

## V. OBLIGATIONENRECHT

## DROIT DES OBLIGATIONS

## 28. Urteil des I. Zivilabteilung vom 13. März 1919

i. S. Brenner und Nathan gegen Bollag.

**Kriegsklausel:** « Infolge Nichtlieferung können ausser Annullationsrecht keinerlei Ansprüche entstehen. » — Bedeutung für die Schadenersatzklage wegen Nichtlieferung und für die Leistungsklage. — Lieferungsmöglichkeit nach dem Krieg ?

A. — Laut Ordrebestätigung vom 4. Februar 1915 verkaufte die Beklagte der Klägerin :

600 Stück Voile, weiss, imit., Länge ca. 60 m, Qualität D1, zu 68 Pf. pro m;

200 Stück Halbvoile, weiss, ca. 60 m lang, Qualität D2, zu 81 Pf. pro m;

200 Stück Vollvoile, weiss, ca. 60 m lang, Qualität D3, zu 91 Pf. pro m;

alles lieferbar sukzessive April-Mai-Juni, eventuell etwas im März, ohne Haftbarkeit für rechtzeitige Lieferung franko verzollt Berlin.

An diesen Kontrakt lieferte die Beklagte bis Sommer 1915 insgesamt 240 Stück D1, 140 Stück D2 und 20 Stück D3. Am 28. Juni 1915 schrieb ihr die Klägerin, sie solle die restierenden 180 Stück D3 für die neue Saison auf Abruf zurückstellen, in D1 und D2 nur noch bis Juli 1915 Versand vornehmen und den Rest ebenfalls auf Abruf für die neue Saison zurückstellen. Zugleich machte sie bei der Beklagten eine neue Bestellung auf 350 Stück D1 und 350 Stück D2. Hierauf antwortete die Beklagte am 10. Juli 1915 mit einer neuen Ordrebestätigung, die einerseits die Restanz des Kontraktes vom 4. Februar 1915 zu den ursprünglichen Preisen « gegen Streichung Ihres Auftrages

vom 4. Februar 1915 » anführt und sodann die neue Bestellung von 350 Stück D1 zu 85 Cts. und 350 Stück D2 zu 1 Fr. 08 Cts. Am Fusse des Schreibens findet sich der Vermerk : « Lieferbar : März bis Juni ohne Garantie für rechtzeitige Lieferung. Infolge eventueller Nichtlieferung können ausser Annullationsrecht keinerlei Ansprüche entstehen. »

Laut Ordrebestätigung vom 5. August 1915 endlich verkaufte die Beklagte der Klägerin nochmals 150 Stück D2 zu 1 Fr. 08 Cts. und zwar ebenfalls zu den in der Bestätigung vom 10. Juli 1915 angeführten Konditionen.

Von den in der zweiten und dritten Ordrebestätigung angeführten Waren hat die Beklagte der Klägerin nichts mehr geliefert. Vielmehr schrieb sie ihr am 26. Februar 1916, die Restlieferung könne infolge « nachweisbar amtlicher Verhinderung » nicht mehr stattfinden, sie müsse daher die Klägerin bitten, den Auftrag zu annullieren. Am 8. März 1916 antwortete die Klägerin, sie anerkenne diese Annullierung nicht, und am 27. Januar 1917 liess sie der Beklagten durch ihren Anwalt zur Vornahme der Restlieferungen Nachfristen von verschiedener Dauer ansetzen. Zugleich wurde der Beklagten mitgeteilt, die Klägerin habe die Ware an die Firma G. Theilheimer in St. Gallen verkauft, die der ESS, einem Untersyndikat der SSS angehörte, die Beklagte könne die Stoffe dieser Firma liefern und der Klägerin fakturieren. Am 10. März 1917 sodann schrieb der klägerische Anwalt der Beklagten, er annulliere, nachdem an diesem Tage die Nachfrist für 100 Stück Vollvoile, 60 Stück Halbvoile und 160 Stück Voile imit. aus der Bestellung vom 4. Februar 1915 abgelaufen sei, den bezüglichen Auftrag und belaste dafür die Beklagte mit Schadenersatz.

