

II. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

88. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Oktober 1915

i. S. Lederfabrik Durlach, Herrmann & Ettliger, Klägerin und Berufungsklägerin, gegen S. Heim & Söhne, Beklagte und Berufungsbeklagte.

Kaufvertrag. Rechtsanwendung in örtlicher Beziehung. Inwiefern ist ein früherer Vertragsentwurf Bestandteil des telegraphisch abgeschlossenen Vertrages geworden? Fixgeschäft: Art. 108 Ziffer 3 OR, Verhältnis zu Art. 190. Unter den Begriff des Fixgeschäftes fällt nicht nur die Ausbedingung eines Lieferungs-(Uebergabe-), sondern auch die eines Versandstermines. Macht die Vertragsklausel, dass die Ware «spätestens am 15. November von Genua (Zwischenstation) abrollen» müsse, das Geschäft zum Fixgeschäft? Liegt in der Erklärung des Käufers: «Auftrag annulliert» ein Verzicht auf Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung? Wie ist, verneinenden Falles, diese Erklärung in Hinsicht auf Art. 107 Abs. 2 OR auszulegen: als Beanspruchung des positiven oder des negativen Vertragsinteresses? Die beiden Interessen können nur alternativ geltend gemacht werden. Kursverlust als Schadensfaktor.

1. — Durch Vermittlung eines Jules Bergmann aus Paris trat die Klägerin, die Lederfabrik Durlach, Herrmann & Ettliger in Durlach bei Karlsruhe, mit der Beklagten, der Firma S. Heim & Söhne in Zürich, in Verbindung zum Zwecke der Lieferung eines Quantums Schafsfelle, die aus Spanien durch Italien als Durchfuhrland zu beziehen waren. Am 7. November 1914 fand in Zürich zwischen den beiderseitigen Firmateilhabern, Heim Senior und Dr. Ettliger, eine Besprechung statt, in deren Verlauf eine «Kommissionskopie» in Doppel ab-

gefasst wurde. Hiernach verkaufte die Beklagte der Klägerin 20,000 Schafsfelle zu 5 Fr. 25 Cts. das Stück ab Chiasso. Die Zahlung hatte durch eine noch zu bestimmende Bank in Zürich gegen Uebergabe des Duplikates der Verladepapiere zu geschehen. Die Ware musste «spätestens am 15. November von Genua abrollen». Sollte ihre Beförderung nach Deutschland unmöglich sein, so hatte die Beklagte den erhaltenen Betrag der Klägerin zurückzuzahlen.

Die Unterzeichnung dieses Schriftstückes unterblieb und zwar, wie die Klägerin behauptet, weil sie damals noch keinen Vertrauensmann für die Uebernahme der Felle in Genua gefunden hätte, als welchen sie nachher den Inhaber der Firma Salm in Leipzig bezeichnete, der auch für sich selbst eine Partie Felle in Empfang zu nehmen hatte.

Am 8. November 1914 telegraphierte die Klägerin der Beklagten: «Uebernahme Genua durch Salm geordnet; Dringdrahtet, ob gestriger Abschluss nunmehr perfekt.» Die Beklagte telegraphierte gleichen Tages zurück: «Ihr Telegramm erhalten, Geschäft hiermit bestätigt....» Darauf überwies am 9. November die Klägerin der Beklagten durch den Schweizerischen Bankverein in Zürich 105,000 Fr. zur Deckung der Preisforderung und bestätigte ihr am nämlichen Tage brieflich den Depeschenwechsel, der zu dem Abschluss gemäss den in Zürich am 7. November getroffenen Abmachungen geführt habe; zugleich ersuchte sie um prompte Lieferung. Am 11. November schrieb sie der Beklagten: Laut Mitteilung Salms seien die Felle noch nicht in Genua angekommen; sie verlange Aufklärung über den Sachverhalt. Auf eine erneute, telegraphische Anfrage vom 14. erwiderte die Beklagte mit Telegramm vom 15. November, das Schiff mit den Fellen komme erst Ende der Woche in Genua an und die Ausfuhr sei «unbestimmt». Die Klägerin telegraphierte auf dies am 17. November der Beklagten: «Auftrag annulliert» und bestätigte durch Brief vom

gleichen Tage diese Annullierung mit dem Beifügen, dass sie die Beklagte für den ganzen aus der Nichtlieferung erwachsenden Schaden haftbar machen werde. Durch Brief vom 19. November erklärte sich die Beklagte mit der Annullierung des Geschäfts einverstanden.

