

VI. STAATSVERTRÄGE

TRAITÉS INTERNATIONAUX

51. Auszug aus dem Urteil vom 15. Dezember 1933
i. S. Fellheimer gegen Hausmann & Cie.

Anwendung des Art. 11 des BG über die Handelsreisenden auf Gerichtsstandsvereinbarungen im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Ziff. 1 des österreich.-schweiz. Vollstreckungsvertrages. Sinn jener Bestimmung, insbesondere des Begriffs des Kleinreisenden.

A. — Der Rekurrent ist Inhaber einer chemischen Fabrik in Nürnberg. Sein Generalvertreter Wilhelm veranlasste am 8. November 1932 in Au bei Wädenswil die Rekursbeklagte, die dort eine Werkzeugfabrik betreibt, einen Bestellschein zu unterzeichnen, wonach ihr der Rekurrent « 2-3 liter Kollektin à RM 20.— ab Nürnberg » liefern sollte. In der Mitte des Bestellscheins steht die gedruckte Klausel: « Zahlbar und klagbar im Erfüllungsort Wien ». Die Rekursbeklagte erklärte, nachdem sie die Rechnung erhalten hatte, dass sie die Ware nicht annehme. Darauf erhob der Rekurrent gegen jene beim Bezirksgericht für Handelssachen in Wien Klage auf Zahlung von 60 RM 70 samt 9 % Zins seit dem 18. Dezember 1932. Das Gericht hiess, nachdem die Rekursbeklagte erfolglos zur Verhandlung vorgeladen worden war, durch Versäumnisurteil vom 9. März 1933 die Klage gut und verurteilte die Rekursbeklagte zur Zahlung von Prozesskosten im Betrage von 34 Sch. 76. Auf Begehren des Rekurrenten verfügte der Präsident des Bezirksgerichtes von Horgen am 10. Juli 1933:

« Das Versäumnisurteil des Bezirksgerichtes für Handelssachen vom 9. März 1933 wird als vollstreckbar erklärt ».

Hiegegen rekurrierte die Rekursbeklagte an das Obergericht des Kantons Zürich, indem sie bestritt, dass das

Wiener Gericht zur Beurteilung der Klage zuständig gewesen sei. Die IV. Kammer des Obergerichtes entschied am 7. September 1933:

« Der Rekurs wird gutgeheissen. Demgemäss wird die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen vom 10. Juli 1933 aufgehoben und das Begehren um Vollstreckung des Versäumnisurteils des Bezirksgerichtes für Handelssachen in Wien vom 9. März 1933 in Sachen obiger Parteien abgewiesen. »

Dieses Urteil ist wie folgt begründet:

« Die Bestellung bei der Beklagten wurde namens der Klägerin von ihrem Generalvertreter, Direktor Ernst Wilhelm, aufgenommen. Es ist nicht streitig, dass dieser dadurch eine Tätigkeit als Handelsreisender im Sinne des schweizerischen Bundesgesetzes über die Handelsreisenden vom 4. Oktober 1930 ausgeübt hat. Nach Art. 11 desselben sind Vereinbarungen mit Kleinreisenden, die beim Aufsuchen von Bestellungen abgeschlossen werden und womit der Käufer auf seinen ordentlichen Gerichtsstand verzichtet, nichtig. Die Nichtigkeit ist, wie das Gesetz besonders hervorhebt, von Amteswegen zu berücksichtigen. Die Beklagte behauptet, die im Bestellschein gedruckt enthaltene Gerichtsstandsklausel wäre, falls sie als Vertragsbestandteil überhaupt in Betracht kommen könnte, gemäss dieser Gesetzesvorschrift auf alle Fälle nichtig, weil es sich bei dem Vertreter der Klägerin um einen Kleinreisenden gehandelt habe. Denn ein Reisender, der Geschäfte oder Private besuche, um so geringe Warenmengen, wie es hier der Fall gewesen sei, abzusetzen, könne nicht als Grossreisender betrachtet werden. Für die Entscheidung der Frage, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung vorliege, ist das schweizerische Recht schon deshalb massgebend, weil der Vertrag über die Lieferung der Ware, der die betreffende Klausel enthält, in Au-Wädenswil abgeschlossen worden ist und nach ständiger Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes auf alle das Zustandekommen eines Vertrages betreffenden Fragen ausschliess-

