

**CISG-online 329**

Jurisdiction	Switzerland
Tribunal	Handelsgericht des Kantons Aargau (Commercial Court Canton Aargau)
Date of the decision	26 September 1997
Case no./docket no.	OR.96.00013
Case name	<i>Solingen cutlery case</i>

A.

1.

Die Klägerin ist eine Kommanditgesellschaft nach deutschem Recht mit Sitz in Solingen. Sie treibt Handel mit Besteckgarnituren aller Art.

Die Beklagte 1 ist eine GmbH mit Sitz in W[...]. Ihr Geschäftszweck besteht im wesentlichen im Handel mit Waren aller Art, insbesondere von Gebrauchsgütern sowie in der Erbringung von diesbezüglichen Dienstleistungen. Der Beklagte 2 war Inhaber der am 6. Mai 1994 im Handelsregister gelöschten Einzelfirma H[...]-S[...] S. P[...]. Deren Aktiven und Passiven gingen bei der Gründung der Beklagten 1 auf diese über.

Der Beklagte 2 ist Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten 1.

2.

Die Einzelfirma H[...]-S[...] S. P[...] (nachfolgend Käuferin genannt) kaufte seit 1991 zu wiederholten Malen von der Klägerin Besteckgarnituren sowie dazu passende Besteckkoffer, um sie in der Schweiz weiterzuverkaufen. Mit den Bestellungen wurden jeweils die Anzahl der einzelnen Lieferungen, deren Daten und die jeweiligen Liefermengen im voraus festgelegt. Der Abruf der einzelnen Lieferungen erfolgte durch die Käuferin gestaffelt.

3.

Streitig ist die Bezahlung der angeblich bestellten und nicht abgerufenen Waren aus den Bestellungen vom 10. April und vom 26. Mai 1992.

B.

1.

Die Klägerin liess dem Handelsgericht mit Eingabe vom 21. Februar 1996 beantragen:

«1. Die Beklagten 1 und 2 seien unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, der Klägerin folgende Beträge zu bezahlen:

- a) Schadenersatz in richterlich zu bestimmender Höhe, mindestens jedoch DM 43'304.55 (ausmachend Fr. 35'401.45) nebst Zins zu 5% ab Zeitpunkt der Klageerhebung;

1

2

3

4

- b) DM 24'488.91 (ausmachend Fr. 20'019.65) nebst Zins zu 5% seit Klageerhebung;
  - c) DM 47'970.30 (ausmachend Fr. 39'215.70) nebst Zins zu 5% seit 8. November 1995;
  - d) Fr. 1'463.70 nebst Zins zu 5% seit Klageerhebung.
2. Es sei der Klägerin in der Betreuung Nr. 125341 und in der Betreuung Nr. 125342 des Betreibungsamtes Wettingen Rechtsöffnung im Umfang der gemäss Ziff. 1 zugesprochenen Beträge zu erteilen.
  3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.»

Zur Begründung wurde im wesentlichen ausgeführt, aus den Bestellungen gehe klar hervor, dass eine beidseitige unmittelbare Verpflichtung gewollt gewesen sei. Die Klägerin habe den Vertrag erfüllt, indem sie die Besteckgarnituren nach den Bestellungen der Käuferin angefertigt und zum Teil mit dem Signet der Käuferin sowie einer Vergoldung versehen habe. Das Signet der Käuferin sei auch in die Besteckkoffern eingedruckt worden. Die Käuferin habe die am 26. Mai 1992 bestellte Ware nicht innerhalb der vereinbarten Zeitspanne abgerufen. Wegen der Spezialanfertigung und der individuellen Zusammenstellung der Garnituren hätten die Bestecke nicht einfach an andere Kunden verkauft werden können. Die Klägerin habe die weisungsgemäss angefertigte Ware zur Verfügung der Käuferin gehalten.

5

Nachdem die Käuferin sich bezüglich der Ware aus dem Kaufvertrag vom 10. April 1992 in Abnahmeverzug befunden und den Abruf der Bestellung vom 26. Mai 1992 nicht vorgenommen habe, sei die Klägerin bereit gewesen, der Käuferin entgegenzukommen, was letztere durch Stillschweigen abgelehnt habe. Als die Klägerin im September 1993 versucht habe, die ausstehende Ware abzuliefern, habe die Käuferin die Annahme verweigert und die Ware an die Klägerin zurücksenden lassen. Die Klägerin habe der Käuferin am 12. Oktober 1993 Rechnung für die vergebliche Anlieferung gestellt; diese Rechnung sei nicht bezahlt worden. Mit Schreiben vom 7. Dezember 1993 habe die Käuferin geltend gemacht, sie habe den Kaufvertrag bereits früher storniert.

6

Nach dem Übergang der Aktiven und Passiven von der Einzelfirma auf die Beklagte 1 habe letztere zu erkennen gegeben, dass sie nicht bereit sei, die Zahlungspflichten der Käuferin zu erfüllen. Die Klägerin habe die Beklagten 1 und 2 je im Oktober 1994 und 1995 betreiben lassen. Die Beklagten hätten darauf mit Rechtsvorschlag reagiert. Die Klägerin habe den Beklagten mit Schreiben vom 27. Oktober 1995 eine letzte Frist zur Erfüllung angesetzt. Danach habe sie die Aufhebung des Vertragsverhältnisses erklärt. Die Beklagten schuldeten der Klägerin Schadenersatz.

7

Auf das Vertragsverhältnis zwischen den Prozessparteien sei das UN-Kaufrecht (CISG), das auch als «Wiener-Kaufrecht» (WKR) bekannt sei, anwendbar. Die Beklagten hätten die Käuferpflichten verletzt, weil die Verweigerung der Annahme der Ware eine wesentliche Vertragsverletzung bedeute. Die Klägerin habe die Ware bis zur Vertragsaufhebung bei sich eingelagert. Weil ein Teil der Ware mit dem Signet der Käuferin versehen gewesen sei, habe nicht alles weiterverkauft werden können. Gemäss dem WKR gelte das Prinzip der Totalreparation.

8

Der Deckungsverkauf sei in einer Vielzahl von Teilverkäufen vorgenommen worden. Sonderanfertigungen müssten unter Preis veräußert werden. Die Klägerin mache als Schaden – abzüglich die unverkäuflichen Besteckgarnituren – zurückhaltend 10% des Kaufpreises von DM 433'045.56, somit Fr. 35'401.45, geltend. Der Preis für die unverkäufliche Ware belaufe sich auf DM 24'488.91 bzw. Fr. 20'019.65. Die Klägerin beanspruche auf diesen beiden Beträgen 5% Verzugszins, entsprechend DM 47'551.82, sowie einen Betrag von DM 418.48 für die vergebliche Anlieferung der Ware. Die vorprozessualen Anwaltskosten der Klägerin seien mit Fr. 1'463.70 zu entschädigen.

2.

Die Beklagten beantragten in der Antwort vom 3. Juni 1996 Abweisung der Klage unter Kostenfolge zu lasten der Klägerin.

Zur Begründung wurde im wesentlichen ausgeführt, die Einzelfirma H[...]S[...] S. P[...] (Käuferin) habe seit Juli 1991 Geschäftsbeziehungen mit der Klägerin unterhalten. Normalerweise seien die Bestecke drei Wochen vor der Lieferung bestellt und dann von der Klägerin gefertigt worden. Am 10. April und am 26. Mai 1992 sei es nicht um tatsächliche Bestellungen gegangen, sondern um die Vorankündigung von ungefähren Bestelldaten mit der Idee, die konkrete Bestellung erfolge später. Beim Schreiben vom 26. Mai 1992 handle es sich weder um einen Sukzessivlieferungs- noch um einen konkreten Kaufvertrag. Es sei auch nie vereinbart worden, dass die Klägerin die gesamte Ware sofort produziere.