Im nunmehrigen Prozesse verlangt die Klägerin von der Beklagten als Schadenersatz Bezahlung von 35,000 Fr. nebst Zins zu 5% seit dem 28. Dezember 1914 (Ladung vor den Friedensrichter). Sie macht geltend: Zum Vertragsinhalt gehöre auch die « Kommissionskopie ». Auf die darin enthaltene Bestimmung, wonach die Ware spätestens am 15. November von Genua abrollen müsse, habe die Klägerin entscheidenden Wert gelegt, einmal um sich ein pünktliches Eintreffen der Ware zur Weiterverarbeitung zu sichern und sodann um der bei einer Verzögerung entstehenden Gefahr vorzubeugen, dass Italien oder die Schweiz ein Aus- oder Durchfahrverbot erlasse. Als sie dann nach wiederholten Anfragen von der Beklagten erfahren habe, dass das Schiff mit den für sie bestimmten Fellen erst mit der am 21. November ausgehenden Woche in Genua einlaufe, sei ihr klar geworden, dass die vertragliche Lieferungsfrist nicht mehr eingehalten werden könne, und sie habe daher am 17. November ihren Rücktritt vom Verträge erklärt. Den entstandenen Schaden habe ihr die Beklagte nach Art. 190/91 OR zu ersetzen. Er berechne sich wie folgt: Durch die Bearbeitung und Weiterveräusserung der 20,000 Felle hätte die Klägerin unter den gegenwärtigen Zeitverhältnissen einen Gewinn von über 140,000 Fr. erzielen können. Sodann habe sie dem vergeblich in Genua wartenden Salm 200 Mk. zahlen müssen und durch die ergebnislose Ueberweisung des Kaufpreises von 105,000 Fr. an den Schweizerischen Bankverein einen Kursverlust von 3412 Mk. 50 Pfg. erlitten, da der Markkurs damals 88.75 betragen habe, während er gegenwärtig (bei der Klageanhebung) nur noch auf 85.50, also um 3.25 tiefer stehe.

Um allen Umständen des Falles die weiteste Rücksicht zu tragen, ermässige sie ihre Ersatzforderung auf 35,000 Fr.

Die Beklagte hat auf Abweisung der Klage angetragen und die Vorinstanz mit dem Urteil vom 12. März 1915 in diesem Sinne erkannt. Vor Bundesgericht hält die Klägerin an ihrem Klagebegehren fest.

2. — Die Berufung ist zulässig, namentlich auch in Hinsicht auf das anzuwendende Recht. Der streitige Vertrag ist in Zürich abgeschlossen worden. Dasselbst wohnt auch eine der Parteien und war der Kaufpreis, und zwar in Frankenwährung, zu bezahlen. Die Ware wurde ab Chiasso, also ab einer schweizerischen Bahnstation verkauft. Zudem haben sich beide Parteien im Prozesse auf das schweizerische Recht berufen. Alle diese Momente stellen seine Anwendbarkeit ausser Zweifel.

3. — Mit Unrecht hat heute die Beklagte behauptet, die Vorinstanz hätte ohne weitere Prüfung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse des Falles schon deshalb zur Abweisung der vorliegenden Schadenersatzklage kommen sollen, weil der Vertrag durch übereinstimmende Erklärung der Parteien nachträglich wieder aufgehoben worden sei. Wenn die Klägerin der Beklagten am 17. November 1914 telegraphierte: « Auftrag annulliert », so wollte sie hiedurch nicht das Vertragsverhältnis in der Meinung aufheben, damit auf ihr allfällig zustehende Schadenersatzansprüche zu verzichten. Ein solcher Verzicht darf nicht vermutet werden und die Beklagte konnte ihn unter den gegebenen Umständen auch nicht als von der Klägerin gewollt ansehen und in diesem Sinne durch ihre Annahme der Annullation die Klägerin binden. Sie musste sich bewusst sein, dass die Annullationserklärung ihren Grund hatte in der nach wiederholten Anfragen erhaltenen Mitteilung der Beklagten, die Ware komme erst Ende der Woche nach Genua und die Ausfuhr sei « unbestimmt ». Danach aber wollte die Klägerin mit ihrer Erklärung, wie der Beklagten er-

