

35. Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. Oktober 1942

i. S. Cassel & Cie gegen Julius Bär & Cie.

Devisen-Termingeschäft.

1. Bei Abschluss nach Zürcher Usancen ist ohne gegenteilige Parteierklärung schweizerisches Recht anwendbar (Erw. 1).
2. Art. 91 OR. Pflicht zu einer Vorbereitungshandlung als Voraussetzung des Gläubigerverzuges nach den Umständen verneint (Erw. 2).
3. Die am Verfalltag fehlende Erfüllungsbereitschaft beider Parteien schliesst den Eintritt des Schuldnerverzuges aus (Erw. 3).
4. Art. 97 OR. Die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartende Nichterfüllung ist der vollendeten Nichterfüllung gleichzustellen (Erw. 4).
5. Art. 119 OR. Der durch Kriegsereignisse verursachte Unterbruch des schuldnerischen Geschäftsbetriebes bedeutet ein vom Schuldner nicht zu verantwortendes Unmöglichwerden der unterdessen für ein Fixgeschäft verfallenden Leistung (Erw. 4).

Marché de devises à terme.

1. Le marché conclu selon les usances de Zurich est, sauf déclaration contraire des parties, soumis au droit suisse (consid. 1).
2. Art. 91 CO. Obligation d'accomplir un acte préparatoire, comme condition de la demeure du créancier; obligation niée dans le cas particulier (consid. 2).
3. Le fait que, le jour de l'échéance, les deux parties ne sont pas disposées à exécuter, exclut la demeure du débiteur (consid. 3).
4. Art. 97 CO. L'inexécution que tout fait attendre doit être assimilée à l'inexécution acquise (consid. 4).
5. Art. 119 CO. L'interruption de l'exploitation du débiteur, conséquence des événements de guerre, constitue une impossibilité d'exécuter la prestation à terme fixe échue entre temps, impossibilité dont le débiteur n'a pas à répondre (consid. 4).

Contratto a termine su divisa.

1. Il contratto concluso secondo gli usi commerciali di Zurigo è sottoposto, salvo dichiarazioni contrarie delle parti, al diritto svizzero (Consid. 1).
2. Art. 91 CO. Obbligo di fare un atto preparatorio, quale condizione della mora del creditore; obbligo negato nel fattispecie (Consid. 2).
3. Se il giorno della scadenza le due parti contraenti non sono disposte ad adempiere le loro obbligazioni contrattuali, la mora del debitore è esclusa (Consid. 3).
4. Art. 97 CO. L'inadempimento molto probabile dev'essere parificato all'inadempimento acquisito (Consid. 4).
5. Art. 119 CO. L'interruzione dell'esercizio dell'azienda del debitore a motivo di avvenimenti bellici è un'impossibilità di adempiere ad un termine fisso l'obbligazione frattanto scaduta, impossibilità di cui il debitore non deve rispondere (Consid. 4).

A. — Die Klägerin, die Bank Julius Bär & Cie, in Zürich, steht mit der Beklagten, der Bank Cassel & Cie in Brüssel,

seit Jahren in Geschäftsverbindung. Im Dezember 1938 teilte die Beklagte der Klägerin die neue Liste ihrer Auslandskorrespondenten mit. Darnach waren auf dem Platze London Devisen für Rechnung der Beklagten ohne Gegenbericht der Midland Bank Ltd. Overseas Branch zu überweisen. Der Kläger bestätigte auf Wunsch der Beklagten den Empfang dieser Liste.

Am 22. Februar 1940 kaufte die Beklagte von der Klägerin auf Grund von zwei telephonischen Abschlüssen £ 17,000 zum Preise von Fr. 17.59 1/2 us. Zürich, somit für Fr. 299,115.—, je Wert 24. Mai 1940. Die Klägerin sollte am Verfalltag in London, die Beklagte in Zürich erfüllen. Die Parteien bestätigten sich die Abschlüsse schriftlich. Die Beklagte fügte der Angabe von Pfundbetrag, Kurs und Verfalltag in Maschinenschrift den Vermerk bei: « dont règlement à l'échéance ». Die Klägerin verwendete bei diesen Angaben die auf ihren gedruckten Formularen übliche Zusatzformel: « dont nous attendons vos dispositions en son temps ». Die beiden Bestätigungsschreiben blieben unwidersprochen.