Anlässlich des Besuches der Herren S[...] P[...] und M[...] G[...] bei der Klägerin am 24. April 1992 habe man gewisse Unstimmigkeiten besprochen und über Abrufbestellungen geredet, um die Zukunft zu planen und den ungefähren Lieferumfang zu klären. Bei diesem Gespräch habe die Käuferin darauf hingewiesen, dass sie auf Exklusivität bestehen müsse und dass die gleiche Ware nicht auch über Warenhäuser vertrieben werden dürfe. Die Klägerin habe in ihrem Schreiben vom 24. April 1992 einen «Abrufvertrag» bestätigt und auch für das Modell 580 Exklusivität zugesichert. Letztere sei Grundbestandteil der gesamten Geschäftsbeziehung gewesen. Der Klägerin habe aufgrund der bisherigen Geschäftsbeziehungen klar gewesen sein müssen, dass sich die Angaben auf geplante Lieferungen bezogen hätten, die anschliessend noch fest hätten bestellt werden müssen und erst danach zur Zahlung fällig geworden wären. Es sei immer wieder zu Annullierungen von Abrufbestellungen gekommen. Abrufbestellungen hätten somit keine verbindlichen Kaufverträge dargestellt. Damit ein Vertrag zustande komme, müsse ein gegenseitiger Vertragswille geäußert werden, was hier nicht der Fall gewesen sei.

Die Klägerin habe den von ihr behaupteten Vertrag nicht erfüllt, da die vereinbarte Exklusivität nicht sichergestellt gewesen sei. S[...] P[...] habe die Klägerin mehrmals darauf hingewiesen. Die Beklagte habe deshalb im September 1992 die Abrufbestellung vom 26. Mai 1992 mündlich gekündigt und die Kündigung im November 1992 bestätigt. Falls überhaupt der Abschluss eines Vertrages angenommen werde, sei dieser deshalb spätestens per September 1992 aufgehoben worden, weil die Ware nicht exklusiv geliefert worden sei. Die fehlende Exklusivität habe eine wesentliche Vertragsverletzung dargestellt.

Die Klägerin lege keine Beweise dafür vor, dass die Ware bereits gefertigt worden sei. Die Beklagten bestritten, in Verzug zu sein. Es habe sich jeweils nicht um feste Bestellungen gehandelt und zudem sei die Exklusivität nicht eingehalten worden. Nur Dessertmesser seien mit dem «H[...]S[...]»-Signet versehen gewesen. Es habe nur ein Teil der Bestecke wegen des Aufdrucks nicht weiter verwendet werden können.

13

3.

14

In der Replik vom 7. August 1996 stellte die Klägerin folgendes präzisierte Begehren:

- «1. Die Beklagten 1 und 2 seien unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, der Klägerin folgende Beträge zu bezahlen:
- a) Schadenersatz in richterlich zu bestimmender Höhe, mindestens jedoch DM 43'261.35 (ausmachend Fr. 35'366.15) nebst Zins zu 5% ab Zeitpunkt der Klageerhebung;
  - b) DM 24'488.91 (ausmachend Fr. 20'019.65) nebst Zins zu 5% seit Klageerhebung;
  - c) DM 47'925.44 (ausmachend Fr. 39'179.-) nebst Zins zu 5% seit 8. November 1995;
  - d) Fr. 1'463.70 nebst Zins zu 5% seit Klageerhebung.»

(...)

Zur Begründung wurde ergänzend ausgeführt, die von den Beklagten angeführten Beweismittel würden belegen, dass die Käuferin jeweils feste Produktionsaufträge erteilt und die Ware später abgerufen habe. Es entspreche dem Sukzessivlieferungsvertrag, dass zwar die Spezifikation der Ware, nicht aber der genaue Lieferzeitpunkt im voraus festgelegt werde. Was die Beklagte als Bestellungsplanung bezeichne, sei Ausdruck des vertraglichen Grundverhältnisses. Die Klägerin habe die Bestellungen vom 2. April und vom 26. Mai 1992 aufgrund der bisherigen Gepflogenheiten zwischen den Parteien als verbindliche Kaufverträge auffassen dürfen und müssen. Wären es nur Planvorstellungen gewesen, hätte die Bestellung vom 2. April 1992 nicht explizit annulliert und die Annullation von der Klägerin bestätigt werden müssen.

15

Die Klägerin habe nur für das Modell 580 Exklusivität eingeräumt, nicht aber für die Modelle 9000 und 540.

16

Dass die Käuferin in finanziellen Schwierigkeiten gesteckt habe, sei der Klägerin nicht bekannt gewesen. Der Wert der am 26. Mai 1992 bestellten Ware habe rund DM 380'000.-- betragen. Da die Lieferungen bei vertragsgemässer Abnahme sukzessive erfolgt und bezahlt worden wären, hätten Rechnungsbeträge von rund DM 60'000.-- resultiert, was im Rahmen des bisher Üblichen gewesen wäre. Es hätte Treu und Glauben widersprochen, wenn die Käuferin Planvorstellungen bekanntgegeben hätte, die ihre finanziellen Möglichkeiten überstiegen. Die Klägerin habe sich entsprechend dem Vertrag vom 26. Mai 1992 darauf eingerichtet, Mitte Oktober 1992 mit den Lieferungen beginnen zu können. Aus den Auftragsbestätigungen der Firma B[...] gehe hervor, dass die Besteckteile für die Käuferin produziert worden seien.

17

Es werde bestritten, dass die Bestellung vom 26. Mai 1992 annulliert worden sei. Die Annulation sei von den Beklagten erstmals mit Schreiben vom 7. Dezember 1993 behauptet worden, nachdem die Klägerin vergeblich versucht habe, die Ware abzuliefern. Die Klägerin habe von der angeblichen Stornierung im September 1992 keine Kenntnis gehabt. Sie sei willens und in der Lage gewesen, den Vertrag einzuhalten. Sie habe die Besteckgarnituren speziell für die Käuferin zusammengestellt. Diese Zusammenstellungen seien von der Standardgarnitur abgewichen. **18**

Die Klägerin halte fest, dass ein Sukzessivlieferungsvertrag bzw. ein Kauf auf Abruf vorliege. Die Beklagten seien nicht in der Lage, die Exklusivitätszusicherung zu beweisen. Die nachträgliche Berufung der Beklagten auf Exklusivität sei als Schutzbehauptung zu betrachten. Selbst wenn die Parteien eine Ausschliesslichkeitsvereinbarung getroffen hätten – was aber bestritten werde – wären die Beklagten bzw. die Käuferin nicht zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt gewesen; dieses Mittel wäre den Beklagten nur bei Verletzung einer vertraglichen Hauptpflicht offengestanden. Die Zusicherung der Exklusivität bedeute in der Regel nur eine Nebenpflicht. **19**

4. Die Beklagten hielten in der Duplik vom 23. September 1996 am Antrag auf kostenfällige Klageabweisung fest. **20**

Zur Begründung wurde ergänzend ausgeführt, im Laufe der Geschäftstätigkeiten zwischen den Parteien seien immer wieder Bestellungen storniert oder geändert worden, was von der Klägerin akzeptiert worden sei. Die Klägerin habe nie davon ausgehen können, dass aus den geplanten Vorgaben feste Bestellungen resultieren würden. Nach wie vor lege die Klägerin keine Beweise dafür vor, dass die Waren tatsächlich produziert worden seien. Es sei ungläubwürdig, dass sie trotz Stornierungen Ware im Werte von über DM 400'000.-- habe anfertigen lassen. Auch der behauptete Mehraufwand werde nicht nachgewiesen. **21**

C.

1. Am 21. Februar 1997 fand die Instruktionsverhandlung statt. Dabei wurden die Parteivertreter befragt und ein Vermittlungsgespräch geführt, das aber zu keinem Vergleichsabschluss führte. **22**

Beide Parteien verzichteten auf eine nachträgliche Einvernahme des Zeugen M[...] G[...] und auf die Durchführung einer Hauptverhandlung.

