 15. Februar 1895 aufgestellten Unterscheidungsmerkmal zwischen Kauf- und Werkvertrag ist indessen dennoch ein Kauf- und kein Werkvertrag anzunehmen. Danach liegt nämlich Werkvertrag vor, wenn das Anfertigen oder Anfertigenlassen, die Arbeit, den Vertragsinhalt bildet, Kauf dagegen dann, wenn einfach über Lieferung einer fertigen Sache kontrahiert wird, und dieser letztere Fall trifft vorliegend unzweifelhaft zu. Die Klägerin hat sich nicht zur Fertigstellung einer vom Beklagten verlangten Arbeit, sondern zur Lieferung eines Verkehrsartikels, fertiger Handelswaare verpflichtet, wobei es für die Vertragserfüllung nicht darauf ankam, ob die Herstellung bereits stattgefunden habe oder erst geschehen müsse. Die Parteien haben sich denn auch ausschließlich auf den Standpunkt gestellt, daß die Streitigkeit nach den Grundsätzen über Kauf zu beurteilen sei.

4. Der Beklagte begründet nun seine Gegenforderungen damit, daß er durch den Verzug, den sich die Klägerin in der Ablieferung der mit Ordres Nr. 36, 8, 28, 29 und 40 bestellten Waaren habe zu schulden kommen lassen, hinsichtlich dieser Bestellungen zum Rücktritt vom Vertrage veranlaßt worden sei, und zwar macht er diesen Rücktritt geltend sowohl für die von ihm bereits empfangenen und nach Amerika versandten, als bezüglich der von der Klägerin noch nicht gelieferten Waaren. Von diesem Standpunkt aus fordert er als Schadenersatz: für die erste Kategorie, d. h. die schon gelieferten Waaren, die Differenz zwischen seinem Kaufspreise und dem durch die verschiedenen Provisionen noch reduzierten Erlöse; bezüglich der nicht gelieferten Waaren entgangenen Gewinn für sich und seine Geschäftsfreunde in Amerika; sodann noch den allgemeinen Schadenersatz wegen indirekter Schädigung seiner Handelsverbindungen. Es wird somit nicht etwa ein selbständiger Anspruch wegen verspäteter Erfüllung erhoben, dessen Schicksal von der Frage des Rücktrittsrechtes unabhängig wäre, sondern der Beklagte knüpft seine Schadenersatzforderung an den Rücktritt und stützt sich auf totale Nicht-

erfüllung, indem der Vertrag (soweit es die genannten Bestellungen betrifft) durch die Schuld der Klägerin aufgelöst worden sei. Demnach steht und fällt die Schadenersatzforderung mit der Entscheidung darüber, ob der Beklagte zum Rücktritte berechtigt gewesen sei.

5. Seinen Rücktritt rechtfertigt der Beklagte mit dem Hinweis darauf, daß es sich bei den fraglichen Bestellungen um Fixgeschäfte gehandelt habe, während die Klägerin dies bestreitet. Es muß sich also fragen, ob die bei den Bestellungen angegebenen Lieferungsstermine nach der Absicht der Parteien die Bedeutung gehabt haben, daß die Leistung unfehlbar bis zu der bestimmten Zeit und nicht später erfolgen sollte, so daß eine spätere Lieferung nicht mehr als Vertragserfüllung anzusehen, und demnach der Besteller befugt war, ohne Weiteres vom Vertrage zurückzutreten. Für diese Absicht stellt das Obligationenrecht in Art. 234 eine Rechtsvermutung auf, wenn im kaufmännischen Verkehr ein bestimmter Lieferungsstermin verabredet worden ist. Da ein kaufmännischer Verkehr hier vorliegt, und für die im Streite liegenden Bestellungen überall ein solcher bestimmter Lieferungsstermin festgesetzt war, muß somit grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß der Beklagte bei Überschreitung dieser Termine vertraglich berechtigt worden sei, ohne weiteres vom Vertrage zurückzutreten. Dagegen steht der Klägerin zu, diese Vermutung durch den Nachweis zu entkräften, daß die Parteien diese Absicht nicht gehabt haben. Maßgebend ist hier zunächst der bei der Festsetzung der Termine gebrauchte Ausdruck, in Verbindung mit der Sprache, die der Beklagte in seinem fortgesetzten Geschäftsverkehr mit der Klägerin bei der Festsetzung der Termine überhaupt anzuwenden pflegte. Hierbei ergibt sich, daß, mit Ausnahme der Bestellung Nr. 28, die bis 1. Juni 1893 „unfehlbar“ auszuführen war, eine verschärfende Beifügung überall nicht stattgefunden hat, während der Beklagte bei der Mehrzahl seiner Bestellungen die Worte: fix, unfehlbar, sofort, pressant, sehr pressant u. s. w. beifügte. Aus diesem verschiedenartigen Vorgehen bei der Festsetzung der Termine durfte die Klägerin schließen, daß der Beklagte absichtlich einen Unterschied mache und es jeweilen hervorhebe, wenn er pünktliche Lieferung auf den festgesetzten Termin besonders bedinge.