kennbar sein musste, die Realerfüllung des Vertrages wegen Leistungsverzuges ablehnen. Dabei kann offen gelassen werden, ob sie es auf einen eigentlichen Vertragsrücktritt (Aufhebung des gesamten Vertragsverhältnisses) oder auf Ersatz der Realleistung durch Leistung des Geldinteresses abgesehen gehabt habe (s. unter Erw. 7). In beiden Fällen hatte sie, die Berechtigung ihres Vorgehens vorausgesetzt, von Gesetzeswegen (Art. 107 ff. und eventuell 190 OR) Anspruch auf Schadenersatz. Hiernach konnte die Beklagte schon von Anfang an aus der — vorbehaltlosen — Annullationserklärung nichts Gegenteiliges entnehmen und sodann kommt noch dazu, dass die Klägerin in ihrer kurz darauf folgenden brieflichen Bestätigung dieser Erklärung nunmehr ihre Ersatzansprüche noch ausdrücklich gewahrt hat.

4. — Ob nun die Klägerin durch ihr Telegramm vom 17. November den Vertrag habe wirksam « annullieren » können und ob ihr demnach Schadenersatzansprüche zustehen, hängt davon ab, ob man es mit einem Fixgeschäft zu tun habe, also eine Fristansetzung zu nachträglicher Erfüllung — die hier, wie unbestritten, unterblieb — nicht nötig gewesen sei. Für die Annahme eines solchen Geschäfts beruft sich die Klägerin auf die Bestimmung der « Kommissionskopie » vom 7. November, wonach die gekaufte Ware « spätestens am 15. November von Genua abrollen » musste.

5. — Mit der Klägerin ist vorerst anzunehmen, dass diese Bestimmung des genannten Schriftstückes, das freilich als solches bloss den Charakter eines Vertragsentwurfes hat, nachträglich zum Inhalt des abgeschlossenen Vertrages gemacht wurde. Als die Klägerin der Beklagten am 9. November den durch den vorherigen Depeschenwechsel erfolgten Vertragsabschluss, — die « getroffenen Abmachungen », — bestätigte, hat sie sich für den Vertragsinhalt auf die « Kommissionskopie » berufen, von der die Beklagte ebenfalls eine Abschrift besitze. Die Beklagte hat der Berufung auf diese Urkunde

nicht widersprochen und damit ihr Einverständnis zu erkennen gegeben. Anders könnte es sich nur verhalten, wenn nach der Sachlage ein Grund dazu vorläge, die Fristbestimmung der « Kommissionskopie » verschieden zu behandeln von den sonstigen Bestimmungen dieses Schriftstückes. An einem solchen fehlt es und daher ist die Behauptung der Beklagten zurückzuweisen, sie habe den Ausdruck « die getroffenen Abmachungen » in einem beschränkten Umfange verstanden, der jene Fristbestimmung nicht einschliesse. Im übrigen bestreitet die Beklagte nicht, dass man im allgemeinen bei der Ermittlung des Vertragsinhalts auf die « Presskopie » abstellen muss und dass diese allein in Betracht kommen kann für die erforderliche Ergänzung der telegraphischen Erklärungen, die formell den Vertragsabschluss bewirkten.

6. — Im Gegensatz zur Auffassung der Vorinstanz ist anzunehmen, dass die von der Klägerin angerufene Klausel den Vertrag in der Tat zu einem Fixgeschäft gemacht hat. Ein solches liegt dann vor, wenn hinsichtlich einer vertraglichen Leistung die Zeit zu einem wesentlichen Vertragsbestandteil erhoben wird, wenn also der Vertrag nur durch die Vornahme der Leistung zur bedingenen Zeit wirklich erfüllt werden kann (vergl. OSER, Kommentar zum OR, Art. 108, IV). Mit Unrecht schränkt die Vorinstanz den Begriff dahin ein, dass sie als zum Fixgeschäft gehörend die Festsetzung eines bestimmten Lieferungs-(Uebergabe)termins erklärt und die eines Versandungstermins als ungenügend ansieht. Für das schweizerische Recht lässt sich diese Ansicht nicht rechtfertigen. Der ordentliche Begriff des Fixgeschäfts muss hier aus Art. 108 Ziffer 3 OR entnommen werden (vergl. OSER, a. a. O.). Darin wird die Frage geregelt, unter welchen Umständen eine vertragliche Zeitbestimmung im Verzugsfalle die Ansetzung einer Frist zur nachträglicher Erfüllung unnötig macht und der blosser Verzug dem Gläubiger das Recht auf Ablehnung der Realerfüllung und die damit verbundenen Rechte (Art. 107