Am 10. Mai 1940 wurde Belgien mit Krieg überzogen. Am 14. Mai ersuchte die Klägerin die Beklagte mit einem nach Brüssel gerichteten Telegramm um Weisung, ob die auf den 24. Mai vereinbarten Geschäfte angesichts der Verhältnisse durchgeführt würden. Sie erhielt keine Antwort. Am 21. Mai verkaufte die Klägerin in London £ 5,000 zu Fr. 14.65 und £ 12,000 zu Fr. 14.60, Wert 24. Mai. Den Erlös von Fr. 248,450.— schrieb sie der Beklagten gut, belastet diese aber mit dem von ihr am 24. Mai zu leistenden Betrag von Fr. 299,115.—. Die Klägerin benachrichtigte die Beklagte am gleichen Tag brieflich von ihrem Vorgehen. Der Brief erreichte die Beklagte erst am 31. August 1940.

Die Beklagte erfüllte am 24. Mai nicht. An diesem Tage telegraphierte ihr Teilhaber und Geschäftsführer, Baron Cassel, von Paris aus der Klägerin: « Bloquez comptes Cassel Bruxelles annulez signatures sociales lettre suit

télégraphiez solde espèces ». Die Klägerin ersuchte hierauf Baron Cassel um Angabe der nunmehrigen Adresse der Beklagten. In einem Telegramm vom 26. Mai gab Baron Cassel der Klägerin mehrere seiner Privatadressen an und fügte bei: « Télégraphiez Paris solde compte achetez pour contrevaleur Dollars que prière verser Chasebank New-York crédit compte Cassel & C^{ie} ».

Am 30. Juni 1940 erkundigte sich die Beklagte, für die zwei Prokuristen auftraten, von Brüssel aus nach der Abwicklung der auf den 24. Mai 1940 vereinbarten Geschäfte. In einem Schreiben vom 23. August 1940 wiederholte die Klägerin ihre Mitteilung über den Pfundverkauf und übermittelte der Beklagten den auf den 30. Juni 1940 abgeschlossenen Konto-Korrent-Auszug. Dieser wies einen Saldo von Fr. 81,632.10 zu Lasten der Beklagten auf, der sich nach spätern Eingängen auf Fr. 46,015.— verminderte. Die Beklagte, für die nunmehr ein wegen unbekannter Abwesenheit des Barons Cassel gerichtlich bestellter provisorischer Sachwalter handelte, anerkannte diese Abrechnung nicht und verwahrte sich gegen die von der Klägerin am 21. Mai vorgenommenen Buchungen.

B. — Bereits am 25. Mai 1940 hatte die Klägerin zur Sicherung ihres Kontokorrentguthabens die bei einer andern Zürcher Bank befindlichen Vermögenswerte der Beklagten mit Arrest belegen lassen. Nachdem sie Betreibung eingeleitet und die Beklagte Rechtsvorschlag erhoben hatte, reichte sie Arrestanerkennungsklage ein mit dem Begehren, die Beklagte habe ihr Fr. 46,015.— nebst 5 % Zins seit 30. Juni 1940 und Fr. 53.— Arrest- und Betreibungskosten zu bezahlen und es sei ihr für diese Beträge die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.

Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage mit Urteil vom 18. November 1941 ab, das Obergericht des Kantons Zürich hiess sie dagegen auf Appellation der Klägerin hin mit Urteil vom 15. Mai 1942 im vollen Umfang gut.