lich das Recht des Abschlussortes anzuwenden ist (Entscheidungen des Schweiz. Bundesgerichtes Bd. 32 II S. 415, 38 II S. 519, 49 II S. 73). Ausserdem ist die Bestimmung von Art. 11 des Bundesgesetzes über die Handelsreisenden um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt. Eine Anerkennung des in Frage stehenden Wiener Urteils darf deshalb nur erfolgen, wenn sie nicht diesem Art. 11 des Handelsreisendengesetzes zuwiderläuft; in Art. 1 Ziff. 2 des Staatsvertrages mit Österreich vom 15. März 1927 ist der Fall des Verstosses gegen die öffentliche Ordnung des Staates, wo die Entscheidung geltend gemacht wird, ausdrücklich als Grund für die Verweigerung der Vollstreckung vorgesehen. Nach Art. 3 des Bundesgesetzes über die Handelsreisenden vom 4. Oktober 1930 sind als Grossreisende zu betrachten Handelsreisende, die ausschliesslich mit Geschäftsleuten oder privaten und öffentlichen Unternehmungen, Verwaltungen und Anstalten aller Art in Verkehr treten, welche Waren der angebotenen Art in ihrem Betriebe verwenden. Alle andern Handelsreisenden sind nach dem Gesetz Kleinreisende. Aus der Eingabe der Klägerin vom 22. Juni 1933 an die Vorinstanz geht hervor, dass sie geltend machen will, ihr Generalvertreter habe die in Frage stehende Bestellung als Grossreisender aufgenommen, denn sie führt unter Berufung auf die oben erwähnte Gesetzesbestimmung aus, die von der Beklagten gekaufte Ware (Kollektrin) sei ein Reinigungsmittel für Kollektoren (elektrische Maschinen), wie solche im Betriebe des schuldnerischen Unternehmens im Gebrauche seien und könne daher für diesen Zweck im Betriebe des Schuldners verwendet werden. Aus den Akten geht jedoch nicht hervor, dass das Kollektin nur für elektrische Maschinen brauchbar sei und deshalb nur für Firmen, die solche Maschinen besitzen oder die sich mit dem Wiederverkaufe des Produktes befassen, verwendbar sei. Auf den Fakturenköpfen der Klägerin werden « Kollektin » und « Fuetterin » im Gegenteil als « Universal-Reinigungs-Produkte » bezeichnet, woraus ge-

schlossen werden muss, dass Kollektin nicht nur für die Reinigung von Maschinen der genannten Art, sondern auch für andere Zwecke benutzbar ist und dass es also auch von Privatpersonen, die nicht Geschäftsleute sind, verwendet werden kann. Dann kann nicht schon aus der Natur des Erzeugnisses abgeleitet werden, dass der Vertreter der Klägerin nur mit den in Art. 3 des Gesetzes angeführten Interessenten in Verkehr trete, sondern es liegt speziell deshalb, weil er auch ganz kleine Quantitäten abgibt, nahe, anzunehmen, dass er auch Private zur Aufnahme von Bestellungen aufsuche. Die Frage, ob die Bestellung vom 8. November 1932 bei der Beklagten von einem Grossreisenden oder einem Kleinreisenden aufgenommen worden sei, ist somit unabgeklärt. Die Möglichkeit, dass der Vertrag namens der Klägerin von einem Reisenden abgeschlossen wurde, der nicht nur Geschäftsleute, Anstalten usw., sondern auch Private besucht und der deshalb im Sinne des Gesetzes als Kleinreisender zu betrachten ist, besteht. Infolgedessen kann für den Fall, dass die Absicht der Parteien dahin gegangen sein sollte, eine Gerichtsstandsvereinbarung abzuschliessen, nicht mit Bestimmtheit angenommen werden, dass hierüber eine gültige Abmachung zustande gekommen sei. Nur wenn hierfür der unanfechtbare Nachweis vorliegen würde, könnte aber von einer für die Beklagte verbindlichen Unterwerfung unter die Zuständigkeit des von der Klägerin angerufenen Wiener Gerichtes gesprochen werden. Die Vollstreckung des von der Klägerin vorgelegten österreichischen Versäumnisurteils kann demnach nicht gestützt auf Art. 2 Absatz 2 Ziff. 1 des mit Österreich abgeschlossenen Staatsvertrages vom 15. März 1927 erfolgen. »

B. — Gegen dieses Urteil hat Fellheimer die staatsrechtliche Beschwerde ergriffen mit dem Antrag, es sei aufzuheben und das Versäumnisurteil des Bezirksgerichtes für Handelssachen in Wien als vollstreckbar zu erklären.

