

Fall Dueret gegen Crochet (BGE 33 II S. 594 ff.) hatte ein Knabe einem andern mit einem Beil, das sich auf einem unbewachten Werkplatz befand, Finger ab, und nun wurde der Vater des Verletzenden auf Grund des Art. 61 OR haftbar erklärt; im Falle Gertsch gegen Anderhalt (33 II S. 564 ff.) wurde in der Nichtumfriedung eines Kellerhalses eine Widerrechtlichkeit und ein Verschulden erblickt; BGE 21 S. 625 (Einlösung gefälschter Wechsel) endlich hat tatsächlich mit dem heutigen Fall gar nichts gemein.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. Mai 1908 in allen Teilen bestätigt.

75. Urteil vom 24. Oktober 1908 in Sachen

Curti & Cie., Kl. u. Ber.-Kl.,

gegen **Mech. Seidenstoffweberei Zürich, Bekl. u. Ber.-Bekl.**

Kauf (von Seide). — Streitwert. Art. 67 Abs. 3 OG. Folgen der Nichtangabe in der Berufungserklärung. — Rechtsanwendung; Bedeutung der Zürcher Platzusancen. — Innehaltung der Lieferfrist?

A. Durch Urteil vom 22. Mai 1908 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Gutheilung der Klage.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Kläger Gutheilung, der Vertreter der Beklagten prinzipiell Nichteintreten, eventuell Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kläger verlangen Abnahme und Bezahlung eines Ballens Seide, welchen sie der Beklagten verkauft hatten und welchen die Beklagte resüsiert hat, weil nach ihrer Ansicht die Lieferungs-

frist nicht eingehalten worden war. Der über diesen und andere Ballen (insgesamt zirka 1000 Kg.) am 8./9. August 1907 in Zürich, und zwar unbestrittenermaßen auf Grund der „Zürcher Platz-Usancen für den Handel in roher Seide“ abgeschlossene Vertrag lautete wörtlich folgendermaßen:

zirka Kg. 500 18./20. ds. à Fr. 73 75 100 Tage

„ „ 500 20./22. ds. à „ 73 — 100 Tage

zirka Kg. 1000 Ital. Organzin „Alfo“ Extra,

wie gehabt.

Lieferung von jedem Eiter:

je 2 Ballen verteilt auf erste und zweite Hälfte Oktober;
je 2 Ballen verteilt auf erste und zweite Hälfte November;
1 Ballen bis 15. Dezember.

Der streitige Ballen war der letzte der laut diesem Vertrag zu liefernden Ballen. Er wurde der Beklagten am 17. Dezember angeboten; diese hatte jedoch bereits am 16. abends den Rücktritt vom Vertrage erklärt. Der 15. war ein Sonntag gewesen.

Die einschlägige Bestimmung (§ 28) der erwähnten Platzusancen lautet:

„Nichteinhaltung der Lieferfristen berechtigt den Käufer zur Annullierung des auf den betreffenden Termin entfallenden Quantums, insoweit nicht nachgewiesene höhere Gewalt an der Verspätung schuld ist.

Höhere Gewalt vorbehalten, steht es dem Käufer frei, eine Entschädigung zu beanspruchen.

Ist die Lieferungsfrist nicht auf einen bestimmten Tag festgesetzt, so wird eine Überschreitung derselben von fünf Tagen toleriert.“

2. Mit Unrecht hat die Beklagte in der heutigen Verhandlung das Vorhandensein des zur Berufung erforderlichen Streitwertes sowie die Anwendbarkeit eidgenössischen Rechtes bestritten und eventuell geltend gemacht, es handle sich bei der Interpretation der Usancen um Feststellungen tatsächlicher Natur, welche das Bundesgericht nicht überprüfen könne.

Der Streitwert wurde zwar entgegen der Vorschrift von Art. 67 Abs. 3 OG in der Berufungserklärung nicht angegeben. Wie jedoch das Bundesgericht stets erkannt hat, ist trotz Nichtbefolgung obiger Vorschrift auf die Berufung einzutreten, sofern sich mit

Deutlichkeit aus den Akten ergibt, daß der gesetzliche Streitwert vorhanden ist. Dies ist hier offensichtlich der Fall, da der Preis des streitigen Ballens über 7000 Fr. betrug; denn entgegen der Auffassung der Beklagten ist bei zweiseitigen Verträgen behufs Feststellung des Streitwertes nicht etwa auf die allfällige Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung, sondern, wie das Bundesgericht stets erkannt hat, auf den Wert der eingeklagten Leistung, also im vorliegenden Falle auf den Kaufpreis, abzustellen.

