84. Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Dezember 1920
i. S. Labin & Koppel gegen Gutsche.

OG Art. 56. Anwendung ausländischen Rechts:
 Kauf, Erfüllung des Verkäufers.

A. — Die in Hamburg niedergelassenen Beklagten schlossen im August 1918, mit Gerichtsstand in Hamburg, einen Vertretungsvertrag mit Karl Roerich in Zürich, wonach dieser den Vertrieb der von ihnen hergestellten Hartpapier-Eimer für die Schweiz übernahm. Roerich verkaufte darauf dem Kläger, der in Zürich wohnt, einen Wagen von 4000 Eimern zu 2 Fr. 75 Cts. das Stück, Fracht und Zoll zu Lasten der Beklagten. Der Kläger bezahlte am 15. August den Kaufpreis von 11,000 Fr. Die Beklagten sandten darauf, in Ausführung einer Abänderung des Vertrages, wonach zwei Wagen zu 2000 Stück zu liefern waren, zunächst einen Wagen, jedoch zu 2500 Stück und baten den Kläger, den zweiten Wagen ebenfalls auf diese Anzahl zu ergänzen und ihr für die Mehrlieferung von 1000 Stück zu 3 Fr. 10 Cts. noch 3100 Fr. einzusenden. Der Kläger kam diesem Verlangen nach, mit der Erklärung, dass er nun umgehende fracht- und zollfreie Lieferung erwarte.

Der erste Wagen langte am 11. Oktober in Zürich an, jedoch mit 609 Fr. 36 Cts. Fracht- u. Zollspesen belastet, die der Kläger unter Mitteilung an die Beklagten auslöste. Die Beklagten bestritten anfänglich, dass fracht- und zollfreie Lieferung vereinbart sei, gaben dies dann aber in ihrem Schreiben vom 25. Oktober zu. Inzwischen war am 21. Oktober der zweite Wagen mit angeblich 2560 Eimern, wieder unfrankiert und unverzollt, von Hamburg abgegangen, und die Beklagten stellten dafür Rechnung, laut welcher der Versand auf Kosten und Gefahr des Empfängers gehen sollte, auch wenn frachtfreie Lieferung vereinbart sei. Der Kläger verwahrte

sich hiergegen, und, da sich die Parteien nicht einigen konnten, telegraphierte er den Beklagten am 4. November, er habe nicht nur den ersten Wagen, sondern sämtliche 5000 Eimer fracht- und zollfrei Zürich gekauft; wenn die ausstehenden 2500 Stück bis Donnerstag den 7. November nicht spesenfrei in seinen Besitz gelangt und ihm die Fracht- und Zollspesen des ersten Wagens nicht vergütet seien, so trete er vom Kaufe zurück und verlange Schadenersatz. Da der Fristansetzung nicht nachgekommen wurde, erklärte er mit Telegramm vom 8. November den Vertrag für aufgehoben und verlangte Schadenersatz. Als der zweite Wagen in Zürich ankam, nahm der Kläger für seine Forderung Arrest darauf und leitete die Arrestbetreibung ein. Die Beklagten erhoben Rechtsvorschlag, und der Kläger reichte die Arrestanerkennungsklage ein mit den Begehren um Rückzahlung des für den zweiten Wagen vorausbezahlten Kaufpreises und um Ersatz der Fracht- und Zollspesen des ersten Wagens, sowie der Arrest- und Betreuungskosten. Die Beklagten übernahmen Fracht und Zoll für den ersten Wagen und für weitere 1500 Eimer, nicht aber für die 1000 Stück, die zur Vervollständigung der Sendung nachbestellt wurden und anerkannten nach Verrechnung einzelner Gegenforderungen, dem Kläger im Ganzen 295 Fr. 35 Cts. schuldig zu sein.