2. Mit Verfügung vom 21. August 1997 überwies der Instruktionsrichter den Streitfall dem Handelsgericht zur Urteilsfällung ohne Hauptverhandlung. **23**

3. Mit Verfügung vom 26. Juni 1997 eröffnete das Gerichtspräsidium Baden den Konkurs über den Beklagten 2. Das Verfahren wurde am 11. August 1997 mangels Aktiven eingestellt (Amtsblatt Nr. 35 vom 25. August 1997, S. 1507). Der Beschluss ist in Rechtskraft erwachsen. **24**

4. 25  
Das Handelsgericht fällt am 26. September 1997 das nachstehende, nicht mündlich eröffnete Urteil.

Das Handelsgericht zieht in 26

## Erwägung

### I. Formelles

1. 27  
Der vorliegende Rechtsstreit beschlägt ein internationales Rechtsverhältnis, da die Klägerin ihren Geschäftssitz in Deutschland hat und da die Beklagten ihren Geschäfts- bzw. Wohnsitz in W[...] haben. Es ist eine Grundregel des Internationalen Zivilprozessrechts, dass der Richter sein eigenes Prozessrecht, d.h. die *lex fori*, zur Anwendung bringt (*O. Vogel*, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 4. A. Bern 1995, Kap. 1 Rz. 87; *H.U. Walder*, Einführung in das Internationale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1989, § 1 Rz. 4 und § 3 Rz. 1, 2 und 7). Das Handelsgericht hat deshalb die Zivilprozessordnung (ZPO) des Kantons Aargau wie auch die einschlägigen Vorschriften der Bundesverfassung, des Lugano-Übereinkommens (LugÜ) und der EMRK als *lex fori* anzuwenden.

2. 28  
Alle drei Prozessparteien sind bzw. waren als Firmen bzw. als Inhaber einer Einzelfirma im einschlägigen Handelsregister eingetragen:

Die Klägerin als Kommandit-Gesellschaft nach deutschem Recht beim Amtsgericht S[...], die Beklagte 1 als GmbH nach schweizerischem Recht mit Sitz in W[...] im Handelsregister des Kantons Aargau. Der Beklagte 2 war Inhaber der am 6. Mai 1994 im Handelsregister des Kantons Aargau gelöschten Einzelfirma H[...] - S[...] S. P[...]. Heute ist er Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten 1.

Der Streitwert übersteigt die für eine Berufung an das Bundesgericht gesetzlich vorgeschriebene Höhe (Art. 46 OG), und die Streitsache bezieht sich auf den von der Beklagten 1 geführten Gewerbebetrieb. Daraus ergibt sich die örtliche, die sachliche und die funktionelle Zuständigkeit des Handelsgerichts (Art. 112 Abs. 1 IPRG; Art. 2 und 53 LugÜ; §§ 26 und 404 Abs. 1 lit. a ZPO).

3. 29  
Da der Beklagte 2 als natürliche Person durch den Schluss des Konkursverfahrens nicht unterging, weiter die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven keine (auch nur teilweise) materielle Anerkennung der Forderung zur Folge hatte, ist der vorliegende Zivilprozess vor Handelsgericht gegen den Beklagten weiterzuführen (SJZ 1984, S. 132 f.).

4. 30  
 Gemäss § 411 Abs. 3 ZPO können die Parteien auf die Hauptverhandlung verzichten, wenn keine Beweise mehr erhoben werden.

Gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, in öffentlichem Verfahren. Diese Bestimmung hat nicht zur Folge, dass zwingend eine öffentliche Verhandlung durchgeführt werden muss. Vielmehr können die Parteien darauf verzichten, wie sie es im vorliegenden Fall getan haben (AJP 1995, S. 1433; 1994, S. 788). Das Urteil kann somit ohne Hauptverhandlung gefällt werden. 31

5. 32  
 Das Rechtsverhältnis ist materiell-rechtlich als internationaler Warenkauf im Sinne des UN-Kaufrechts (WKR) zu qualifizieren. Da die Parteien keine andere Rechtswahl getroffen haben, zudem das WKR für Deutschland am 1. Januar 1991 und für die Schweiz am 1. März 1991 in Kraft getreten ist (SR.0221.211 .1) und da Art. 1 Abs. 2 IPRG den Vorrang völkerrechtlicher Verträge gegenüber dem IPRG ausdrücklich statuiert, ist das WKR und nicht das Obligationenrecht auf den vorliegenden Streitfall anzuwenden (*Keller/Siehr*, Kaufrecht, 3. A. Zürich 1995, S. 178).

Soweit dem WKR keine Regelungen zu entnehmen sind, ist auf das Schweizerische Internationale Privatrecht zurückzugreifen (*Schlechtriem/Herber*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, München 1990, Art. 4 WKR Rz. 6; *Honsell/Siehr*, Kommentar zum UN-Kaufrecht, Berlin, Heidelberg, New York 1996, Art. 4 WKR Rz. 1, 4 ff.). Dieses verweist in Art. 118 IPRG auf das Haager-Übereinkommen vom 15. Juni 1955 (SR.0221.211.4). 33

6. 34  
 Die weiteren Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Erörterungen Anlass.

## II. Materielles

### A. Passivlegitimation

1. 35  
 Käuferin der von der Klägerin vertriebenen Besteckgarnituren war die seinerzeitige, am 6. Mai 1994 im Handelsregister gelöschte Einzelfirma «H[...]S[...] S. P[...]». Sie war gegenüber der Klägerin aufgrund der abgeschlossenen Verträge Kaufpreisschuldnerin.

2. 36  
 Bei der Gründung der Beklagten 1 übernahm diese sämtliche Aktiven und Passiven der seinerzeitigen Einzelfirma. Die Beklagte 1 haftet somit für allfällige Schulden der Einzelfirma (Käuferin) gemäss Art. 181 Abs. 1 OR (Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. A. Basel 1996, *OR-Tschäni*, Art. 181 N 12, 19). Die Passivlegitimation der Beklagten 1 ist somit gegeben.

3.

Gemäss Art. 181 Abs. 2 OR haftet der Beklagte 2 als bisheriger Schuldner noch während zwei Jahren solidarisch mit für die Schulden der Einzelfirma. Da die Beklagte 1 am 6. Mai 1994 im Handelsregister eingetragen wurde und da die Klage innerhalb der Zweijahresfrist von Art. 181 Abs. 2 OR rechtshängig gemacht wurde, ist auch die Passivlegitimation des Beklagten 2 gegeben.

37

## B. Vertragsschluss

1.

Streitig ist, ob es sich bei der Fax-Kopie vom 26. Mai 1992 um eine verbindliche Bestellung mit den Merkmalen eines Sukzessivlieferungsvertrags oder um «eine Abrufbestellung genannte Bestellungsplanung» handle. Da somit der Abschluss eines Kaufvertrages über bewegliche Sachen streitig ist und da das WKR gemäss dessen Art. 4 nicht das gesamte Kaufrecht, sondern «ausschliesslich den Abschluss des Kaufvertrages und die aus ihm erwachsenden Rechte und Pflichten des Verkäufers und des Käufers» regelt, ist das genannte internationale Abkommen auf die hier vorliegende Streitfrage anzuwenden. Dabei sind die Vorschriften des WKR autonom auszulegen (Art. 7 WKR). Gemäss Art. 8 Abs. 1 WKR «sind Erklärungen und das sonstige Verhalten einer Partei nach deren Willen auszulegen, wenn die andere Partei diesen Willen kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte».