Was die Frage des anzuwendenden Rechtes betrifft, so ist das Rechtsverhältnis der Parteien allerdings auf Grund der Zürcher Platzusancen für den Handel in roher Seide zu beurteilen. Diese Usancen stellen sich aber nicht als selbständige Rechtsquelle neben dem eidgenössischen OR dar, als welche sie ja nur Geltung haben könnten, wenn das OR beim Kauf einen ähnlichen Vorbehalt des kantonalen Rechtes enthielte, wie z. B. (in Art. 405 Abs. 2) beim Wollervertrag; sondern es handelt sich hier nur um eine (statt durch jedesmalige mündliche oder schriftliche Übereinkunft über alle Detailpunkte) der Einfachheit halber durch ausdrückliche oder stillschweigende Bezugnahme auf die gedruckten Usancen von den Kontrahenten vorgenommene Festsetzung des Vertragsinhaltes. Vergl. US 14 S. 475, 16 S. 163, 23 S. 770.

Damit ist zugleich der Einwand der Beklagten erledigt, wonach es sich bei der Interpretation der Usancen um Feststellungen tatsächlicher Natur handelt. Die Frage, was auf Grund gegebener, von beiden Parteien als authentisch anerkannter Urkunden als Vertragswille zu betrachten sei, ist, wie das Bundesgericht in seiner neuern Praxis stets festgehalten hat, als Rechtsfrage zu betrachten.

3. In der Sache selbst ist davon auszugehen, daß die Frage, ob und in welchem Sinne im einzelnen Falle ein Fixgeschäft vorliege, d. h. ob, in welcher Weise und mit welchen Folgen der Käufer bei nicht rechtzeitiger Lieferung vom Vertrage zurücktreten könne, im ersten und zweiten Absatz von § 28 der Usancen ihre Regelung gefunden hat, während die Berechnung der Lieferfristen als solche im dritten Absatz desselben Paragraphen behandelt wird. Nun ist im vorliegenden Falle nicht bestritten und ergibt sich auch deutlich aus Abs. 1 des § 28, daß die Beklagte vom Vertrage ohne weiteres zurücktreten durfte, die Klage also abzu-

weisen ist, sofern die Lieferungsfrist in der Weise zu berechnen war, wie die Beklagte behauptet. Es braucht daher das Verhältnis von § 28 Abs. 1 zu Art. 122, 123 und 234 OR hier nicht näher untersucht zu werden (ebenso auch nicht dasjenige von § 28 Abs. 2 zu Art. 124 OR); sondern es fragt sich einzig, in welcher Weise nach Abs. 3 in den verschiedenen möglichen Fällen die Lieferfrist zu berechnen sei.

4. Die Kläger behaupten, § 28 Abs. 3 bedeute soviel als: „Ist nicht gesagt, die Lieferung habe an einem bestimmten Tag (d. h. weder früher noch später) stattzufinden, so wird eine Überschreitung von 5 Tagen toleriert.“

Für diese Interpretation scheint allerdings auf den ersten Blick der Umstand zu sprechen, daß die Usancen zur Kennzeichnung der Fälle, in denen eine Überschreitung von 5 Tagen nicht toleriert werde, den Ausdruck „auf einen bestimmten Tag festgesetzt“ brauchen, und nicht den Ausdruck „bis zu einem bestimmten Tag“. Andererseits ist aber zu beachten, daß der am gleichen Ort gebrauchte Ausdruck „Lieferungsfrist“ als solcher im Gegenteil auf eine Lieferung hindeutet, welche unter Umständen auch früher stattfinden darf als an dem Tage, auf welchen sie erwartet wird. Wie dem jedoch sei, jedenfalls ist bei der vorliegenden Verbindung der beiden nicht zu einander passenden Ausdrücke „Lieferungsfrist“ und „auf einen bestimmten Tag festgesetzt“ die grammatikalische Interpretation der fraglichen Bestimmung der Usancen nicht ausreichend. Es ist daher auf Zweck und Bedeutung der Bestimmung zurückzugreifen. In dieser Beziehung ergibt sich folgendes:

5. Würde mit den Klägern angenommen, es habe eine Überschreitung von 5 Tagen nur in denjenigen Fällen ausgeschlossen werden wollen, wo die Parteien vereinbarten, die Lieferung habe an einem bestimmten Tage (Stichtag) stattzufinden; wo aber Lieferung bis zu einem bestimmten Tage vereinbart sei, habe der Käufer sich stets eine Überschreitung von 5 Tagen gefallen zu lassen, — so müßte der Käufer, um sich die Lieferung bis zu einem bestimmten Tage wirklich zu sichern (woran er unter Umständen ein großes Interesse haben kann), entweder sich Lieferung auf diesen bestimmten Tag versprechen lassen (also, woran er in der Regel kein Interesse hat, eine frühere Lieferung ausschließen) oder aber er müßte sich Lieferung bis zu einem 5 Tage frühern

Termin versprechen lassen. Letzteres wäre ein Umweg, dessen Einschlagung die vorliegenden Usanzen dem Käufer offenbar nicht zumuten wollten; ersteres aber wäre bei Distanzgeschäften in Seide für den Verkäufer derart oneros, daß es, wie die Vorinstanz feststellt, im Seidenhandel so gut wie nie vorkommt.

