

avec intérêts au 6 % l'an dès le 9 Juillet 1890 pour frais du dit acte, et ce ensuite d'un séquestre du 22 Novembre 1893, les recourants ès qualités, créanciers des sieurs Ducret, exécutant sur leurs biens en Suisse, ont déclaré faire opposition à ce commandement, soit comme exerçant les droits et actions de leurs débiteurs, soit comme gérants d'affaires des sieurs Léon et Joseph Ducret.

Cette opposition a été admise par décision du Conseil fédéral en date du 10 Août 1894, communiquée à sieur Déplante le 17 dit.

Déplante a, par requête du 22 Août 1894, demandé au tribunal de première instance la mainlevée provisoire de cette opposition, et cela contre ses prétendus débiteurs seulement, sans mettre en cause les requérants.

Les syndics sont intervenus en l'instance, à l'audience du 24 Septembre 1894, tant en leur qualité de gérants d'affaires des sieurs Ducret neveux qui n'ont pas comparu, qu'en qualité de créanciers, et se sont opposés à la mainlevée provisoire demandée par Déplante.

Par jugement du 1<sup>er</sup> Octobre suivant, le tribunal de première instance a repoussé leur intervention et prononcé la mainlevée provisoire de leur opposition.

Appel ayant été formé de cette décision, la Cour de justice civile a, par arrêt du 20 dit, admis l'intervention de recourants, mais a confirmé au fond la sentence des premiers juges.

C'est contre cet arrêt que les syndics de la faillite Ducret ont recouru au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise le réformer et débouter Déplante de sa demande en mainlevée provisoire de l'opposition formée par les recourants.

*Statuant sur ces faits et considérant en droit :*

La décision attaquée a trait à une demande de mainlevée provisoire conformément à l'art. 82 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.

Une pareille décision n'entraîne que les conséquences énumérées à l'art. 83 *ibidem*, et réserve expressément au débiteur le droit d'intenter dans un délai déterminé une action en

libération de dette en la forme ordinaire. La dite décision statue donc uniquement sur la question de l'admissibilité de la poursuite, et par conséquent sur une prétention relevant du domaine de la procédure, et non sur une prétention de droit privé; elle ne se caractérise dès lors point comme un jugement au fond dans le sens de l'art. 58 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale (voir arrêts du Tribunal fédéral en les causes Schneider c/a Maurer, du 28 Avril 1894, et Steiner c/a Buhlmann, du 27 Janvier 1893, considérant 3 à la fin. *Recueil officiel* XIX, N° 16). Or un recours en matière de prétention du domaine de la procédure n'est, en tout cas, possible, ainsi que le tribunal de céans l'a reconnu en la cause Pignet (*Recueil officiel* XIX, N° 120), que lorsqu'il a été statué sur la dite prétention par la voie de la procédure ordinaire ou par celle de la procédure accélérée, condition qui ne se trouve pas réalisée en ce qui concerne des décisions en matière de mainlevée.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Il n'est pas entré en matière, pour cause d'incompétence, sur le recours.

136. Urteil vom 28. November 1894 in Sachen  
Huber gegen Spiegel.

A. Mit Urteil vom 18. Mai 1894 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt: Der Beklagte ist schuldig, dem Kläger 8189 Fr. 30 Cts. nebst Zins zu 6 % seit dem 7. Januar 1893 zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil erklärte der Anwalt des Beklagten die Berufung an das Bundesgericht mit dem Antrage, es sei die Klage gänzlich, eventuell in einem richterlich oder durch Experte festzustellenden Teilbetrag abzuweisen.