38

2.

a)

Für das Zustandekommen eines Kaufvertrages im Sinne des WKR bedarf es eines Angebots der einen Partei und dessen Annahme durch die Gegenpartei (Art. 14 Abs. 1 WKR; *Schlechtriem*, a.a.O., Art. 14 WKR Rz. 4). Das Angebot muss bestimmt genug sein und den Bindungswillen des Anbietenden im Falle der Annahme des Angebots zum Ausdruck bringen (Art. 14 Abs. 1 WKR).

39

b)

Die Käuferin bestellte mit Fax vom 26. Mai 1992 ganz bestimmte Besteckgarnituren. Sie gab die gewünschten Anzahlen der zu liefernden Garnituren sowie die ungefähren Lieferzeitpunkte an. Sie wünschte von der Klägerin ausdrücklich eine Bestätigung dieses Auftrages, namentlich wegen den Terminen. Inhalt und Wortlaut dieses Schreibens lassen eindeutig eine Bestellung und nicht bloss eine unverbindliche Planvorstellung erkennen.

40

c)

Die Klägerin bezog sich in ihrem Fax vom 12. Juni 1992 u.a. ausdrücklich auf die Abrufbestellung der Beklagten vom 26. Mai 1992. Sie sicherte der Käuferin eine Belieferung zu den damals gültigen Preisen auf die von der Käuferin gewünschten Termine zu.

41

3.

Damit ist ein Kaufvertrag im Sinne von Art. 14 Abs. 1 WKR zustande gekommen. Die Beklagte sprach in ihrem Fax vom 26. Mai 1992 ausdrücklich von einer «Abrufbestellung» bzw. von einem «Auftrag», gemäss welchem ganz bestimmte Mengen von verschiedenen Garnituren

42

und Koffern bestellt wurden, die zu im voraus in etwa festgelegten Zeiträumen abgerufen werden sollten. Die Klägerin nahm diese Bestellung ausdrücklich an.

Die Parteien haben zwar nicht alle wesentlichen Punkte schriftlich geregelt. Beispielsweise über die Preise wurde lediglich am Telefon gesprochen, aber es geht aus den gewechselten Korrespondenzen ein klarer Geschäftswille hervor. Wenn der Beklagte 2 im nachhinein geltend machte, es sei damals bloss um eine Absichtserklärung im Hinblick auf einen künftigen Vertragsschluss gegangen, ist das als nachträgliche Schutzbehauptung zu qualifizieren. Umgekehrt bestritt der Beklagte nicht, dass es bei der Besprechung in S[...] vom 24. April 1992 um die Lieferverzögerungen der Klägerin ging und dass man dabei zum Schluss gelangte, das Problem könne nur dann behoben werden, wenn vorgängig festgelegt werde, wann etwa wieviel Besteck bezogen werde. Er selber führte aus, die Klägerin hätte die im Oktober 1992 auszuliefernden (ersten) 150 Garnituren des Modells 540 bereits mit Eingang des Faxes vom 26. Mai 1992 (Abrufbestellung) vorbereiten können. Wenn nicht eine verbindliche Bestellung vorgelegen hätte, wäre im übrigen auch keine Annullierung erforderlich gewesen.

43

4.

Streitig ist im weiteren auch ein Teil des Kaufpreises aus der Bestellung vom 10. April 1992. Der Beklagte 2 hat an der Instruktionsverhandlung ausdrücklich anerkannt, dass es sich dabei um eine richtige Bestellung handle, und die Klägerin hat sie als solche aufgefasst. Hinsichtlich dieser Bestellung ist somit ein Vertragsschluss unstreitig zustande gekommen.

44

5.

Da zwei verbindliche Bestellungen vorlagen, war die Klägerin berechtigt, die von der Käuferin bestellten Bestecke ihrerseits bei der Firma Beckmann in Auftrag zu geben.

45

### C. Exklusivität

1.

Die Beklagten machen im weiteren geltend, die Klägerin habe generell für alle Lieferungen Exklusivität zugesichert, sich aber daran nicht gehalten. Die Klägerin wendet dagegen ein, die Exklusivität sei nur für das Modell 580 zugesichert gewesen.

46

2.

Es ist unbestritten, dass die Klägerin der Käuferin für das Modell 580 Exklusivität schriftlich zugesichert hatte.

47

Hinsichtlich des Modells 540 deckten sich die Aussagen der Parteien nicht vollständig. Der Beklagte 2 erklärte, es sei ihm auch für das Modell 540 Exklusivität zugesichert worden. Der Vertreter der Klägerin widersprach dem: Er erklärte, man habe der Käuferin zwar zugesichert, dass die Klägerin dieses Modell nicht in die Schweiz liefern werde; die Klägerin habe aber gleichzeitig hinzugefügt, dass die Herstellerin der Bestecke, die Firma B[...] weitere S[...] Firmen mit dem Modell 540 beliebere. Der Beklagte 2 hat das auf Vorhalt hin anerkannt, aber eingewendet, das sei ihm seitens der Klägerin erst im nachhinein gesagt worden. Dieser Einwand erscheint nicht glaubwürdig, weil nicht einzusehen ist, weshalb die Exklusivität für das Modell 580 schriftlich für die Schweiz zugesichert wurde, nicht aber für das Modell 540.

48

Das Fehlen einer schriftlichen Zusicherung bedeutet ein starkes Indiz dafür, dass eben für das Modell 540 keine Exklusivität zugestanden wurde.

3.

In diesem Punkt tragen die Beklagten die Beweislast, da sie aus der angeblichen Exklusivitätszusicherung Rechte ableiten (Art. 8 ZGB). Der Beweis ist ihnen jedoch hinsichtlich des Modells 540 missglückt, wie eben dargelegt wurde.

49

4.

Zur Frage der Exklusivität war zunächst M[...] G[...] als Zeuge angerufen worden. Die Parteien haben indessen an der Instruktionsverhandlung vom 21. Februar 1997 gemeinsam auf dessen Einvernahme verzichtet. Eine nachträgliche Einvernahme erscheint nicht angezeigt, da G[...] den Begriff «Exklusivität für die Schweiz» nicht richtig verstanden hat und da er sich offensichtlich nur noch schlecht an die gesamte Angelegenheit zu erinnern vermag.

50

#### **D. Stornierungen**

1.

Die Beklagte machte im Schreiben vom 7. Dezember 1993 geltend, sie habe «den Auftrag mündlich im September 1992» storniert und das im November 1992 schriftlich bestätigt.

51

2.

Beim Schreiben vom November 1992 handelt es sich offensichtlich um den Fax vom 18. November 1992, dem sich eine Annullierung des gesamten Auftrages kaum entnehmen lässt, weil dort einfach die Rede davon ist, nach dem Verkauf der noch vorhandenen 110 Garnituren des Modells 522 wolle der Beklagte 2 davon nichts mehr hören. Es ist unklar geblieben, worum es sich bei dem Modell 522 handelt. Der Fax vom 18. November 1992 trägt zudem keinen Übermittlungsvermerk und der Vertreter der Klägerin hat bestritten, dass der Auftrag im Herbst 1992 storniert worden sei. Er hat auch erklärt, die Klägerin sei nie in den Besitz der Antwortbeilage 9 gekommen und habe mit dem Schreiben vom 7. Dezember 1993 zum ersten Mal von einer angeblichen Stornierung gehört.

52

3.

Das Schreiben vom 7. Dezember 1993 bezieht sich auf die drei Rechnungen der Klägerin vom 12. Oktober 1993, mit welchen die Kaufpreise für die am 10. April und am 26. Mai 1992 bestellten Besteckgarnituren und Koffer sowie die Kosten der vergeblichen Anlieferung zur Zahlung fällig geworden waren. Es ist kaum anzunehmen, dass die Klägerin der Beklagten diese Rechnungen zugestellt hätte, wenn ein Jahr zuvor eine Stornierung des Auftrages verbindlich vereinbart worden wäre.

53

4.