Der Rekurrent macht geltend: Das angefochtene Urteil stelle eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs und eine

Verletzung des schweiz.-österreichischen Vollstreckungsvertrages, auch im Hinblick auf das BG über die Handelsreisenden, dar. Wilhelm habe noch nie Privatleute zum Zwecke des Verkaufes von Kollektin besucht, da dieses für den Haushalt nicht geeignet sei; er suche dieses nur bei Geschäften abzusetzen, die Kollektoren verwenden. Somit müsse er als Grossreisender betrachtet werden. Das gelte auch deshalb, weil die Rekursbeklagte nicht nachgewiesen habe, dass er Kleinreisender sei.

C. — Das Obergericht hat auf Gegenbemerkungen verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Da die Vollstreckbarkeit eines Urteils des Bezirksgerichtes für Handelssachen in Wien in Frage steht, so ist nach dem österreichisch-schweizerischen Vollstreckungsvertrag vom 15. März 1927 zu entscheiden, ob das genannte Gericht zu seinem Urteile zuständig war. Nach Art. 1 Abs. 1 Ziff. 1 und Art. 2 Abs. 1 und 2 Ziff. 2 des Staatsvertrages ist die Frage zu bejahen, wenn sich die Rekursbeklagte durch eine ausdrückliche Vereinbarung der Zuständigkeit des Wiener Gerichtes unterworfen hat. Ob das zutrifft, hat das Bundesgericht nach seiner ständigen Praxis frei zu prüfen.

Auf dem Bestellschein ist die Bestimmung « Zahlbar und klagbar im Erfüllungsort Wien » gut sichtbar und der Sinn, den sie nach ihrem Wortlaut hat, war auch für die Rekursbeklagte als Inhaberin eines grössern Geschäftes verständlich. Diese hat sich daher mit der Unterzeichnung des Bestellscheins für Klagen des Rekurrenten aus dem Vertrag den Wiener Gerichten unterworfen.

2. — Was die Frage betrifft, ob die Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 11 des Handelsreisendengesetzes vom 4. Oktober 1930 ungültig sei, so ist davon auszugehen, dass die der Rekursbeklagten verkaufte Ware dazu bestimmt war, in ihrem Fabrikbetrieb verwendet zu werden. Die erste Instanz hat das angenommen und es

ist im Rekurse an das Obergericht nicht bestritten worden. Der Rekurrent hat auch in der staatsrechtlichen Beschwerde ausdrücklich behauptet, dass das Kollektin zur Reinigung der im Betriebe der Rekursbeklagten verwendeten Kollektoren bestimmt gewesen sei, und hiegegen ist kein Widerspruch erhoben worden. Es steht somit fest, dass der Vertreter des Rekurrenten bei der Bestellung vom 8. November 1932 im Sinne des Art. 3 Abs. 1 des Handelsreisendengesetzes mit Geschäftsleuten oder privaten Unternehmungen in Verkehr getreten ist, welche Waren der angebotenen Art in ihrem Betriebe verwenden. Er erscheint daher, wenn man nur dieses Geschäft mit der Rekursbeklagten berücksichtigt, zweifellos als Grossreisender im Sinne der erwähnten Bestimmung. Dass das Obergericht gleichwohl gefunden hat, die Bestimmung über die Nichtigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen mit Kleinreisenden sei im vorliegenden Fall anwendbar, beruht darauf, dass es bei der Beurteilung der Frage, ob man es mit einem Kleinreisenden im Sinne des Art. 11 des Handelsreisendengesetzes zu tun habe, die *g e s a m t e* Reisetätigkeit des Vertreters des Rekurrenten ins Auge gefasst und angenommen hat, die Frage sei zu bejahen, sobald feststehe oder wahrscheinlich sei, dass der Vertreter des Rekurrenten auch Private zur Aufnahme von Bestellungen aufgesucht habe. Dieser Standpunkt lässt sich insofern vertreten, als Art. 11 nicht sagt, worauf es bei der Lösung der Frage, ob es sich um einen Kleinreisenden handle, ankommt und als in Art. 3 Abs. 2 als solche alle Handelsreisenden bezeichnet werden, die nicht *a u s s c h l i e s s l i c h* mit Geschäftsleuten oder privaten und öffentlichen Unternehmungen, Verwaltungen und Anstalten aller Art in Verkehr treten, welche Waren der angebotenen Art wiederverkaufen oder auf irgend eine Weise in ihrem Betriebe verwenden. Allein wenn man auch nach Art. 3 die vom Gesetz verwendeten Begriffe des Gross- und des Kleinreisenden bestimmen kann, so übersieht doch das Obergericht, dass Art. 3 nicht den Zweck