Abs. 2) gibt, also die Frage, unter welchen Umständen der Zeit jene für die richtige Erfüllung wesentliche Bedeutung zukomme. Art. 108 Ziffer 3 drückt sich nun allgemein dahin aus, dass die « Leistung » zur Zeit erfolgen müsse. Als solche aber braucht bei der (verkaufsweisen usw.) Verschaffung einer Sache nicht lediglich deren Uebergabe verstanden zu werden, sondern es kann auch eine sie vorbereitende Handlung darunter fallen, wie hier die Versendung von einer Zwischenstation des Transportweges. Dass gegen diese Auslegung etwa sachliche Gründe sprechen, behauptet der kantonale Richter nicht und ist auch nicht zu ersehen. Sie trägt vielmehr den Bedürfnissen des Verkehrs dadurch gebührend Rechnung, dass sie den Vertragsparteien die Möglichkeit einer unter Umständen nahe gelegten Verteilung des Risikos gibt: Der Lieferant kann sich vielleicht nicht dazu verstehen, hinsichtlich der Ablieferungszeit eine Verpflichtung zu übernehmen, wohl aber scheint es ihm tunlich, dafür einzustehen, dass die Ware in einem bestimmten Zeitpunkt wenigstens einen Teil ihres Transportweges, etwa den Seeweg, zurückgelegt habe, und dem Käufer kann mit einem solchen Versprechen bereits hinreichend gedient sein. Von Erwägungen dieser Art mögen denn auch hier die Parteien ausgegangen sein, als sie sich unter den durch die Kriegslage geschaffenen besondern Verhältnissen auf die Klausel einigten, dass « die Ware spätestens am 15. November von Genua abrollen » müsse, dagegen über den Zeitpunkt ihrer Uebergabe in Chiasso nichts beredeten.

Lässt aber das Gesetz ein Fixgeschäft auch hinsichtlich der Versendungszeit zu, so ist hier ein solches durch die genannte Klausel auch wirklich abgeschlossen worden. Die Wendung « spätestens am 15. November » bringt mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck, dass die Ware bis zu diesem Zeitpunkt von Genua versendet sein müsse, damit die Leistung, so wie sie gemeint ist, noch erfolgen könne (vergl. OSER, a. a. O., IV, 3 a). Diese Ausdrucks-

weise verliert auch nicht etwa durch die Umstände des Falles ihre Bedeutung. Mochte auch die Beklagte bei Zusage einer bestimmten Uebersendungszeit gerade in Rücksicht auf die bestehende Verkehrserschwerung eine besondere Gefahr laufen, so berechtigt das doch nicht zum Schlusse, dass sie sich unmöglich dazu habe verstehen können und dass daher der Vertrag gegen seinen Wortlaut auszulegen sei; das umso weniger, als auch die Klägerin für einen Teil der Transportstrecke die Gefahr immerhin in dem Sinne auf sich genommen hat, dass sie im Falle der Verunmöglichung der Ablieferung durch ein Ausfahrverbot ihres Rechts auf Vertragserfüllung verlustig gehen wollte.

Das Gesagte lässt die Frage unberührt, ob nicht der Art. 190 OR, der sich im besondern auf die Fixgeschäfte im kaufmännischen Verkehr bezieht und dabei hinsichtlich der zeitlichen Bestimmung den Ausdruck « Lieferungs termin » gebraucht, unanwendbar sei auf Geschäfte wie das vorliegende, wo nicht die Ablieferung sondern die Versendung zeitlich terminiert wurde. Die Eigenschaft als Fixgeschäft und die damit verbundenen Rechtswirkungen ergeben sich hier schon auf Grund der allgemeinen Bestimmung des Art. 108 Ziffer 3, welcher gegenüber der Art. 190 die Vorschriften über das Fixgeschäft in Hinsicht auf die Bedürfnisse des kaufmännischen Verkehrs erweitern, nicht etwa einschränken will. Demnach braucht auch nicht zu den Ausführungen der Vorinstanz Stellung genommen zu werden, worin das gegenseitige Verhältnis der beiden Artikel erörtert und geprüft wird, inwiefern das revOR in diesem Gebiete den frühern Rechtszustand abgeändert habe.