B. — Diese Schadenersatzforderung macht die Klägerin mit ihrem ersten Rechtsbegehren geltend, indem sie mit 22,760 Fr. die Differenz zwischen Vertragspreis und dem Tagespreis vom 10. März 1917 franko Zürich ersetzt verlangt.

In ihrem zweiten Rechtsbegehren sodann fordert sie, es sei festzustellen, dass die Beklagte weiter zu liefern habe:

a) 260 Stück Voile gemäss Kontrakt vom 4. Februar 1915 ;

b) 80 Stück Vollvoile gemäss Kontrakt vom 4. Februar 1915 ;

c) 350 Stück Voile-Imitat. gemäss Kontrakt vom 10. Juli 1915 ;

d) 150 Stück Halbvoile aus Kontrakt vom 5. August 1915 und zwar alles an die Firma G. Theilheimer in St. Gallen und gemäss Inhalt der betreffenden Ordrebestätigung.

In einem dritten Klagebegehren endlich wird die grundsätzliche Feststellung verlangt, dass die Beklagten für den aus der verspäteten Lieferung entstandenen und noch entstehenden Schaden verantwortlich und haftbar sei.

Die Beklagte ihrerseits hat die Ansprüche der Klägerin bestritten und sich auf die Klausel in den Ordrebestätigungen vom 10. Juli und 5. August 1915, wonach jede Haftung aus Nichtlieferung wegbedungen worden sei, und ferner auf Lieferungsunmöglichkeit berufen. Ferner hat sie der Klägerin das Recht bestritten, nach so langem Zuwarten noch gemäss Art. 107 vorzugehen, und schliesslich bezeichnet sie die Forderungen der Klägerin als im Quantitativ übersetzt.

Alle diese Einwendungen sind im Prozess von der Klägerin als unstichhaltig bezeichnet und überdies geltend gemacht worden, die Beklagte sei in jedem Falle zu verpflichten, ihr den aus der Nichterfüllung des Vertrages gezogenen Nutzen herauszugeben.

C. — Mit Urteil vom 26. April 1918 hat das Handelsgericht Zürich die Klage abgewiesen, davon ausgehend, die Beklagte sei zufolge Leistungsunmöglichkeit von ihren sämtlichen Verpflichtungen der Klägerin gegenüber dauernd befreit.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag :

« 1. Es sei in Aufhebung des handelsgerichtlichen Urteiles die Klage gutzuheissen und zwar in Ziff. 1, 2 » und 3 des Rechtsbegehrens.

» 2. Eventuell sei die Klage gutzuheissen in Ziff. 1 und » mit Bezug auf Ziff. 2 und 3 nur zur Zeit abzuweisen.

» 3. Eventuell sei der Prozess zur Abnahme der von » der Klägerschaft angetragenen Beweise an das Handels- » gericht Zürich zurückzuweisen.

4. Für den Fall des grundsätzlichen Schutzes der « Klage sei der Prozess zur Abnahme der Beweise über das « Quantitative an die Vorinstanz zurückzuweisen, alles » unter Kosten- und Entschädigungsfolge. »

Die Beklagte hat auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils antragen lassen.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Wie schon vor kantonaler Instanz, streiten sich die Parteien auch vor Bundesgericht in erster Linie über die Frage, ob dem Klagebegehren 1 die in die Ordrebestätigung vom 10. Juli 1915 aufgenommene Klausel : « Infolge Nichtlieferung können ausser Annulationsrecht keinerlei Ansprüche entstehen », entgegengehalten werden kann oder nicht.

Die Klägerin verneint dies schon deswegen, weil die Klausel für die unterm 4. Februar 1915 verkauften Waren, die allein Gegenstand der im ersten Klagebegehren enthaltenen Schadenersatzforderung seien, keine Gültigkeit habe. Sie kann sich hiebei darauf stützen, dass in der Tat in der Ordrebestätigung vom 4. Februar der streitige Vorbehalt nicht figurirt. Allein demgegenüber macht die Beklagte mit Recht geltend, sie habe in ihrer zweiten Bestätigung vom 10. Juli 1915 die Wirksamkeit der Klausel auch auf die aus dem ersten Kontrakt noch zu liefernden Gewebe ausgedehnt. In der Tat findet sich dort ganz allgemein, und ohne Vorbehalt bezüglich dieser letzteren, die Bestimmung, es werde jede Haftung aus Nichtlieferung abgelehnt. Ueberdies wird darin ausdrücklich