Auch der Gegenstand der Lieferungen weist nicht darauf hin, daß die Lieferungsstermine schon an und für sich, ohne besondere Hervorhebung, als Fixtermine gemeint gewesen seien; der Beklagte hat nicht dargethan, daß es sich hierbei etwa um Saisonartikel gehandelt habe, die ihrer Natur nach für ihn nur während einer kurzen Zeit verwendbar gewesen wären. Sodann ist noch zu bemerken, daß in den Bestellungsformularen des Beklagten gesagt wird, bei verspäteter Ablieferung von mehr als 10 Tagen fallen die eventuellen Folgen zu Lasten des Lieferanten. Laut dieser Klausel waren also verspätete Lieferungen noch zuzulassen und zwar bis auf 10 Tage nach dem festgesetzten Termin ohne Nachteil für den Lieferanten und von da an mit dem Nachteil, daß er die Folgen der Verspätung zu tragen hatte. Bei den streitigen Bestellungen galten die gewohnten Konditionen und es ist daher anzunehmen, daß die Bestimmung auch hier Platz gegriffen habe. Hiernach muß aber gesagt werden, daß es sich bei den streitigen Bestellungen, von Ordre 28 abgesehen, von Anfang an nicht um Fixgeschäfte gehandelt habe. Aber selbst wenn ursprünglich Fixgeschäfte beabsichtigt gewesen wären, so ergibt sich aus dem nachfolgenden Verhalten des Beklagten deutlich, daß er jedenfalls nachher hievon zurückgekommen ist. Was zunächst die Ordre Nr. 36 anbelangt, so stellt die Vorinstanz an Hand der Korrespondenz fest, daß der Beklagte während der Verfallzeit nie ausdrücklich zur Innehaltung der Fristen gemahnt hat, während derartige Mahnungen bei anderen Bestellungen in Menge erfolgten, und daß er namentlich auch nach Ablauf der Lieferfrist vorbehaltlos Teillieferungen angenommen hat und zwar bis Ende August 1893. Diese Feststellung steht mit den Akten vollkommen im Einklang und ist als eine rein tatsächliche für das Bundesgericht bindend. Durch dieses Verhalten hat aber der Beklagte deutlich zu erkennen gegeben, daß er dieses Geschäft nicht als Fixgeschäft, sondern als Wahngeschäft betrachte. Wenn auch richtig ist, daß der Beklagte in seinem Schreiben vom 12. Mai 1893 eine allgemeine Mahnung zur pünktlichen Einhaltung der Lieferfristen erteilte, so kann er sich hierauf bezüglich der Ordre 36 deswegen nicht berufen, weil sein nachheriges Verhalten auf einem anderen Standpunkte beruht, indem er, wie bereits bemerkt, in der Folge

seine Mahnungen auf andere Ordres bezog, von Nr. 36 schwieg und vorbehaltlos Teillieferungen auf dieselbe annahm, als die ursprünglich festgesetzte Lieferzeit bereits verstrichen war. Nachdem einmal der Beklagte durch dieses Verhalten die Klägerin in den Glauben versetzt hatte, daß er an der genauen Innehaltung der Lieferfrist bei Ordre Nr. 36 nicht festhalte, war er hieran gebunden und durfte er sich nicht nachträglich wieder auf eine frühere Korrespondenz berufen, von der er selbst abgegangen war. In gleicher Weise verhält es sich mit den übrigen streitigen Bestellungen. Ordre Nr. 8 war lieferbar vom 1. bis 15. März 1893. Der Beklagte reklamierte die Lieferung am 20. März, also nach Verfall, und als die Klägerin antwortete, es sei ihr unmöglich, seinem Wunsch, die Hälfte noch in der gleichen Woche und den Rest in den ersten Tagen April zu liefern, zu entsprechen, protestierte er hiegegen nicht, sondern nahm die Lieferungen, die dann am 15. und 21. April erfolgten, vorbehaltlos an. Auch bei den Ordres Nr. 28, 29 und 40 hat Beklagter die Nichteinhaltung der Fristen stillschweigend gebuldet und verspätete Teillieferungen angenommen.

6. Handelte es sich aber nach dem Gesagten bei den in Frage stehenden Bestellungen nicht um Fixgeschäfte, dann ist klar, daß der Beklagte zum sofortigen Rücktritt nicht berechtigt, sondern gehalten war, der Klägerin vorerst gemäß Art. 122 O.-R. eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen. Erst nachdem er dies gethan und die Frist unbenutzt abgelaufen war, durfte er vom Vertrage zurücktreten und wegen Nichterfüllung Schadenersatz fordern. Von der Pflicht zur Stellung einer solchen Nachfrist wäre der Beklagte nur dann entbunden gewesen, wenn die Nutzlosigkeit derselben zum Voraus festgestanden hätte, sei es daß die Klägerin erklärt hätte, nicht liefern zu wollen, sei es daß die Unmöglichkeit, innert angemessener Frist zu liefern, klar am Tage gelegen hätte. Der Beklagte hat nun weder behauptet, daß er im Sinne des Art. 122 O.-R. vorgegangen sei, noch daß ein solches Vorgehen zum vorneherein sich als nutzlos erzeigt habe. Sein Rücktritt muß daher als unzulässig bezeichnet werden, was zur Folge hat, daß die aus der Vertragsauflösung von ihm gezogenen Konsequenzen ohne weiteres dahin fallen.