hat, diese Begriffe für alle Vorschriften des Gesetzes in jeder Hinsicht genau zu formulieren. Wie sich aus seinem Wortlaut klar ergibt, bezweckt Art. 3 zu bestimmen, welche Handelsreisenden eine taxfreie Ausweiskarte bekommen können und welche dafür eine Taxe bezahlen müssen. Bei dieser Unterscheidung muss das Gesetz die gesamte Tätigkeit eines Reisenden berücksichtigen und tut das auch, indem es als Grossreisende diejenigen bezeichnet, die ausschliesslich mit gewissen Geschäftsleuten oder Unternehmungen in Verkehr treten, und als Kleinreisende diejenigen, die solche überhaupt nicht oder daneben noch andere zum Zwecke von Bestellungen aufsuchen.

Anders verhält es sich aber bei Art. 11 des Handelsreisendengesetzes. Dieser bezweckt den Schutz des geschäftsunkundigen Publikums vor dem unüberlegten Verzicht auf die Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes; er beruht auf der Auffassung, dass es gegen die guten Sitten, die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit verstosse, wenn geschäftsunkundige Leute zu einem solchen Verzicht verleitet und infolgedessen vor einen fremden Richter gezogen werden (BGE 58 I S. 83, 306; Entscheid des Bundesgerichtes in Sachen Cassini g. Südtrikot vom 1. Juli 1932 S. 8). Nur aus diesem Grunde rechtfertigt sich die in Art. 11 liegende Einschränkung der Vertragsfreiheit (vgl. BBl 1929 I S. 65). Infolgedessen kommt es bei der Beurteilung der Frage, ob man es mit einem Kleinreisenden im Sinne des Art. 11 des Handelsreisendengesetzes zu tun habe, lediglich darauf an, ob der Reisende speziell beim Abschluss der in Frage stehenden Gerichtsstandsvereinbarung als Gross- oder als Kleinreisender gehandelt hat, ob er also gerade hiebei mit Geschäftsleuten oder einer Unternehmung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 in Verkehr getreten ist oder nicht. Der Bundesrat hat denn auch in seiner Botschaft zum Gesetz die in Art. 11 genannten Vereinbarungen mit Kleinreisenden als « Abmachungen mit Privaten » bezeichnet (BBl 1929 I S. 65). Würde man,

wie das Obergericht es getan hat, auch bei der Anwendung des Art. 11 darauf abstellen, ob der Reisende ausschliesslich mit Geschäftsleuten oder Unternehmungen im Sinne des Art. 3 Abs. 1 in Verkehr getreten ist oder nicht, so käme man zum Ergebnis, dass solche Geschäftsinhaber sich ebenfalls auf Art. 11 berufen könnten, wenn sie zufällig eine Gerichtsstandsvereinbarung im Sinne dieser Bestimmung mit einem Reisenden abgeschlossen haben, der daneben auch noch mit Privatleuten in Verkehr tritt. Dass das nicht der Wille des Gesetzes sein kann, ist klar.