bemerkt, die Hinausschiebung des Liefertermines für die aus dem ersten Kontrakt noch nicht gelieferte Ware werde vorgemerkt, «gegen Streichung Ihres Auftrages vom 4. Februar 1915». Mit Recht hat sodann die Vorinstanz noch darauf hingewiesen, dass es bei Hinausschiebung des Liefertermines hinsichtlich der Rückstände aus dem ersten Kontrakt für die Beklagte, angesichts der Unsicherheit des Gewebemarktes, ausserordentlich nahe gelegen habe, in diese Hinausschiebung nur unter Beschränkung ihrer Haftbarkeit einzuwilligen. Unter diesen Umständen konnte die Klägerin über die Absicht der Beklagten, die Anwendbarkeit der Klausel auf ihre alten Verpflichtungen auszudehnen, nicht im Zweifel sein. Nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr musste sie daher gegen diese Ausdehnung protestieren, wenn sie nicht daran gebunden sein wollte. Sie behauptet nun allerdings, dies mit Postkarte vom 22. Juli getan zu haben, allein die Beklagte hat bestritten, je eine derartige Mitteilung empfangen zu haben, und die Klägerin, die dafür beweispflichtig gewesen wäre, hat diesen Beweis nicht leisten können. Sie hat allerdings ein Kopierblatt eingelegt, an dessen Fuss, unter einem an eine andere Firma gerichteten Brief, eine entsprechende Verwahrung gegenüber der Beklagten kopiert ist. Das genügt jedoch nicht. Entscheidend ist, nach der gemäss OR unbestrittenermassen geltenden Empfangstheorie, für die Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Erklärungen deren Zugang beim Adressaten. Die Klägerin hätte daher nicht nur beweisen müssen, dass sie die fragliche Karte geschrieben und kopiert habe, sondern auch, dass sie der Beklagten zugestellt worden.

Die Klägerin hat sodann behauptet, die Wirksamkeit der Klausel für die Restanzen des ersten Kontraktes sei in einer Unterredung ihres Teilhabers, Brenner, mit dem Vertreter der Beklagten, Löser, ausgeschlossen worden. Allein hierauf kann deswegen nicht abgestellt werden, weil nachher die Parteien direkt miteinander verhandelt bzw. korrespondiert haben, und weil daher

ihren direkten Abmachungen gegenüber den Verhandlungen Löser's mit der Klägerin der Vorrang zukommt.

Streitig ist unter den Parteien aber nicht nur, ob die fragliche Klausel auf die Lieferungen aus dem ersten Kontrakt anwendbar ist, sondern auch, ob sie inhaltlich der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen entgegensteht. In dieser Hinsicht können jedoch angesichts des klaren Wortlautes ernstliche Zweifel nicht bestehen. Vorbehalten wird einzig das Annullationsrecht, während alle übrigen Ansprüche, insbesondere also die mit dem ersten Klagebegehren geltend gemachten Schadenersatzansprüche, ausgeschlossen sein sollen.

Dagegen ist weiter zu untersuchen, inwiefern dieser Vorbehalt rechtlich zulässig ist. Auf diese Frage antwortet Art. 100 OR, der den vertraglichen Haftungsausschluss nur verbietet, sofern rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit in Betracht kommen. Weder die eine noch die andere sind im vorliegenden Falle gegeben. Die Nichterfüllung ihrer kontraktlichen Pflichten ist weder auf eine rechtswidrige Absicht noch eine grobe Fahrlässigkeit der Beklagten zurückzuführen.

Nach den Ausführungen der Vorinstanz, denen ohne weiteres beizutreten ist, waren Vertragsgegenstand erst noch in die Schweiz einzuführende Voiles englischer Provenienz. Das Handelsgericht hat das geschlossen aus dem Umstande, dass die Deckung eines so grossen Quantums, wie es die Klägerin bestellt hat, in der Schweiz nicht möglich gewesen wäre, sodann aus der nach den Umständen bei der Klägerin als bekannt vorauszusetzenden Tatsache, dass der Geschäftsbetrieb der Beklagten in der Hauptsache die Einfuhr englischer Ware zum Gegenstand habe, ferner aus der Preislage der Abschlüsse, die derjenigen englischer Ware entsprochen, und endlich aus der Korrespondenz der Parteien. Diese Umstände, sagt das Handelsgericht, auf dessen eingehende Begründung hier verwiesen wird, lassen es als ausgeschlossen erscheinen, dass die Beklagte etwas anderes versprechen,