C. — Mit der vorliegenden Berufung verlangt die Beklagte die gänzliche Abweisung der Klage. Die Klägerin beantragt Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Parteien schlossen die beiden streitigen Geschäfte nach Zürcher Usancen ab. Die Vorinstanz folgert daraus mit Recht, dass die Parteien das gesamte Vertragsverhältnis dem schweizerischen Recht unterstellen wollten. Da Käufer und Verkäufer an verschiedenen Orten zu erfüllen hatten, lag es für die Parteien nahe, von Anfang an eine einheitliche Rechtsanwendung sicherzustellen. Die Parteien fechten denn auch die Anwendung schweizerischen Rechtes durch die Vorinstanzen nicht an.

2. — Die Parteien haben, wie nicht bestritten wird, am 22. Februar 1940 zwei Fixgeschäfte abgeschlossen. Jede Partei hatte am 24. Mai 1940 und nur an diesem Tage zu erfüllen. Ein Verzug kann bei solchen Geschäften frühestens am Verfalltag eintreten, es sei denn, eine Partei müsse eine Vorbereitungshandlung vornehmen, ohne welche die andere Partei nicht zu erfüllen imstande ist (Art. 91 OR). Im vorliegenden Fall ist streitig, ob die Beklagte zu einer solchen Vorbereitungshandlung verpflichtet war. Trifft dies zu, so befand sie sich vor dem Verfalltag im Gläubigerverzug, da sie unbestrittenermassen nichts unternommen hat, um die Leistung der Klägerin (Überweisung der Pfund in London) vorzubereiten.

Die Vorinstanz nimmt in erster Linie an, die Beklagte habe sich *vertraglich* verpflichtet, der Klägerin vor dem Verfalltag Anweisungen über die Abwicklung der beiden Geschäfte zu erteilen. Die Klägerin habe nämlich in ihrem Bestätigungsschreiben ausdrücklich mitgeteilt, dass sie solche Weisungen erwarte. Das Bestätigungsschreiben der Beklagten stehe damit nicht in Widerspruch. Der Vorbehalt von Weisungen sei daher Vertragsbestandteil geworden. Nach Auffassung der Vorinstanz hatten sich diese Weisungen zu beziehen auf die Bezeichnung der Bank, bei der die Klägerin die verkauften Pfund in London zur Verfügung zu stellen hatte, ferner etwa noch darauf, ob die Geschäfte prolongiert oder durch Weiterverkauf glattgestellt würden. Dass die Beklagte seinerzeit allgemein anord-

nete, wo Leistungen in London für ihre Rechnung zu erbringen waren, ändert nach Auffassung der Vorinstanz nichts daran, dass im vorliegenden Fall ausdrücklich besondere Weisungen seitens der Beklagten vereinbart wurden.

Die Beklagte ficht diese Annahmen der Vorinstanz als aktenwidrig an. Sie verweist auf die von der Klägerin eingereichte Korrespondenz über ihre Devisen-Termingeschäfte mit andern Banken. Die Rüge ist berechtigt. Nach den klägerischen Akten handelt es sich beim Vorbehalt späterer Weisungen um eine von der Klägerin ständig verwendete Klausel ihres vorgedruckten Bestätigungsformulars. Diese hat ihre Bedeutung nur dann, wenn die für die Abwicklung eines Geschäftes nötigen Vereinbarungen nicht schon beim Abschluss getroffen werden. Im vorliegenden Fall war nach den Abschlussbestätigungen für die Klägerin einzig nicht bestimmt, bei welcher Bank in London sie erfüllen musste. Darüber hat die Beklagte jedoch eine allgemeine Weisung erteilt und nie zurückgenommen. Den Empfang der Weisung hatte sich die Beklagte seinerzeit von der Klägerin noch ausdrücklich bestätigen lassen, offenbar um ihre Bedeutung zu unterstreichen. Diese Weisung konnte nicht durch einen bloss formelhaften Vorbehalt im Bestätigungsschreiben der Beklagten entkräftet werden. Wollte sich die Klägerin bei den streitigen Geschäften nicht daran halten, so hätte sie ihrem Vorbehalt mehr Gewicht geben und zum mindesten erklären müssen, dass sie Weisungen in bezug auf die Zahlstelle erwarte. Jedenfalls konnte die Beklagte das Bestätigungsschreiben der Klägerin nicht so verstehen, dass sich diese nicht an die allgemeine Weisung halten werde. Die Beklagte nahm in ihrem Bestätigungsschreiben auf den Vorbehalt der Klägerin auch nicht Bezug. Ihr Vermerk « *règlement à l'échéance* » liess in keiner Weise erkennen, dass sie noch Weisungen erteilen werde. Die Klägerin hatte somit keinen Anlass zu glauben, die Beklagte erachte ihre allgemeine Weisung für die beiden Geschäfte vom 22. Februar 1940