7. — Nachdem die Versendung der Ware am 15. November 1914 noch nicht erfolgt war, konnte also die Klägerin die in Art. 107² vorgesehenen Wahlrechte ausüben. Sie hat dies durch ihre Erklärung getan, dass sie den « Auftrag annulliere » und die Beklagte für den aus der Nichtlieferung erwachsenden Schaden haft-

bar mache. Nach ihrem Wortlaut muss diese Erklärung wohl dahin aufgefasst werden, dass die Klägerin vom Vertrage zurückgetreten ist und demgemäss Ersatz des negativen Vertragsinteresses gefordert hat. Dem widerspricht freilich der von ihr im Prozesse eingenommene Standpunkt, insofern nämlich, als hier der Hauptposten, aus dem sich die eingeklagte Schadenersatzforderung zusammensetzt, den Betrag bilden soll, den die Klägerin im Falle rechtzeitiger Lieferung nach Verarbeitung der Ware beim Weiterverkauf als Gewinn hätte erzielen können, welcher Gewinn auf über 140,000 Franken beziffert wird. Insoweit wird also nicht aus Vertragsrücktritt geklagt, sondern unter der Annahme, dass die vertraglichen Verpflichtungen der Beklagten fortbeständen, die Beklagte sich aber nicht mehr durch Realisierung befreien könne, vielmehr Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens leisten, also für das positive Vertragsinteresse aufkommen müsse.

Beurteilt man die Klage, was den genannten Hauptposten anbetrifft, von diesem Gesichtspunkte aus, so ist mit der Vorinstanz darauf hinzuweisen, dass von einem entgangenen Gewinn im erwähnten Sinne, als der ganzen oder teilweisen Differenz zwischen An- und Weiterverkaufspreis der Ware, nur dann die Rede sein kann, wenn die Klägerin sich nach dem 15. November keine oder doch nur zu höherem Preise Ersatzware hätte verschaffen können. Die Vorinstanz erklärt nun aber, dass die Klägerin vor ihr weder die Unmöglichkeit einer anderweitigen Eindeckung behauptet noch irgendwelche Angaben über die Preislage der Ware zur fraglichen Zeit gemacht habe, und sie kommt auf Grund dieser akten gemässen und also für das Bundesgericht verbindlichen Annahme dazu, den vorliegenden Ersatzanspruch, weil ungenügend substantiiert, abzuweisen. Als bundesrechtswidrig lässt sich diese Erledigung nicht anfechten.

Damit bleiben noch die zwei Schadenposten, wonach die Klägerin Ersatz eines Kursverlustes von 3412 Mk.

50 Pfg. und Rückerstattung der behaupteten Zahlung an Salm von 200 Mk. verlangt. Mit diesen Ansprüchen wird im Gegensatz zu jenem Hauptposten auf das negative Vertragsinteresse abgestellt und sie können daher jedenfalls nicht mit den andern vereint, sondern nur alternativ daneben geltend gemacht werden. Auch sie lassen sich jedoch nicht gutheissen.

Was den behaupteten Kursverlust anlangt, so geht die Vorinstanz zutreffend davon aus, dass die Kurse zur Zeit der Ueberweisung des Kaufpreises und zur Zeit der Annullationserklärung der Klägerin einander gegenüberzustellen sind. Sie nimmt nun an, im letztern Zeitpunkt sei der Markkurs nicht höher, sondern eher niedriger gewesen als im erstern. An diese tatsächliche Annahme hat sich das Bundesgericht umso mehr zu halten, als sie von sachverständiger Seite vertreten wird. Aus dem letztern Grunde — und übrigens auch bei sachlicher Prüfung — muss sodann auch der Schluss als richtig gelten, den die Vorinstanz aus dem nachherigen tieferen Stande des Kurses zieht, nämlich dass die Klägerin nicht geschädigt worden sei. In der Tat konnte sie die Summe, die ihr die Beklagte zur Rückerstattung des Kaufpreises auf dem Platze Zürich in Franken bezahlen musste, in einen höhern Markbetrag umsetzen als früher. Zudem steht nicht fest, dass sie das Geld wirklich wieder nach Deutschland hat überweisen lassen und es nicht in der Schweiz anderweitig verwendet hat, in welchem Falle die Frage eines Kursverlustes ganz ausser Betracht fiel.

Der Anspruch auf Vergütung der 200 Mk., die die Klägerin an Salm für seine Dienste als Vertreter bezahlt zu haben angibt, ... (folgen zur Abweisung dieses Anspruches gelangende Ausführungen).

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 12. März 1915 in allen Teilen bestätigt.