und die Klägerin etwas anderes habe kaufen wollen, als erst noch einzuführende Voiles englischer Herkunft. Nun hat die Vorinstanz aber weiterhin in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, die Beklagte sei seit Sommer 1915 in ihrer Einfuhr englischer Ware bedeutend eingeschränkt worden. Diese Feststellung ist für das Bundesgericht verbindlich. Es hat daher ebenfalls davon auszugehen, dass der englische Import für Baumwollgewebe vom Juli 1915 an bis nach Errichtung der SSS unmöglich war, und dass erst 1916 im Rahmen der SSS-Kontingentierung eine beschränkte Einfuhr wieder stattfinden konnte, wobei die Beklagte pro 1916, und zwar erst wieder vom 18. Mai 1916 an, insgesamt nur 12,484 kg = 1759 Stück Baumwollgewebe und darunter nur 4807,5 kg = 697 Stück Voile erhalten habe, während sie allein ihrer deutschen und österreichischen Kundschaft gegenüber zur Lieferung von ca. 10,000 Stück Voile verpflichtet gewesen sei, wozu noch Kontrakte mit schweizerischen und italienischen Abnehmern ungefähr im gleichen Umfang kommen.

Geht man nun aber von diesen Tatsachen aus, so kann davon, dass die Beklagte die der Klägerin gegenüber eingegangenen Verpflichtungen absichtlich oder grob fahrlässig nicht erfüllt habe, nicht die Rede sein. Die Klägerin kann sich nicht etwa auf Prioritätsrechte an den eingeführten Stoffen berufen, denn nach der von der Beklagten eingereichten und, wie die Vorinstanz feststellt, unwidersprochenen Aufstellung über die annullierten Kontrakte, hätte die Beklagte noch eine ganze Reihe zeitlich vor diejenigen, die sie mit der Klägerin abgeschlossen, fallende Verträge zu erfüllen gehabt. Aber auch eine proportionelle Verteilung der importierten Ware durfte der Beklagten nicht zugemutet werden, hätte doch die Klägerin dabei nur ca. 3½% ihrer Bestellungen erhalten. Nun hat die Klägerin allerdings noch behauptet, die Beklagte habe ihr Voile-Quantum dadurch unrechtmässig vermindert, dass sie, trotzdem sie in dieser Hinsicht keine Verpflichtungen gehabt, einen grösseren Teil

ihres Einfuhrkontingentos für den Bezug von Calico verwendet habe. Diese Behauptung hat die Vorinstanz zurückgewiesen, indem sie tatsächlich feststellte, die Beklagte habe auch Aufträge in Calico erfüllen müssen, und zudem hätte der Bezug von Voile an Stelle des Calico daran nichts geändert, dass bei proportionaler Verteilung auf die Klägerin nur ein kleiner Bruchteil der von ihr bestellten Gewebe gekommen wäre.

Dass nach 1916 und bis zum Momente, in dem die Klägerin auf die Lieferung der, Gegenstand des ersten Klagebegehrens bildenden, Waren verzichtete, d. h. bis zum 10. März 1917, die Beklagte das Verhältnis von Waren und Engagements wesentlich hätte verbessern können, ist von der Klägerin nicht behauptet worden.

Danach hat sich die Beklagte gegenüber der klägerischen Schadenersatzforderung mit Recht auf die mehrerwähnte Klausel berufen, und es erübrigt sich, ihre weiteren Einwendungen auf ihre Begründetheit zu prüfen.

2. — Was das zweite Rechtsbegehren anbelangt, so hat es die Vorinstanz richtigerweise als Leistungs- nicht als Feststellungsbegehren behandelt. Formell geht es zwar auf Feststellung, effektiv aber will damit die Verpflichtung der Beklagten zu sofortiger Lieferung erlangt werden.