Zudem hindert die in Art. 11 des Gesetzes vorgesehene Nichtigkeit von in der Schweiz abgeschlossenen Gerichtsstandsvereinbarungen die Vollstreckung von österreichischen Urteilen nach der Praxis nur deshalb, weil die Nichtigkeit im Interesse der Wahrung der guten Sitten, der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit liegt, da sonst ausdrücklichen Gerichtsstandsvereinbarungen im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Ziff. 1 des österreichisch-schweizerischen Urteilstvollstreckungsvertrages die Wirksamkeit für die Vollstreckbarkeit nicht versagt werden darf, wenn sie nicht an Willensmängeln leiden (vgl. BGE 58 I S. 306). Der erwähnte Grund für den Ausschluss der Vollstreckung träfe nicht mehr zu, wenn die Nichtigkeit auch zu Gunsten der in Art. 3 Abs. 1 des Handelsreisendengesetzes genannten Geschäftsleute und Unternehmungen gälte. Die zwischen den Parteien abgeschlossene Gerichtsstandsvereinbarung kann somit nicht als nichtig betrachtet werden.

Der Entscheid des Obergerichtes ist daher aufzuheben und das Urteil des Bezirksgerichtes für Handelssachen in Wien für vollstreckbar zu erklären, da andere Einwendungen als die behandelten gegen die Vollstreckung nicht erhoben worden sind.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil der IV. Kammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom

7. September 1933 aufgehoben und das Urteil des Bezirksgerichtes für Handelssachen in Wien I vom 9. März 1933 als vollstreckbar erklärt.

B. VERWALTUNGS- UND DISZIPLINARRECHTSPFLEGE

JURIDICION ADMINISTRATIVE ET DISCIPLINAIRE

BEAMTENRECHT

STATUT DES FONCTIONNAIRES

52. **Extrait de l'arrêt du 20 décembre 1933 dans la cause L. contre C.F.F. (1^{er} Arr.).**

Le fonctionnaire coupable de violation des devoirs de service n'est passible que des peines disciplinaires énumérées à l'art. 31 du statut des fonctionnaires et ne peut partant être licencié en vertu de l'art. 55 dudit statut. (Consid. 1.)

Contrairement à ce que pourrait faire croire la rédaction défectueuse de l'art. 31, alinéa 4, une seule infraction grave aux devoirs de service peut justifier l'application des peines disciplinaires de la mise au provisoire ou de la révocation. (Consid. 2.)

Resumé des faits :

L. était chef aux marchandises de la classe 2 b à la gare de V. Lors d'une revision un découvert de 1261 fr. 20 fut constaté dans la caisse qu'il gérait. Ayant été révoqué pour ce motif, il recourut à la Chambre du contentieux des fonctionnaires en sollicitant l'application d'une peine disciplinaire moins sévère.

Extrait des motifs.

1. — L'Administration a basé la décision attaquée sur les art. 30 et 31 StF et, en outre, sur l'art. 55, lequel l'autorise à résilier les rapports de service pour de justes motifs. En l'espèce, c'est toutefois à tort qu'elle a invoqué cette dernière disposition légale. D'après la jurisprudence (cf. RO 56 I 494), le fonctionnaire coupable de violation des devoirs de service n'est en effet passible que des peines disciplinaires énumérées à l'article 31 et ne peut partant être licencié en vertu de l'article 55.

2. — L'art. 31 al. 4 StF prescrit que « la mise au provisoire et la révocation ne peuvent être prononcées que si le fonctionnaire s'est rendu coupable d'infractions graves ou continues aux devoirs de service ». Il semblerait donc que la pluralité des infractions soit dans tous les cas une condition de l'application de ces sanctions. Mais ce texte, qui figure déjà dans le projet de loi, est manifestement inexact : il est évident qu'une seule violation des devoirs de service peut parfois avoir un caractère de gravité tel que la révocation ou la mise au provisoire s'imposent. Ainsi que le Conseil fédéral l'a dit dans son message à l'appui du projet de loi (page 121), le sens de cette dernière est en réalité que les deux peines disciplinaires les plus sévères ne doivent être infligées que dans les cas « d'infraction grave ou continue aux devoirs de service ». Leur application suppose donc ou une infraction grave ou plusieurs infractions qui, prises isolément, ne doivent pas être nécessairement graves (cf. KIRCHHOFER, Die Disziplinarrechtspflege beim Bundesgericht, p. 43 RO 57 I p. 162 in fine).