als aufgehoben. Die Annahme, es sei eine Vereinbarung zustande gekommen, dass die Beklagte vor dem Verfalltag noch Weisungen, insbesondere in bezug auf die Zahlstelle, erteilen müsse, lässt sich daher auf Grund der Akten nicht halten. Wären die Kriegsereignisse nicht eingetreten, so hätte die Klägerin jedenfalls ohne eine Weisung abzuwarten beim gewohnten Korrespondenten der Beklagten in London erfüllt.

Die Klägerin bringt vor, die Beklagte wäre auch ohne eine besondere Vertragspflicht nach den massgebenden Zürcher *Usanzen* gehalten gewesen, sich mit ihr vor dem Verfalltag zu verständigen, ob die Geschäfte abgewickelt prolongiert oder glattgestellt würden. Der von ihr beigezogene Zürcher Bankfachmann bestätigte aber nur, dass eine derartige Verständigung vor dem Verfalltag seit einiger Zeit bei den meisten Zürcher Banken üblich ist. Er lässt jedoch die Frage ausdrücklich offen, ob man bei dieser Übung schon von einer bestimmten *Usanze* sprechen dürfe. Den Nachweis dafür, dass sie diese Übung in den letzten Jahren im Verkehr mit der Beklagten einhielt, hat die Klägerin nicht erbracht.

Die Vorinstanz nimmt weiter an, die Beklagte sei wegen der durch den Krieg geschaffenen *ausserordentlichen Verhältnisse* zu einer Vorbereitungshandlung verpflichtet gewesen. Dem Gesuch um Weisungen, das die Klägerin am 14. Mai telegraphisch an die Beklagte richtete, misst die Vorinstanz zwar mit Recht keine Bedeutung bei, da dieses Telegramm allem Anschein nach der Beklagten nie zugestellt wurde. Wie die Beklagte nämlich nachweist, war der telegraphische Verkehr von der Schweiz nach Belgien vom 10. Mai an gestört und vom Morgen des 15. Mai an unterbrochen. Die Vorinstanz glaubt aber, die Beklagte hätte der Klägerin wegen des Krieges und insbesondere wegen des dadurch verursachten Sinkens des Pfundkurses von sich aus mitteilen müssen, ob sie willens und in der Lage sei, für die normale Abwicklung der vereinbarten Geschäfte einzustehen. Selbst wenn die Klägerin an sich ohne eine