Da die Beklagten aus der behaupteten Stornierung Rechte ableiten, sind sie für ihre Behauptungen beweisbelastet (Art. 8 ZGB). Der Beweis ist ihnen jedoch missglückt, da an der Richtigkeit ihrer Tatsachenbehauptung erhebliche Zweifel bestehen.

54

## E. Aufhebung des Vertrages

1.

Die Klägerin liess der Beklagten 1 mit Schreiben vom 27. Oktober 1995 eine letzte Frist bis zum 6. November 1995 setzen, um ihren Pflichten aus dem Kaufvertrag nachzukommen. Nachdem die Beklagte 1 dieser Aufforderung nicht nachgekommen war, hob die Klägerin mit Schreiben vom 8. November 1995 das Vertragsverhältnis mit der Beklagten 1 auf und kündigte an, die für die Käuferin hergestellte Ware werde im Rahmen eines Deckungsverkaufs veräussert.

55

2.

Die Beklagten machten in der Antwort geltend, es habe gar keine verbindliche Verkaufsvereinbarung bestanden; die Exklusivität sei zudem nicht eingehalten gewesen und die Abrufbestellung sei schon 1992 annulliert worden; ein schon seitens der Käuferin aufgehobener Vertrag könne nicht von der Verkäuferin aufgehoben werden.

56

3.

Die Parteien sind sich also bloss insofern einig, dass die Abrufbestellung nicht mehr besteht.

57

Stellt man auf die Behauptungen der Beklagten ab, hat die Käuferin den Abrufauftrag im Herbst 1992 einseitig annulliert. Die einseitige Annullierung eines Kaufvertrages ist jedoch nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig.

Stellt man auf die Behauptungen der Klägerin ab, ist sie mit Schreiben vom 8. November 1995 vom Vertrag zurückgetreten.

Es ist nachstehend zu prüfen, wie die Beweislage ist und welches die Rechtsfolgen davon sind.

## F. Beweislage und Rechtsfolgen

1.

Das WKR regelt neben dem Abschluss des Kaufvertrages (Art. 14 ff.) insbesondere auch die Pflichten und Rechte des Verkäufers und des Käufers (Art. 30 ff., 45 f., 53 ff. und 61 ff. WKR).

58

2.

a)

Erfüllt der Verkäufer seine Pflichten nach dem Vertrag oder dem WKR nicht, kann der Käufer die in den Art. 46 bis 52 vorgesehenen Rechte ausüben und Schadenersatz nach den Art. 74 bis 77 WKR verlangen (Art. 45 Abs. 1 und 2 WKR; *Schlechtriem/Huber*, a.a.O., Art. 45 WKR Rz. 2).

59

Gemäss Art. 49 Abs. 1 lit. a WKR kann der Käufer den Vertrag aufheben, wenn die Nichterfüllung einer dem Verkäufer nach dem Vertrag oder dem WKR obliegenden Pflicht eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt. Eine wesentliche Vertragsverletzung liegt vor (Art. 25 WKR), wenn der Verkäufer eine Pflicht verletzt, die ihn nach Vertrag oder WKR trifft, und wenn wegen dieser Pflichtverletzung der Zweck, den der vertragstreue Teil mit dem Vertrag verfolgte, nicht mehr erreicht werden kann und wenn die vertragsbrüchige Partei diese Folge vorausgesehen hat oder hätte voraussehen müssen (*Schlechtriem*, a.a.O., Art. 25

60

WKR Rz. 9; *Reinhart*, UN-Kaufrecht, Heidelberg 1990, Art. 25 WKR Rz. 5). Die Nichteinhaltung einer vertraglich vereinbarten Exklusivität ist als wesentliche Vertragsverletzung im Sinne des WKR zu qualifizieren, weil damit die Interessen der vertragstreuen Partei entscheidend tangiert werden. Es handelt sich dabei also nicht bloss um eine unwesentliche Nebenverpflichtung.

b)

Die positiven Tatbestandsvoraussetzungen, wie Vertragsverletzung, Nachteil, wesentliche Beeinträchtigung der Interessen, sind vom Gläubiger zu behaupten und zu beweisen (*Honsell/Karollus*, a.a.O., Art. 25 WKR Rz. 25).

61

Die Beklagten haben geltend gemacht, die Bestellungen im Herbst 1992 annulliert zu haben, weil die Klägerin die generell für alle Lieferungen vereinbarte Exklusivität, die ein wesentlicher Vertragsbestandteil gewesen sei, nicht sichergestellt habe.

62

c)

Wie vorne unter Erw. II. C. 2. + 3. dargelegt worden ist, vermochten die Beklagten den Beweis dafür, dass für andere Modelle als das Modell 580 Exklusivität vertraglich zugesichert worden sei, nicht rechtsgenügend zu erbringen. Unter diesen Umständen war die Käuferin nicht berechtigt, den Abrufauftrag einseitig zu annullieren. Eine Zustimmung der Klägerin zu einer einvernehmlichen Rückgängigmachung der Bestellung ist nie erteilt worden.

63

3.

a)

Gemäss Art. 53 WKR ist der Käufer verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen und die Ware anzunehmen. Wenn der Käufer eine seiner Pflichten nach dem Vertrag oder dem WKR nicht erfüllt, kann der Verkäufer gemäss Art. 61 WKR die in den Art. 62 bis 65 vorgesehenen Rechte ausüben und Schadenersatz nach den Art. 74 bis 77 verlangen.

64

Der Verkäufer kann dem Käufer insbesondere eine angemessene Nachfrist zur Erfüllung seiner Pflichten ansetzen und die Aufhebung des Vertrages erklären, wenn der Käufer nicht innerhalb der vom Verkäufer angesetzten Nachfrist seinen vertraglichen Pflichten nachkommt (Art. 63 Abs. 1 und 64 Abs. 1 lit. b WKR).

65

b)

Die Einzelfirma (Käuferin) teilte der Klägerin mit Schreiben vom 18. November 1992 mit, der Beklagte 2 wolle vom Modell 522 in Zukunft nichts mehr hören. Mit Fax vom 18. Mai 1993 teilte sie der Klägerin zudem mit, das von D[...] B[...] ausgelieferte Besteck-Modell in Zukunft nicht mehr entgegenzunehmen. Im Herbst 1993 verweigerte die Käuferin die Annahme der ihr über DANZAS zugesandten restlichen Posten.

66

Damit hat die Käuferin ihre gemäss WKR bestehende Abnahme- und Zahlungspflicht aus Vertrag verletzt. Es handelt sich um eine wesentliche Vertragsverletzung im Sinne von Art. 25 WKR.

67

c) Die Klägerin hat deshalb der Beklagten 1 zu Recht mit Schreiben vom 27. Oktober 1995 Frist angesetzt und sie ist nach dem unbenutzten Ablauf berechtigterweise vom Vertrag zurückgetreten. 68

4.