C. Das Gericht schreitet ohne Ansetzung einer Parteiverhandlung zur Prüfung der Kompetenzfrage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Beklagte D. Huber in Winterthur sandte dem Kläger, Karl Spiegel in St. Petersburg, im Oktober 1891 eine Partie Emmenthaler Käse zum kommissionsweisen Verkauf. Da die Marktlage in Rußland für Emmenthaler Käse sehr ungünstig war, zog sich der Verkauf bedeutend hinaus. Auf die Bitte des Beklagten machte ihm der Kläger am 10. Februar 1892 einen Vorschuß von 15,000 Fr. auf die Ware. Der Rest der Leihern wurde erst im Januar 1893 verkauft. Der Netto-Erlös ergab im Ganzen bloß 3391 R. 46 K., so daß der Beklagte dem Kläger in Folge des Vorschusses 3160 R. 97 K., Wert 9. Januar 1893, schuldig blieb. Da Beklagter die klägerische Verkaufsabrechnung nicht anerkannte, sondern die empfangenen 15,000 Fr. als Gegenwert der Konsignation betrachtet wissen wollte, reichte Kläger beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage ein auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des Saldobetrages von 3160 R. 97 K., = 8189 Fr. 30 Cts., nebst Zins zu 6 % seit 7. Januar 1893. Beklagter verlangte Abweisung der Klage bis auf einen Betrag von 86 R. 41 K., den er dem Kläger aus einer frühern Konsignationsrechnung zu schulden anerkannte. Er behauptet, der Kläger habe den geringen Erlös für die streitige Konsignationsware durch sein Verschulden verursacht, indem er den ihm erteilten Auftrag, die Ware im Frühjahr 1892 zu verkaufen, nicht erfüllt, sich um den Verkauf der Käse in keiner Weise bemüht und endlich die Ware unausgepackt im Zollspeicher belassen, und dadurch schuldhafter Weise habe verderben lassen. Der Kläger bestritt, daß er sich einer Fahrlässigkeit schuldig gemacht habe. Er machte insbesondere geltend, eine Behandlung der Käse sei in St. Petersburg weder üblich, noch bei dem dortigen Klima nötig; im St. Petersburger Platzgeschäft bestehe eine Usanz, daß der Konsignator importierter Käse dieselben mit Ausnahme einiger zu besichtigender Kübel unverpackt im Zollspeicher liegen lasse, bis der Verkauf möglich sei. Über diese Usanz, sowie über die Ursachen des schlechten Verkaufserlöses ordnete das Gericht eine Expertise an, die in allen Teilen zu Gunsten des Klägers ausfiel. Ein Gesuch des Beklagten um Anordnung einer Oberexpertise, welches damit begründet wurde, daß der Experte mit dem Kläger

in Geschäftsfreundschaft stehe und daher befangen sei, wurde vom Gerichte abgewiesen und die Klage in vollem Umfange gutgeheißen. Neben der Berufung an das Bundesgericht erhob Beklagter gegen dieses Urteil Kassationsbeschwerde beim kantonalen Kassationsgerichte; dieselbe wurde jedoch durch Urteil des Kassationsgerichtes vom 29. Oktober 1894 teils als unbegründet, teils als unstatthaft erklärt.

2. Nach Art. 79 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege hat das Bundesgericht die Statthajtigkeit der Berufung von Amtes wegen zu prüfen. In Hinsicht auf den Streitwert ist dieselbe zweifellos vorhanden, dagegen erhebt sich bezüglich der Rechtsanwendung die Frage, ob die Streitfache nach eidgenössischen Gesetzen, oder nicht vielmehr nach russischem Rechte zu entscheiden sei. Die Vorinstanz bemerkt diesfalls, die Frage, ob nach der Intention der Parteien russisches Recht, als dasjenige des Erfüllungsortes, anzuwenden gewesen wäre, brauche nicht weiter untersucht zu werden, da der Inhalt jenes Rechtes dem Gerichte nicht genügend bekannt sei, die Parteien es aber unterlassen haben, denselben nachzuweisen, so daß gemäß § 289 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes von der Anwendung fremden Rechtes Umgang zu nehmen sei. Sie stützt daher ihre Entscheidung auf Bestimmungen des eidgenössischen Obligationenrechtes. Nun ist das Bundesgericht zweifellos kompetent zur Entscheidung der Frage, ob eidgenössisches Recht mit Recht oder Unrecht angewendet worden sei; denn insoweit handelt es sich um die Beurteilung eines eidgenössischen Rechtsfalles. Streitig ist im vorliegenden Falle lediglich die vom Beklagten zur Kompensation verstellte Schadenersatzforderung. Diese unterliegt aber zweifellos dem russischen Rechte. Hinsichtlich der örtlichen Rechtsanwendung hat das Bundesgericht stets als leitendes Prinzip festgehalten, daß insoweit es die der Regelung durch den Parteivillen anheim gegebenen Wirkungen eines obligatorischen Rechtsgeschäftes anbelangt, dieselben nach demjenigen Landesrechte zu beurteilen sind, welches die Parteien beim Geschäftsabschlusse als maßgebend entweder wirklich betrachteten, oder dessen Anwendung sie doch vernünftiger- und billigerweise erwarten konnten und mußten (s. z. B. Amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen XVI,