solche Mitteilung hätte erfüllen können, sei ihr die Erfüllung ohne diese Vorbereitungshandlung nicht zumutbar gewesen, umsoweniger als sie an einem andern Ort als die Beklagte hätte erfüllen müssen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob für die Beklagte nach Treu und Glauben eine derartige Redepflicht bestand und ob deren Missachtung der Unterlassung einer Vorbereitungshandlung im Sinne von Art. 91 OR gleichzustellen wäre. Denn gegen eine solche Pflicht hat die Beklagte sicher nur dann verstossen, wenn sie überhaupt in der Lage war, ihr zu genügen und die Ungewissheit über die Erfüllung zu beheben. Dies traf nach den vorliegenden Umständen nicht zu. Der Krieg ging vom 10. Mai an wie ein Sturm über Belgien. Am 17. Mai wurde Brüssel von den Deutschen besetzt. Vom 10. Mai an waren die Verbindungen mit der Schweiz gestört, vom Morgen des 15. Mai an ganz unterbrochen. Allerdings hielt sich der Leiter der beklagten Firma, Baron Cassel, in Frankreich auf. Doch befand sich der Geschäftssitz in Brüssel. Da die Beklagte nach dem Waffenstillstand von Brüssel aus handelte und da wegen der andauernden Abwesenheit des Barons Cassel von Brüssel daselbst ein provisorischer Sachwalter bestellt werden musste, ist zu vermuten, dass eine Verlegung des Geschäftssitzes während des Krieges nicht stattfand. Sollte es aber möglich gewesen sein, die Geschäftspapiere nach Kriegsausbruch fortzuschaffen und in Frankreich vorübergehend einen neuen Geschäftssitz zu begründen, so reichte die Zeit bis zum 24. Mai doch nicht aus, um den Geschäftsbetrieb einzurichten und die Abschlüsse im einzelnen zu verfolgen. Auch die Vorinstanz nimmt an, dass die Beklagte am 24. Mai den Überblick über die hängigen Geschäfte nicht gehabt haben dürfte. Dies lassen auch die Telegramme vom 24. und 26. Mai erkennen. Am Verfalltag selbst und nachher musste sich der Leiter der beklagten Firma mit allgemeinen Sicherungsmassnahmen begnügen. Wenn somit weder Baron Cassel noch ein anderer Bevollmächtigter der Beklagten vor dem Verfalltag etwas über

die streitigen Geschäfte mitteilte, so kann dies nicht als Verstoss gegen Treu und Glauben aufgefasst werden.

Die Beklagte hat somit die Klägerin weder durch ein vertragswidriges, noch durch ein Treu und Glauben verletzendes Verhalten daran gehindert, am Verfalltag in London zu erfüllen. Sie befand sich somit nicht im Gläubigerverzug.

3. — Die Vorinstanz nimmt weiter an, die Beklagte sei am 24. Mai in Schuldnerverzug gekommen. Auch dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden. Die Beklagte war allerdings am Verfalltag nicht erfüllungsbereit. Aber auch die Klägerin war es nicht, da sie die Pfund bereits drei Tage vorher anderweitig verkauft hatte. Da Zug um Zug zu leisten war, schloss die beidseitig fehlende Erfüllungsbereitschaft einen Verzug überhaupt aus.

4. — Ohne dass ein Gläubiger- oder Schuldnerverzug der Beklagten vorlag, hat somit die Klägerin bereits am 21. Mai 1940 auf die reale Erfüllung der beiden Termingeschäfte verzichtet und die Devisen, die sie liefern sollte, an Dritte verkauft. Dieses Vorgehen war aber nicht unbegründet. Wegen der Kriegsereignisse und wegen des Ausbleibens einer Antwort auf ihre telegraphische Anfrage lag für die Klägerin schon in diesem Zeitpunkt die Annahme nahe, die Beklagte werde nicht erfüllen. Der von der Klägerin vorgenommene Selbsthilfeverkauf war somit die unmittelbare Folge der zu erwartenden Nichterfüllung der Beklagten. Der Schaden, den die Klägerin dabei wegen des gesunkenen Pfundkurses erlitt, wurde also durch einen auf Seite der Beklagten eingetretenen Umstand verursacht. Die Ursache — die unmittelbar vor dem Verfalltag erwartete Nichterfüllung — darf nach den vorliegenden Umständen unbedenklich als bereits vollendete Nichterfüllung im Sinne von Art. 97 OR aufgefasst werden, umso eher, als der Schaden beim Zuwarten mit dem Selbsthilfeverkauf bis zum Verfalltag allem Anschein nach nur noch grösser geworden wäre. Für den beim Selbsthilfeverkauf erlittenen Schaden ist die Beklagte daher grundsätzlich