Damit erledigen sich die Einwände, die die Beklagte gegen die Zulässigkeit einer Feststellungsklage erhoben hat. Materiell aber steht auch diesem Begehren die mehrerwähnte Klausel entgegen. Ihre grundsätzliche Anwendbarkeit zunächst kann für die hier geforderten Lieferungen aus dem zweiten und dritten Kontrakt nicht bestritten werden.

Nun behauptet die Klägerin aber, die Klausel wolle nur sagen, die Beklagte könne solange nicht zur Lieferung angehalten werden, als die Unmöglichkeit, die Ware zu beschaffen, andauere, nachher aber lebe die Verpflichtung wieder auf. Allein diese Auslegung stünde derart im Widerspruch mit jedem vernünftigen Geschäftsgebahren, dass

sie, trotzdem der Wortlaut eher für sie spricht, abgelehnt werden muss. Es ist unzweifelhaft, dass die Beklagte durch Aufnahme der Klausel sich dagegen sichern wollte, für die Folgen einer Verunmöglichung der Rohmaterialbeschaffung eintreten zu müssen. Darum erklärte sie in ihrer Kriegsklausel, es sollen für den Fall der Nichtlieferung nur Annullationsrechte sonst aber keinerlei Ansprüche entstehen. Streng logisch ist damit allerdings nicht gesagt, auch der Anspruch auf Erfüllung solle gegebenenfalls untergehen. Trotzdem aber muss dies die Meinung der Parteien gewesen sein. Denn die Forderung der Erfüllung nach Beseitigung der Lieferungsschwierigkeiten kann unter Umständen für den Verkäufer viel schwereren Schaden bringen als die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen Nichtlieferung. Wer daher die letzteren durch eine besondere Klausel ausschliesst, der will natürlich auch die ihn möglicherweise noch mehr belastende Pflicht zur Lieferung beseitigen, auch wenn das nicht ausdrücklich gesagt ist. Nach der Ansicht der Klägerin wäre die Beklagte gezwungen, das grosse Warenquantum, das sie seinerzeit in England zur Deckung der klägerischen Bestellungen nach den vorinstanzlichen Feststellungen angeschafft hat, Jahr und Tag zu behalten, ohne das investierte beträchtliche Kapital wiederum verwenden zu können. Sie müsste die Lagerspesen tragen und untätig zusehen, wie die Preise der Gewebe sich zu ihren Ungunsten verändern, um endlich bei ganz anderen Verhältnissen (schon zur Zeit der Ausfällung des handelsgerichtlichen Urteils hatten sich die Preise verdoppelt) die Käuferin zu den vertraglichen Konditionen zu bedienen und ihr damit einen ungeahnten Spekulationsgewinn zu verschaffen. Hätte dagegen die Klägerin Schadenersatz wegen Nichtlieferung verlangt und verlangen können, so wäre das ganze Verhältnis unter Berücksichtigung der bei Ablauf der Nachfrist herrschenden noch nicht so hohen Marktpreise liquidiert worden. Dass daher die Beklagte nicht diese letztere Lösung ausschlies-

sen, die Möglichkeit der anderen, noch ungünstigeren, aber aufrecht erhalten wollte, musste auch der Klägerin klar sein, als ihre Gegenkontrahenten der streitigen Klausel Aufnahme in den Vortrag verschaffte. Auch sie musste annehmen, bei Verunmöglichung der Lieferung innerhalb der Lieferfrist solle nach Ansicht der Beklagten die gänzliche Befreiung der Reklagten eintreten. Danach aber muss das zweite Rechtsbegehren das Schicksal des ersten teilen.

3. — Das dritte Begehren sodann fällt mit der Abweisung des zweiten dahin, denn wenn die Beklagte nicht lieferungspflichtig ist, so kann sie auch wegen Nichtlieferung nicht zur Rechenschaft gezogen werden. Uebrigens wäre in dieser Hinsicht das Bundesgericht an die Feststellung des Handelsgerichts gebunden, wonach dieses Begehren vor kantonaler Instanz nicht in prozessual richtiger Form gestellt worden ist. — Eine gleiche prozessuale Feststellung steht aber endlich auch dem Eventualantrag der Klägerin entgegen, die Beklagte solle zum mindesten zur Herausgabe des aus der Nichterfüllung gezogenen Nutzens angehalten werden.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 26. April 1918 bestätigt