Danach ist denn auch nicht mehr darauf einzutreten, ob sich die Klägerin eine Schadensliquidation, wie sie beklagterseits vollzogen worden ist, gefallen zu lassen brauchte, und ob der Beklagte überhaupt berechtigt gewesen wäre, wegen angeblicher Störung seiner Geschäftsbeziehungen in Amerika eine Schadenersatzforderung aufzustellen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Beklagten und Widerklägers wird als unbegründet erklärt, und daher das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Aargau vom 30. März 1895 in allen Teilen bestätigt.

#### 74. Urteil vom 31. Mai 1895 in Sachen

Stamm gegen Schweiz. Unfallversicherungsgesellschaft  
in Winterthur.

A. Am 24. Mai 1889 hatte der Bruder der Kläger, Heinrich Stamm, Beamter der Kriens-Luzern-Bahn in Kriens, mit der beklagten Gesellschaft auf die Dauer von 10 Jahren einen Unfallversicherungsvertrag abgeschlossen, in welchem für den Todesfall eine Entschädigungssumme von 10000 Fr. vereinbart war. Die Versicherungszeit begann mit 1. Juni 1889, und die 25 Fr. 30 Cts. betragende Jahresprämie war „jährlich zum Voraus“ zu zahlen. In § 7 der in der Police abgedruckten Versicherungsbedingungen ist gesagt: „Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, die Prämie ohne Aufforderung zu bezahlen. Die Gesellschaft oder ihre Vertreter sind zur Einforderung der Prämie nicht verpflichtet. Wird die jährlich zahlbare Prämie einer laufenden mehrjährigen Police am Verfalltage nicht bezahlt, so bleibt die Verbindlichkeit der Gesellschaft aus dem Versicherungsvertrag während der nächsten 14 Tage noch bestehen, wenn die Prämienzahlung innert dieser Frist erfolgt. Nach Ablauf dieser 14 Tage bleibt die Verpflichtung der Gesellschaft aus dem Versicherungsvertrage ohne Weiteres, und ohne daß es dazu einer besonderen Anzeige be-

dürfte, suspendiert, insbesondere verliert der Versicherungsnehmer die Schadenersatzansprüche an die Gesellschaft für alle seit dem Verfalltage eingetretenen Unfälle. Es steht im Belieben der Gesellschaft, die Prämie noch später anzunehmen oder den Vertrag als aufgehoben zu betrachten.“ Auch in dem Antragsformular, auf Grund dessen die Versicherung abgeschlossen wurde, war die gleiche Bestimmung abgedruckt. Der Generalagent der beklagten Gesellschaft in Luzern pflegte die Versicherten in Luzern und Umgebung jeweilen einige Tage vor Verfall der Prämie auf den Verfall aufmerksam zu machen. Er bediente sich dazu gedruckter Formulare; die Anzeige für die Versicherten in der Umgebung von Luzern hatte folgenden Wortlaut: „Erlaube mir, Ihnen hiedurch die Mitteilung zu machen, daß die Prämie Ihrer Unfallversicherungs-Police nächstens fällig wird und ersuche Sie, mir dieselbe auf Verfall gefälligst franko abliefern zu wollen. Prämienbetrag und Verfallzeit sind aus der Police ersichtlich. Sollte ich vier Tage nach Verfall nicht in den Besitz der Prämie gelangen, so werde ich mir erlauben, Postnachnahme zu entheben.“ Eine solche Anzeige erhielt Heinrich Stamm auch im Jahre 1894, einige Tage vor 1. Juni, dem Verfalltage der Prämie für 1894/1895. Stamm antwortete am 6. Juni mit Postkarte: „Keine Nachnahme erheben, wird gelegentlich folgen.“ Hierauf erfolgte keine Gegenäußerung von Seite des Agenten, ebenso wenig erfolgte die Zahlung der Prämie. Am 20. gleichen Monats, also 5 Tage nach Ablauf der in § 7 der Police festgesetzten Frist, erlitt Stamm einen Unfall, der seinen sofortigen Tod zur Folge hatte. Die Kläger, welche in dem Versicherungsvertrag als Begünstigte bezeichnet waren, verlangten daraufhin von der Beklagten die Zahlung der Versicherungssumme, diese weigerte sich jedoch unter Berufung auf die erwähnte Bestimmung des § 7 der Versicherungsbedingungen.

B. Die Parteien einigten sich, den Rechtsstreit gemäß Art. 52 Ziff. 1 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege dem Bundesgerichte zur erst- und letztinstanzlichen Entscheidung zu unterbreiten, und die Kläger stellten mit Klage vom 10. Oktober 1894 bei demselben das Rechtsbegehren, die Beklagte sei zur Bezahlung von 9977 Fr. 50 Cts. nebst Zins