B. — Das Bezirksgericht Zürich hat mit Urteil vom 25. März die Klage gutgeheissen und die Beklagten verurteilt, dem Kläger 6985 Fr., nebst 5 % Zinsen seit dem 8. November 1918 und 609 Fr. 35 Cts. nebst 5 % Zinsen seit dem 1. November 1918 sowie die Betreibungs- und Arrestkosten von 10 Fr. 90 Cts. zu bezahlen. Mit Urteil vom 18. Juni 1920 hat das Obergericht des Kantons Zürich dieses Urteil, gestützt auf deutsches Recht, bestätigt, wogegen die Beklagten die Berufung an das Bundesgericht erklärt haben, mit dem Antrag, die Klage sei nur in dem anerkannten Betrage von

295 Fr. 30 Cts. zu schützen, im übrigen aber abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

Da die Vorinstanz den vorliegenden Fall nach deutschem Rechte beurteilt hat, fragt es sich in erster Linie, ob nicht schweizerisches Recht hätte angewendet werden sollen, und ob daher in dieser Nichtanwendung eine Verletzung von Bundesrecht liege. Die Vorinstanz hat dabei auf das Recht des Versandortes als das dem mutmasslichen Willen der Parteien entsprechende Recht abgestellt, da es sich bei der zu beurteilenden Rechtsfrage um die Verpflichtungen der Verkäufer bei einem Distanzkauf, speziell um die richtige Versendung der Ware hinsichtlich die Fracht- und Zollbelastung handle.

Das Bundesgericht hat nun bei der Frage der örtlichen Rechtsanwendung immer in erster Linie den ausgesprochenen oder mutmasslichen Willen der Parteien als massgebend erklärt und dabei namentlich dann auf Unterstellung des Rechtsgeschäftes unter schweizerisches Recht geschlossen, wenn die Parteien im Prozess übereinstimmend dieses Recht angerufen, also das Rechtsgeschäft im Prozess dem schweizerischen Rechte zur Beurteilung unterstellt haben. (AS 41 II S. 435 ; 43 II S. 228 Erw. 2). Im vorliegenden Falle liegt jedoch eine ausdrückliche Vereinbarung oder eine beidseitige Anrufung von schweizerischem Rechte, die als massgebend angesehen werden könnte, nicht vor. Erst in der Replik hat der Kläger eine Bestimmung des schweizerischen Rechts, nämlich Art. 108 OR, angerufen, und die Beklagten sind ihm hierin in der Duplik gefolgt. Zur Annahme, die Parteien hätten von Anfang an ihr Rechtsgeschäft dem schweizerischen Recht unterstellen wollen, kann dies nicht genügen ; die Beklagten haben im Gegenteil mit ihrer Einrede der Unzuständigkeit der zürcherischen Gerichte wohl auch die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts abgelehnt.

Sieht man daher vom Parteiwillen, soweit er sich im Prozesse bekundet haben mag, ab, so liesse sich für die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts anführen, dass der Vertrag zwischen dem Kläger und einem in der Schweiz wohnenden Vertreter der Beklagten in der Schweiz abgeschlossen worden ist und diese beiden, den Vertrag unmittelbar abschliessenden Personen doch wohl an die Anwendung schweizerischen Rechts gedacht haben werden ; da aber der Vertreter nur als solcher gehandelt hat, so kann hierauf entscheidend nichts ankommen. Auch der vom Bundesgericht aufgestellte Grundsatz (AS 40 II S. 481 spez. 485 Al. 2), dass der Richter im Zweifel die *lex fori* anwenden soll, ist im vorliegenden Falle nicht anwendbar, weil der Gerichtsstand Zürich (und damit der der Schweiz) nur durch den für die Rechtsanwendung zufälligen Umstand herbeigeführt worden ist, dass der Kläger den zweiten Wagen nicht angenommen hat und ihn verarrestieren liess ; das *forum arresti* aber kann nicht als natürliches *forum* der Beklagten erscheinen und daher für die Rechtsanwendung auch nicht von durchschlagender Bedeutung sein.

Muss demnach auf die Frage des Erfüllungsortes zurückgegriffen werden, so ist im vorliegenden Falle die Streitfrage die, ob die Beklagten durch Versendung mit Belastung von Fracht und Zoll richtig erfüllt oder durch die Zögerung, Fracht und Zoll zu ersetzen, vertragswidrig gehandelt haben. Entscheidend ist also die Frage der richtigen Erfüllung durch die Beklagten, und da diese die Verkäufer sind, ist der Versandort, der in Deutschland liegt, deren Erfüllungsort. Danach ergibt sich zwanglos die Anwendbarkeit deutschen Rechts, denn die Beklagten haben auch in internationalen Beziehungen einen Anspruch darauf, dass die Frage, ob sie richtig erfüllt haben, nach ihrem natürlichen Gerichtsstande beurteilt werde.