ersatzpflichtig. Gegenüber dem Ersatzanspruch der Klägerin steht ihr aber gemäss Art. 97 OR der Nachweis offen, dass sie kein Verschulden treffe. Diesen Nachweis hat sie erbracht. Der Verfalltag — bei einem Fixgeschäft der einzige Tag, an dem überhaupt vertragsgemäss erfüllt werden kann — fiel in die Zeit, da sich Belgien mitten im Krieg befand. Das Gleiche traf zu für die ihm unmittelbar vorangehenden Tage, an denen die Erfüllung nach Meinung der Klägerin und des von ihr angerufenen Bankfachmanns hätte vorbereitet werden sollen. Die Beklagte scheint sogleich nach Kriegsausbruch die Verlegung des Geschäftssitzes in sicheres Gebiet versucht zu haben. Dass ihr dies bis zum Verfalltag nicht gelang und dass ihrem in Paris befindlichen Leiter, wie bereits dargelegt wurde, in diesem Zeitpunkt der Überblick über die hängigen Geschäfte fehlte, kann der Beklagten angesichts der ausserordentlichen Verhältnisse und der kurzen Zeit nicht zum Vorwurf gemacht werden. Andererseits behauptet selbst die Klägerin nicht, dass die Beklagte schon vor dem 10. Mai Vorbereitungen für die Erfüllung hätte treffen oder den Eintritt Belgiens in den Krieg und dessen rasche Entwicklung hätte voraussehen sollen. Wäre der Krieg nicht oder erst später über Belgien hereingebrochen, so hätte die Beklagte aller Voraussicht nach ihrer Vertragspflicht genügt. Einzig der Krieg hat sie daran gehindert. Die Lage, in der sich die Beklagte befand, kann entgegen der Annahme der Vorinstanz nicht als unverschuldeter Geldmangel aufgefasst werden, der allerdings die Nichterfüllung nicht entschuldigen könnte. Die Beklagte war vielmehr in einen Zustand tatsächlicher Handlungsunmöglichkeit versetzt; sie konnte deshalb jene Vorkehrungen nicht treffen, die für die Abwicklung der beiden Termingeschäfte nötig waren. Dieser Zustand stellt eine objektive Unmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR dar. Die Beklagte hat daher für die Folgen der Nichterfüllung nicht einzustehen. Vielmehr sind die Ansprüche der Klägerin gegen sie wegen dieser Unmöglichkeit erloschen.

5. — Die Klägerin bringt schliesslich noch vor, sie habe beim Pfundverkauf im Interesse der Beklagten gehandelt und beruft sich deshalb auf die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag. Allein bei den verkauften Pfund handelte es sich um eigene Devisen der Klägerin. Sie hat daher mit dem Verkauf ihre eigenen Interessen wahrgenommen. Im Interesse der Beklagten lag dieser Verkauf nur dann, wenn sie den Kursverlust auf den englischen Devisen überhaupt tragen musste. Nach den Umständen des vorliegenden Falles war sie aber hiezu eben nicht verpflichtet. Die sich aus Art. 97 und 119 OR für den vorliegenden Fall ergebende Tragung des Kriegsrisikos kann daher durch die Berufung auf die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht geändert werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 15. Mai 1942 aufgehoben und die Klage im vollen Umfang abgewiesen.

36. Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Oktober 1942
i. S. Weber gegen Businger.

Formzwang im Grundstücksverkehr (Art. 216 OR, Art. 657 ZGB).

1. Die Abrede über Parzellierung und Bebauung eines Grundstückes bedarf der öffentlichen Beurkundung, wenn sie wesentlicher Bestandteil eines Grundstück-Kaufvertrages ist; Begriff des wesentlichen Vertragsbestandteiles.
2. Abgrenzung einer solchen Abrede von der Zusicherung gemäss Art. 197 ff. OR.
3. Mit der Berufung auf Art. 2 ZGB kann nicht die Rechtsbeständigkeit eines wegen Formmangels ungültigen Vertrages bewirkt werden.

L'exigence de la forme dans le commerce des immeubles (art. 216 CO, 657 CC).

1. La convention relative au morcellement et à l'aménagement d'un terrain à bâtir est soumise à la forme authentique si elle constitue un point essentiel d'un contrat de vente d'immeubles; notion de l'élément essentiel du contrat.
2. Départ entre une convention de ce genre et les assurances données selon les art. 197 ss CO.
3. On ne peut faire reconnaître, par le détour de l'art. 2 CC, la validité d'un contrat nul pour vice de forme.