§. 795, Erw. 3). Hiervon ausgegangen, kann es sich nur um die Anwendung des russischen Rechtes handeln. Der Verkauf des Konfirmationsgutes war in St. Petersburg zu vollziehen; daselbst befand sich der Wohnort des Schuldners. Vernünftiger- und billigerweise konnten daher die Parteien nichts anders erwarten, als daß die Tätigkeit des Konfirmatars beurteilt werde nach dem dort geltenden, russischen Rechte; die dortigen Handelsusancen sind (mit Recht) von der Vorinstanz für die Beurteilung seines Verhaltens maßgebend erachtet worden; das gleiche muß aber auch gelten bezüglich der anzuwendenden Rechtsätze. Sprechen alle diese Umstände für die Anwendbarkeit des russischen Rechtes, so fehlt es umgekehrt an Anhaltspunkten dafür, daß die Parteien das schweizerische Recht für anwendbar konnten erachtet haben. Im Prozesse hat allerdings der Kläger ausschließlich auf Bestimmungen des eidgenössischen Obligationenrechtes abgestellt, und der Beklagte hat sich über die Anwendbarkeit des Rechtes nicht bestimmt ausgesprochen, sondern diesfalls bloß bemerkt, es könne an russisches Recht gedacht werden; daselbe sei ihm aber nicht bekannt. Selbst wenn übrigens die Parteien im Prozesse ausdrücklich sich dahin geeinigt hätten, daß ein bestimmtes Recht der Entscheidung zu Grunde zu legen sei, wäre der Richter hieran nicht unbedingt gebunden, indem er die Rechtsanwendung von Amtswegen vorzunehmen hat; die Haltung der Parteien im Prozesse kann daher in dieser Frage nur insoweit Bedeutung haben, als dieselbe einen Schluß darauf gewährt, welches Recht sie beim Abschluß des Vertrages als das Maßgebende mochten erachtet haben. Ein derartiges Indiz ist jedoch im vorliegenden Falle in dem Verhalten der Parteien im Prozesse nicht zu erblicken.

3. Wenn daher der angefochtene Entscheid wirklich auf der Anwendung eidgenössischen Rechtes als solchem beruhte, so müßte derselbe aufgehoben werden und es hätte gemäß Art. 83 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege das Bundesgericht entweder selbst einen neuen Entscheid zu fällen, oder die Sache an das kantonale Gericht zurückzuweisen. Die Vorinstanz ist jedoch grundsätzlich nicht etwa davon ausgegangen, daß das eidgenössische Recht kraft dem Willen desselben Anwen-

dung zu finden habe, sondern sie hat daselbe ihrer Entscheidung einzig deshalb zu Grunde gelegt, weil es die Parteien unterlassen haben, den Inhalt des fremden Rechtes nachzuweisen. Und zwar beruft sie sich diesfalls auf § 289 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes, welcher bestimmt: „Kommen fremde Gesetze zur Anwendung (§§ 1 bis 7 des privatrechtlichen Gesetzbuches), so hat der Richter dieselben von Amtes wegen zu beachten, sofern er sichere Kenntnis von deren Inhalt besitzt. Indessen ist es Sache der Partei, welche sich auf fremdes Recht beruft, dessen Inhalt nötigenfalls dem Richter nachzuweisen.“ Die Vorinstanz hat daher das eidgenössische Recht nicht deswegen angewendet, weil sie das Streitverhältnis als von demselben beherrscht ansah, sondern kraft prozeßrechtlicher Vorschrift. Ist dem aber so, dann kann nicht gesagt werden, daß die Entscheidung auf eidgenössischem Rechte als solchem beruhe; es muß vielmehr davon ausgegangen werden, die Bestimmungen desselben seien als vorausgesetzter Inhalt des fremden Rechtes zur Anwendung gebracht worden (s. bundesgerichtliche Entscheidung in Sachen Koch gegen Krause, vom 28. September 1894).

4. Da nach dem Gesagten die vorliegende Streitigkeit weder von der Vorinstanz unter Anwendung eidgenössischen Rechtes entschieden worden, noch nach demselben zu entscheiden ist, muß die Berufung als unstatthaft erklärt werden.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Auf die Berufung des Beklagten wird wegen Inkompetenz des Bundesgerichtes nicht eingetreten. Es hat daher in allen Teilen bei dem Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 18. Mai 1894 sein Bewenden.