Die Vorinstanz hat daher mit Recht schweizerisches

Recht nicht angewendet, weshalb auf die Sache selbst nicht eingetreten werden kann.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

85. Urteil der I. Zivilabteilung vom 14. Dezember 1920

i. S. « Union » A.-G. gegen Laweczky.

OG Art. 56. Zuständigkeit des Bundesgerichts. Für Anwendung ausländischen Rechts ist Parteiwille nicht massgebend, wenn nicht die Wirkungen, sondern die Voraussetzungen des streitigen Rechtsverhältnisses in Frage sind und bei Stellvertretung. Für Stellvertretung grundsätzlich das Recht des Vertretenen massgebend; wenn Stellvertreter aber in einer Filiale des Vertretenen arbeitet, dann Recht der Filiale massgebend. — Ob Filiale gegründet sei, entscheidet sich nach Recht der Filiale. — Kaufabschluss des Stellvertreters. — *Lex fori* jedoch anwendbar, soweit Grundsätze des öffentlichen Rechts oder der Sittlichkeit verletzt; wenn aber Rechtsgeschäft nach dem ausländischen Recht nicht nichtig, so auch nicht nach schweizerischem Recht.

A. — Durch Urteil vom 16. Juni 1920 hat das Handelsgericht des Kantons Bern erkannt: « 1. Die Klage ist » zugesprochen und demgemäss die Beklagte dem Kläger » gegenüber verurteilt zur Bezahlung von 8000 Fr.; » 2. (Prozesskostenbestimmung). »

B. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrage auf Aufhebung und Abweisung aller Klagebegehren unter Kostenfolge.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Am 16. Juni 1919 ermächtigte die Beklagte, die A.-G. Handelsgesellschaft « Union » in Bern, um « in

Deutsch-Oesterreich ins Geschäft zu kommen », den G. Nachbauer in Bregenz, dort ein Bureau zu eröffnen, das als « Bregenzer-Filiale » zu führen und in das dortige Handelsregister einzutragen sei. Sie wies den Nachbauer dabei an, die Telegrammadresse unter dem Stichwort « Unico » eintragen zu lassen. Ebenso ermächtigte der Direktor der Beklagten, Niklaus Renfer, den Nachbauer, ein Zirkular drucken zu lassen, mit welchem die Beklagte anzeigte, dass sie unter dem Namen « Filiale Bregenz der Handelsgesellschaft « Union A.-G. Bern » eine Zweigniederlassung gegründet habe.

Diese Bregenzer Filiale offerierte im August 1919 dem Kläger, J. Laweczky, « Importhaus » in Wien, von Bregenz aus zwei Wagons Schokolade Tobler Castor zu 7 Fr. 60 Cts. per kg, sofort lieferbar, gegen Eröffnung eines Akkreditivs bei den Spediteuren Schenker & C^{ie} in Bregenz. Der Kläger nahm die Offerte durch ein an die genannte Filiale gerichtetes Telegramm an. Am 9. September telegraphierte jedoch die Beklagte dem Kläger von Bern aus, sie könne die Schokolade Tobler « Castor » nicht liefern, und als der Kläger auf dem Vertrage beharrte, erklärte sie am 26. September: ihr Angestellter der Filiale Bregenz habe keine Kompetenz gehabt, Verkaufsverträge ohne ihre Genehmigung abzuschliessen.

2. — Mit der vorliegenden, beim Handelsgericht des Kantons Bern angehobenen Klage machte nun der Kläger sein Erfüllungsinteresse geltend, indem er die Verurteilung der Beklagten zu einer Schadenersatzsumme von 8000 Fr. verlangte.

Die Beklagte beantragte, auf die Klage nicht einzutreten, sie eventuell als unbegründet abzuweisen. Sie machte geltend, Nachbauer sei nicht ermächtigt gewesen, im Namen der Beklagten zu handeln, da sie eine Filiale in Bregenz gar nicht errichtet habe; zur Errichtung einer solchen wären eine Reihe von Förmlichkeiten erforderlich gewesen, die alle nicht vorgenommen worden seien. Nachbauer habe nicht etwa als Vertreter der « Union