a) Die Beklagten haben zu ihrer Rechtfertigung vorgebracht, es habe zwischen den Vertragsparteien die Gepflogenheit bestanden, dass geplante Lieferungen abgeändert und Bestellungen annulliert worden seien. 69

b) «Gepflogenheiten» im Sinne des WKR sind Gewohnheiten bzw. individuelle Übungen, die im Geschäftsverkehr zwischen zwei oder mehreren Vertragspartnern entstanden sind (Schlechtriem/*Junge*, a.a.O., Art. 9 WKR Rz. 7). Gemäss Art. 9 Abs. 1 WKR sind die Parteien an die zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten gebunden. Gepflogenheiten setzen eine längerdauernde Geschäftsbeziehung mit einer Mehrzahl von Kaufverträgen voraus. Zum Nachweis genügt, dass vergleichbare Fälle zwischen den Parteien immer in dieser Form abgewickelt wurden und dass dieses Vergehen nicht beanstandet wurde (Honsell/*Melis*, a.a.O., Art. 9 WKR Rz. 4; Schlechtriem/*Junge*, Art. 9 WKR Rz. 7). 70

c) Zum Beweis für das Bestehen der Gepflogenheit, dass geplante Lieferungen abgeändert und Bestellungen annulliert worden sind, beriefen sich die Beklagten auf einen Fax vom 26. März 1992, gemäss welchem bestimmte Besteckteile durch andere ersetzt werden sollten, und auf ein Schreiben der Klägerin vom 24. April 1992, gemäss welchem ein Abrufauftrag vom 2. April 1992 annulliert wurde. An der Instruktionsverhandlung konnte der Vertreter der Klägerin zur Frage der Abänderungen bzw. der Annullierungen von Bestellungen nicht Stellung nehmen. Aufgrund der von den Beklagten eingelegten Schreiben vom 26. März und 24. April 1992 ist der Beweis jedoch erbracht worden, dass vereinzelt Abänderungen von Bestellungen und Annullierungen vorgekommen und von der Klägerin akzeptiert worden sind. Es ist deshalb vom Bestehen der von den Beklagten behaupteten Gepflogenheit auszugehen. 71

Wie jedoch vorne unter Erw. II. D. 2.–4. ausgeführt wurde, ist den Beklagten der Beweis für eine tatsächlich einvernehmlich vorgenommene Stornierung missglückt. Es bleibt deshalb zu prüfen, welche Ansprüche die Klägerin aus den ungerechtfertigterweise widerrufenen Bestellungen gegenüber den Beklagten zustehen. 72

### III. Quantitatives

#### A. Rechtliches

1.

a) Wie bereits unter Ziff. II F. 3. a erwähnt worden ist, stehen dem Verkäufer die Rechtsbehelfe 73

gemäss Art. 61 in Verbindung mit den Artikeln 62 bis 65 WKR zur Verfügung, wenn der Käufer einer seiner Pflichten nicht nachkommt.

Der Verkäufer kann gemäss Art. 62 WKR seinen Anspruch auf Erfüllung durchsetzen. Er kann gemäss Art. 63 eine angemessene Nachfrist ansetzen und, wenn diese nicht eingehalten wird, gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. b WKR die Aufhebung des Vertrages erklären und Schadenersatz verlangen (Art. 74 ff. WKR). Schliesslich kann der Verkäufer die Spezifizierung, die der Käufer vorzunehmen hätte, aber nicht vornimmt, selber vornehmen.

74

b)

Im vorliegenden Fall hat die Klägerin der Beklagten 1, nachdem diese die ihr zugestellten Waren zurückgewiesen und gegen die Betreibung Rechtsvorschlag erhoben hatte, zunächst mit Schreiben vom 27. Oktober 1995 eine Frist bis am 6. November 1995 ansetzen lassen, um den Pflichten aus dem Kaufvertrag nachzukommen. Nach dem unbenutzten Ablauf dieser Frist hob die Klägerin das Vertragsverhältnis auf und erklärte, die für die Beklagte 1 hergestellte Ware werde im Rahmen eines Deckungsgeschäfts verkauft. Die Klägerin ist somit gemäss den Art. 61, 64 Abs. 1 lit. b und 75 WKR vorgegangen.

75

2.

Hat der Verkäufer einen Deckungsverkauf vorgenommen, kann er die Differenz zwischen dem im Vertrag vereinbarten Preis und dem Preis des Deckungsverkaufs sowie jeden weiteren Schaden gemäss Art. 74 WKR verlangen (Art. 75 WKR). Darunter ist der durch die Vertragsverletzung entstandene Verlust einschliesslich der entgangenen Gewinne, also eine vollständige Schadloshaltung zu verstehen (Art. 74 WKR; Schlechtriem/*Stoll*, a.a.O., Art. 75 WKR Rz. 10 f.).

76

3.

Der Verkäufer, der Ersatz seines Erfüllungsschadens gemäss Art. 75 WKR geltend macht, hat die klagebegründenden Tatsachen zu beweisen. Ihm obliegt der Beweis, dass er den Deckungsverkauf abgeschlossen hat und zwar in angemessener Weise und innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der Aufhebung des Vertrags (Honsell/*Schönle*, a.a.O., Art. 75 WKR Rz. 26).

77

## **B. Geltend gemachte Ansprüche**

Die Klägerin hat folgende Ansprüche eingeklagt:

78

- Kapitalisierter Verzugszins auf dem Forderungsbetrag der drei Rechnungen (Kaufpreis sowie Transportkosten) ab dem 12. Oktober 1993 bis 8. November 1995 nebst den Transportkosten von DM 418.48: DM 47'925.44 nebst Zins;
- Zwei Schadenersatzansprüche: Deckungsverkauf (DM 43'261.35) sowie unverkäufliche Ware (DM 24'488.91) nebst Zins;
- Vorprozessuale Anwaltskosten: Fr. 1'463.70 nebst Zins.

## 1. Kapitalisierter Verzugszins nebst Transportkosten

a)

79

Gemäss Art. 78 WKR hat die Klägerin neben dem Schadenersatzanspruch auch Anspruch auf Zins. Ausser den Kosten des Deckungsgeschäfts sind dem ersatzberechtigten Gläubiger im Rahmen des Art. 74 WKR alle weiteren Schäden zu ersetzen, die ihm infolge der Vertragsverletzung entstanden sind, wozu die Verzugsschäden gehören, die bis zur Vornahme des Deckungsgeschäfts entstanden sind (Schlechtriem/*Stoll*, a.a.O., Art. 75 WKR Rz. 10 i.V.m. Schlechtriem/*Eberstein*, a.a.O., Art. 78 WKR Rz. 78). Anders als im schweizerischen Recht (Art. 102 OR) bedarf es gemäss WKR keiner Mahnung des Gläubigers für die Inverzugsetzung. Gemäss Art. 78 WKR genügt es, dass der Schuldner im Zeitpunkt der Fälligkeit nicht bezahlt (Schlechtriem/*Eberstein*, a.a.O., Art. 78 WKR Rz. 8; Honsell/*Magnus*, a.a.O., Art. 78 WKR Rz. 8 f.).

Auf allen drei Rechnungen der Klägerin vom 12. Oktober 1993 ist festgehalten, dass die Zahlung «sofort nach Rechnungserhalt» zu erfolgen habe. Die Rechnungsbeträge wurden also mit dem Erhalt der Rechnung fällig. Die Klägerin kann somit den Zins, unter Einrechnung einiger Tage für die postalische Zustellung der Rechnungen, seit dem 15. Oktober 1993 verlangen.

80

b)

81

Art. 78 WKR legt die Höhe des Verzugszinses nicht fest. Der Zinsfuss ist deshalb gemäss dem Internationalen Privatrecht der Schweiz zu bestimmen. Art. 118 IPRG verweist auf das Haager Übereinkommen vom 15. Juni 1955 betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht (SR.0.221.211.4). Dessen Art. 3 Abs. 1 bezeichnet das innerstaatliche Recht des Landes, in welchem der Verkäufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, als massgebend. Damit untersteht die Frage der Höhe des Zinsfusses deutschem Recht, weil die Klägerin ihren Geschäftssitz in Deutschland hat. Weil zudem beide Parteien Kaufleute im Sinne der §§ 1 und 4 des Deutschen Handelsgesetzbuches (HGB) sind, beträgt der Zinsfuss gemäss § 352 HGB 5% analog der Regelung gemäss Art. 104 Abs. 1 OR.

c)