Aber auch wenn das Versprechen der Lieferung auf einen bestimmten Tag im Seidenhandel vorkäme, so wäre nicht einzusehen, warum gerade bei einem solchen Versprechen die Respekttage ausgeschlossen sein sollten, während sie beim Versprechen der Lieferung bis zu einem bestimmten Tage gewährt würden; denn im letztern Falle kann sich der Verkäufer, da er ja auch einige Tage vor Ablauf der Frist liefern darf, doch zum mindesten ebensogut, wenn nicht noch leichter, darauf einrichten, die Lieferungsfrist genau einzuhalten, als in dem Falle, wo sich der Käufer jede frühere Lieferung verbeten hat. Darum hat denn auch das Gesetz (in Art. 128 OR) die Leistung zu einer bestimmten Zeit und diejenige bis zu einer bestimmten Zeit gleich behandelt.

Kann somit die Beantwortung der Frage, ob im einzelnen Falle Respekttage stattfinden, nicht davon abhängen, ob Lieferung an einem bestimmten Tage oder aber Lieferung bis zu einem bestimmten Tage vereinbart wurde, so ist es dagegen mit dem Wortlaut der fraglichen Bestimmung sowohl als mit den Bedürfnissen des kaufmännischen Verkehrs durchaus in Einklang zu bringen, wenn angenommen wird, es habe die Gewährung oder Nichtgewährung von Respekttagen von der mehr oder minder präzisen Bezeichnung des Lieferungstermines abhängig gemacht werden wollen. Nun war es bei Festsetzung der Usanzen gewiß naheliegend, ein sogenanntes *Respiro* in denjenigen Fällen zu gewähren, wo über die Berechnung der Lieferfrist Zweifel entstehen können, ein solches *Respiro* aber nicht zu gewähren, wo jeder Zweifel ausgeschlossen ist. Abgesehen davon fällt in Betracht, daß sich in der mehr oder minder genauen Bezeichnung eines Termins in der Regel das mehr oder minder große Interesse des Gläubigers an der Einhaltung dieses Termins, sowie die mehr oder minder große Leichtigkeit für den Schuldner, innerhalb dieses Termins zu leisten, dokumentieren wird. Es war daher auch aus diesem Grunde naheliegend, Respekttage nur in den Fällen zu gewähren, wo der Endpunkt der Lieferfrist weniger genau bezeichnet wurde.

6. All diese Erwägungen führen dazu, mit der Vorinstanz den § 28 Abs. 3 der vorliegenden Usanzen in dem Sinne zu interpretieren, daß eine Überschreitung des Lieferungstermins um 5 Tage dann toleriert werden sollte, wenn dieser Termin in weniger bestimmter Weise bezeichnet wurde (z. B. „Lieferung Ende des Monats“, „in der ersten Hälfte des Monats August“, „nächste Woche“, usw.), daß aber eine Überschreitung der Lieferfrist ausgeschlossen sein sollte, wenn als Endpunkt derselben ein ganz bestimmter Tag angegeben wurde, z. B. durch Gebrauch des Ausdrucks „Lieferung bis spätestens nächsten Dienstag“, oder, wie in casu, mit den Worten „bis 15. Dezember“. Darnach war aber im vorliegenden Falle die Beklagte berechtigt, am 16. Dezember, abends, wie sie es getan hat (da der 15. ein Sonntag war), vom Vertrage zurückzutreten.

Die Klage ist somit von der Vorinstanz mit Recht abgewiesen worden.

Dennach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 22. Mai 1908 bestätigt.

76. Arrêt du 31 octobre 1908

*dans la cause Maschinenfabrik Union, dem. et rec.,
contre Keller & C^{ie}, déf. et int.*

Commission sur vente. — Droit applicable (Contrat conclu en Allemagne; lieu de l'exécution. Reconnaissance tacite de l'applicabilité du droit suisse par les parties.) Application principale et erronée, par l'instance cantonale, du droit suisse, et application subsidiaire du droit étranger; sort du recours en réforme. Art. 79 al. 2 OJF.

A. — Keller & C^{ie}, négociants à Zurich, sont au bénéfice d'un contrat daté de Leipzig le 20 juin 1903 conclu avec la Maschinenfabrik Union, établie dans cette ville, aux termes duquel:

a) Keller & C^{ie} acceptent la représentation exclusive de la société allemande pour la Suisse et l'Italie;