82

Zum Schaden, den der Verkäufer gemäss Art. 74 WKR geltend machen kann, gehören auch die unnützen Transportkosten (*Reinhart*, UN-Kaufrecht, a.a.O., Art. 78 WKR Rz. 2). Diese sind mit der Rechnung der Firma D[...] vom 17. September 1993 über DM 418.48 ausgewiesen. Sie sind mit der Zustellung der klägerischen Rechnung vom 12. Oktober 1993 an die Käuferin fällig geworden. Der Forderungsbetrag wurde somit auch mit dem Erhalt der Rechnung fällig. Die Klägerin könnte daher den Verzugszins, unter Einrechnung einiger Tage für die postalische Zustellung der Rechnung, seit dem 15. Oktober 1993 verlangen, doch ist er antragsgemäss (§ 75 Abs. 2 ZPO) erst seit dem 8. November 1995 zuzusprechen.

d)

83

Die Klägerin hob den Kaufvertrag mit unbenutztem Ablauf der Zahlungsfrist des 6. November 1995 auf. Bis zu diesem Zeitpunkt hatten sich die Parteien vertragstreu zu halten, d.h. die Beklagte schuldete bis zu diesem Zeitpunkt den Kaufpreis samt Verzugszins

(Schlechtriem/*Stoll*, a.a.O., Art. 75 WKR Rz. 5). Die Beklagte schuldet somit Verzugszins von 5% auf dem Betrag von DM 457'952.95 ab dem 15. Oktober 1993 bis 6. November 1995. Dies ergibt einen kapitalisierten Verzugszins (bei Annahme eines Zinsjahres von 360 Tagen: 742 Tage) von DM 47'194.60, umgerechnet somit Fr. 38'581.60. Der Umrechnungskurs von 0.8175 wurde von den Beklagten zu Recht nicht bestritten.

e)

Der geltend gemachte Zins seit dem 8. November 1995 auf dem kapitalisierten Verzugszins kann nicht zugesprochen werden, weil sowohl gemäss § 289 BGB wie auch gemäss Art. 105 Abs. 3 OR das Verbot des Zinseszinses zu beachten ist.

84

f)

Zur kapitalisierten Verzugszinsforderung sind (antragsgemäss) die Transportkosten der Firma D[...] hinzuzuzählen (vgl. vorn Erw. III. B. 1. c), weshalb sich der Betrag auf DM 47'613.08 (Fr. 38'923.70) beläuft.

85

## 2. Schadenersatz aus Deckungsverkäufen

a)

Die Klägerin reduzierte den Betrag in der Replik auf DM 43'261.35 (Fr. 35'366.15).

86

Zur Begründung brachte sie vor, es sei notorisch und der Sache entsprechend, dass die für den Beklagten hergestellten Sonderanfertigungen unter Preis hätten verkauft werden müssen. Die genaue zahlenmässige Erfassung der Differenzbeträge stelle einen unverhältnismässigen Aufwand dar, weshalb die Festsetzung des Schadens in das richterliche Ermessen gesetzt werde. Selbst bei äusserst vorsichtiger Schätzung sei ein Schaden von mindestens 10% des vereinbarten Kaufpreises gerechtfertigt. Allein die Umtriebe im Zusammenhang mit dem Deckungsverkauf (Offertstellung, Mustersendungen, Aussonderungen, Neuzusammenstellungen usw.) dürften die Schadensquote bereits erreichen. Zur Festsetzung der Schadensquote wird die Anordnung einer gerichtlichen Expertise beantragt.

87

T[...] K[...], Geschäftsführer der Klägerin, brachte in der Parteibefragung vor, die für die Einzelfirma H[...]S[...] (Käuferin) bereitgestellten 122-teiligen Garnituren hätten zum einen aus atypischen Teilen (50) bestanden, zum andern aus einer 72-teiligen Standardgrösse, welche als Ganzes mit Ausnahme der mit dem Firmensignet der Käuferin gekennzeichneten 12 Messer (Messerklingen) veräusserbar gewesen sei. Die 50-teiligen Einheiten hätten neu sortiert, aus den Verpackungseinheiten herausgenommen und zu neuen Einheiten zusammengestellt werden müssen. Auch bei den 60 Bestecken der 72-teiligen Garnitur – somit ohne Messer – sei ein zusätzlicher Sortier- und Verpackungsaufwand angefallen. Jeder Sortiervorgang führe beim Besteck in der Regel zu Kratzern, weshalb unter Preis verkauft werden müsse. Der geltend gemachte Schaden von 10% des Verkaufspreises beruhe auf einer vorsichtigen Schätzung, nicht auf Erfahrungszahlen.

88

Der Klägerin entstanden dadurch, dass die Käuferin die Annahme der gelieferten Ware verweigerte und diese wieder zurücksandte, mannigfache Umtriebe, um die Ware wieder zu verkaufen bzw. den Deckungsverkauf vornehmen zu können: Sie musste zuerst die atypischen 50 Teile aus den Verpackungseinheiten herausnehmen, neu sortieren und zu neuen Einheiten

89

zusammenstellen. Weiter musste sie die 12 für die Käuferin individuell gekennzeichneten Messer aus der 72-teiligen Einheit entfernen. Daraufhin hatte sie die 60 verbleibenden Besteckteile um 12 nicht gekennzeichnete Messer zu ergänzen, alles neu und in einen 72-teiligen Standardkoffer zu verpacken oder die 60 verbleibenden Teile zu anderen Einheiten zusammenzustellen. Schliesslich fielen die Aufwendungen in Zusammenhang mit dem Verkauf der Ware an, so z.B. Zusammenstellung von Musterkollektionen, Auskündigung, Offertstellungen, Verkaufsgespräche, Lieferung usw.

Dem ersatzberechtigten Gläubiger sind ausser den Kosten des Deckungsgeschäfts im Rahmen von Art. 74 WKR alle weiteren Schäden zu ersetzen, die ihm infolge der Vertragsverletzung entstanden sind (Schlechtriem/*Stoll*, a.a.O., Art. 75 WKR Rz. 10). Nach Auffassung der Mehrheit des Gerichts lassen sich sämtliche diesbezüglichen Aufwendungen zahlen- bzw. betragsmässig nicht exakt nachweisen. Das Gericht erachtet aufgrund seiner fachrichterlichen Kenntnisse den geltend gemachten Schaden in Höhe von 10% des Verkaufspreises als ausgewiesen, da jedem Verkäufer Aufwendungen im Umfang mindestens dieser Quote erwachsen. Der Klägerin ist daher der Betrag von DM 43'261.35 (Fr. 35'366.15) zuzusprechen.

90

b)

Eine Minderheit des Gerichts hätte den Schaden aus den behaupteten Deckungsverkäufen abgewiesen, da er nicht rechtsgenügend substantiiert und nachgewiesen worden sei: Zwar habe die Klägerin mit der Klage Belege über die Deckungsverkäufe angeboten, mit der Replik aber keine solchen Beweise eingelegt. Eine blosser Beweisofferte genüge den prozessualen Anforderungen nicht. Es sei auch nicht Sache des Instruktionsrichters gewesen, die anwaltlich vertretene Klägerin gemäss § 7 Abs. 2 GOG zur Einreichung der erwähnten Beweisstücke aufzufordern. Dem Antrag auf Anordnung einer Expertise bezüglich der pauschal festgesetzten, geschätzten Schadensquote habe nicht stattgegeben werden müssen, da durch ein Gutachten ein unvollständig substantiiertes Klagefundament nicht aufgearbeitet und nicht neuer Prozessstoff beschafft werden dürfe; auch gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR habe die Expertise nicht angeordnet werden dürfen, da der Klägerin aufgrund der offerierten, nicht aber eingereichten Beweismittel eine konkrete Schadensbezeichnung möglich gewesen wäre.

91

3.

a)

Die Klägerin macht im weiteren geltend, diejenige Ware, welche individuell für die Beklagte hergestellt und mit dem «H[...]»-Signet gekennzeichnet worden sei, sei unverkäuflich. Die Beklagten haben das grundsätzlich anerkannt, aber bezweifelt, dass die Besteckteile tatsächlich schon gefertigt worden seien. Aus der Auftragsbestätigung der Firma B vom 4. Juni 1992 geht indessen hervor, dass je 2500 Menu- und Dessertmesser mit dem Zeichen «H[...]» bestellt worden sind. Der Vertreter der Klägerin hat zudem an der Instruktionsverhandlung überzeugend bestätigt, dass die Messer tatsächlich produziert worden sind. Darauf ist abzustellen.

92

b)

Die Klägerin macht den angeblichen Bestellwert dieser Messer im Umfang von DM 24'488.91 als ihren Schaden geltend. Die Beklagten wenden dagegen ein, die Fischbestecke, die Löffel und die Gabeln hätten kein «H[...]»-Signet getragen, deshalb könnte ein Schaden

93

höchstens im Umfang von DM 14'299.20 eingetreten sein. Die Beklagten haben nicht angegeben, wie sich der von ihnen genannte Betrag berechnet. Aus dem Schreiben der Klägerin vom 25. Januar an ihren Anwalt geht jedoch hervor, dass dort 840 Dessertmesser, 804 Menü-Messer sowie Fischbestecke, Mocca-Löffel, Servierlöffel und Aufschnittgabeln unverkäuflich seien. Nach den Angaben beider Prozessparteien haben indessen nur die Dessert- und die Menü-Messer das «H[...]S[...]»-Signet getragen, so dass nur diese Messer wirklich unverkäuflich waren. Der Wert dieser beiden Messerarten wird im erwähnten Schreiben der Klägerin mit insgesamt DM 14'299.20 angegeben. Die Beklagten sind somit zur Bezahlung dieses Betrags in solidarischer Haftbarkeit zu verurteilen.

c)

94

Die übrigen Besteckbestandteile konnten verkauft werden. Dazu war aber ein zusätzlicher Verkaufsaufwand erforderlich. Dieser Aufwand entstand auf der Differenz zwischen DM 24'488.91 abzüglich DM 14'299.20, somit auf DM 10'189.71. Nach Auffassung der Mehrheit des Gerichts ist der Klägerin auf diesem Betrag antragsgemäss [als *minus in maiore* im Klage- bzw. Replikbegehren Ziff. 1 c enthalten] ein Schaden in Höhe von 10% zuzusprechen, da der Klägerin bei diesen Besteckteilen derselbe Aufwand wie bei den behaupteten Deckungsverkäufen anfiel (vgl. oben Erw. III. B. 2. a). Der Schaden beläuft sich somit auf DM 1'019.--. Eine Minderheit des Gerichts hätte den Schaden auf dieser Differenz mangels rechtsgenügender Substanziierung bzw. Nachweises nicht zuerkannt.

d)

95

Den gesamten Betrag von DM 58'579.55 (DM 43'261.35, DM 14'299.20 sowie DM 1'019.--) haben die Beklagten antragsgemäss mit 5% (Art. 78 WKR) seit Klageeinreichung zu verzinsen, somit seit dem 21. Februar 1996.

4.

a)

96

Der Verkäufer kann gemäss Art. 74 WKR seinen gesamten Schaden inkl. den entgangenen Gewinn geltend machen. Zu diesem Schaden gehören auch die vorprozessualen Anwaltskosten (*Reinhart*, UN-Kaufrecht, a.a.O., Art. 74 WKR Rz. 2).

b)

97

Die vorprozessualen Anwaltskosten der Klägerin gehen aus dem Schreiben des klägerischen Anwalts vom 26. September 1995 mit Fr. 1'463.70 hervor.

c)

98

Die vorprozessualen Anwaltskosten der Klägerin sind erst mit der Zustellung der Klageschrift gegenüber der Beklagten geltend gemacht und damit fällig gestellt worden. Die Klageschrift wurde dem Beklagten am 23. April 1996 zugestellt. Die Zustellung der Klageschrift bedeutet zugleich auch Mahnung, weshalb die Beklagten seit dem Zustelldatum Verzugszins schulden.

5.

99

Der Klägerin sind somit folgende Beträge zuzusprechen:

- DM 47'613.08 (Fr. 38'923.70) nebst 5% Zins auf DM 418.48 (Fr. 342.10) seit dem 8. November 1995;
- DM 58'579.55 [DM 43'261.35, DM 14'299.20, DM 1'019.--] (Fr. 47'888.80) nebst 5% Zins seit dem 21. Februar 1996 (Klageeinleitung);
- Fr. 1'463.70 nebst 5% Zins seit dem 23. April 1996.

Insgesamt werden der Klägerin nebst Zinsen Fr. 88'276.20 zugesprochen (eingeklagter Betrag bzw. Streitwert, § 16 ZPO: Fr. 96'100.50). Gemäss einer Minderheit des Gerichts wäre die Klage nur gut zur Hälfte gutgeheissen worden.

100

6.

101

Die Klägerin begehrt im weiteren, es sei ihr in den Betreibungen Nr. 125341 und 125342 des Betreibungsamtes W[...] Rechtsöffnung im Umfange der zugesprochenen Beträge zu gewähren. Da die Klage vor Ablauf der Jahresfrist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG eingereicht worden ist, kann diesem Begehren insoweit entsprochen werden, als der Klägerin Guthaben aus den Rechnungen vom 12. Oktober 1993 zugesprochen werden. Demgegenüber sind die vorprozessualen Anwaltskosten der Klägerin in den beiden Zahlungsbefehlen nicht mitenthaltend.

#### IV. Kostenentscheid

1.

102

Die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichts- und den Parteikosten, werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Obsiegt keine Partei vollständig, werden die Kosten anteilmässig verteilt (§ 112 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Klägerin dringt mit ihren Rechtsbegehren zu rund 9/10 durch. Demgemäss sind den Beklagten die Verfahrenskosten zu 9/10 und der Klägerin zu 1/10 aufzuerlegen. Entsprechend haben die Beklagten der Klägerin 4/5 ihrer in richterlicher Höhe genehmigten Parteikosten zu ersetzen.

2.

103

Die Höhe der Gerichtsgebühr ist nach dem Streitwert zu bemessen, welcher sich nach den gestellten Begehren berechnet (§ 100 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. § 4 VKD). Der Streitwert beträgt Fr. 96'100.50. Die Gerichtsgebühr ist gemäss § 13 Abs. 1 VKD leicht zu reduzieren, da die Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet haben.

Demgemäss wird mehrheitlich

104

#### erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage werden die Beklagten in solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, der Klägerin

- a) DM 47'613.08 oder Fr. 38'923.70 nebst 5% Zins auf DM 418.48 (Fr. 342.10) seit 8. November 1995
  - b) DM 58'579.55 oder Fr. 47'888.80 nebst 5% Zins seit 21. Februar 1996 und
  - c) Fr. 1'463.70 nebst 5% Zins seit 23. April 1996
- zu bezahlen.
2. In den Solidarbetreibungen W[...] Nr. 125341 und 125342 vom 12. Oktober 1995 werden die Rechtsvorschläge je im Umfange von Fr. 38'923.70 zuzüglich 5% Zins auf Fr. 342.10 seit 8. November 1995 sowie von Fr. 47'888.80 zuzüglich 5% Zins seit 21. Februar 1996 beseitigt und der Klägerin definitive Rechtsöffnung gewährt.
  3. Die Gerichtskosten, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.-- sowie den Kanzleigeühren und Auslagen von Fr. 650.--, insgesamt Fr. 5'650.--, werden der Klägerin zu 1/10 mit Fr. 565.-- und den Beklagten unter solidarischer Haftbarkeit zu 9/10 mit Fr. 5'085.- auferlegt.
  4. Die Beklagten haben der Klägerin in solidarischer Haftbarkeit 4/5 ihrer in richterlicher Höhe von Fr. 15'897.65 (inkl. MWSt von Fr. 964.55) genehmigten Parteikosten zu ersetzen, somit Fr. 12'718.10.