

[AZA 1/2]
4C.287/2000/zga

I. ZIVILABTEILUNG

8. Februar 2001

Es wirken mit: Bundesrichterinnen und Bundesrichter Walter,
Präsident, Klett, Rottenberg Liatowitsch und Gerichtsschreiberin
Zähler.

In Sachen

E urinco Metalli s.r.l., Viale Martiri della Libertà, I-41100 Modena, Klägerin und Berufungsklägerin,
vertreten durch Rechtsanwältin Mirella Piasini, Hambergersteig 17, 8008 Zürich,

gegen

T echmetall AG in Liquidation, Poststrasse 4, 8808 Pfäffikon, Beklagte und Berufungsbeklagte,
vertreten durch Rechtsanwalt Michael R. Kloter, Rotfluhstrasse 50, Postfach 166, 8702 Zürich-
Zollikon,

betreffend

Kaufvertrag, hat sich ergeben:

A.- Die Eurinco Metalli srl (Klägerin) ist eine in Modena (Italien) ansässige Metallhandelsfirma. Sie bestellte bei der Techmetall AG mit Sitz in Pfäffikon (Beklagte) am 18. September 1997 telefonisch 25 Tonnen Silizium. Die Parteien vereinbarten die Qualitätserfordernisse sowie die Liefer- und Zahlungsbedingungen. Die Beklagte stellte noch am gleichen Tag eine Verkaufsbestätigung aus. Am 19. September 1997 bestellte die Klägerin weitere 100 Tonnen Silizium bei der Beklagten, wofür diese wiederum eine Verkaufsbestätigung ausstellte. Die Parteien vereinbarten, dass die Lieferung direkt an die italienische Endabnehmerin, die Firma Ghiraf, erfolgen sollte.

Am 6. Oktober 1997 bestellte die Klägerin 400 Tonnen Silizium, welche von der Beklagten direkt der Endabnehmerin, der Firma Fomevo, zu liefern waren. Auch in diesem Fall stellte die Beklagte eine entsprechende Verkaufsbestätigung aus.

Die Klägerin überwies der Beklagten am 7. Oktober 1997 einen Betrag von Lit. 61'621'650 für die am 30. September 1997 erfolgte Lieferung von 25 Tonnen Silizium an Ghiraf. Im Weiteren erfolgte eine Zahlung von Lit. 60'662'000, welche die Lieferung an die Fomevo betraf.

In der Folge kam es zu Schwierigkeiten, da die Endabnehmerinnen nicht bereit waren, den hohen Mehrwertsteuerzuschlag zu bezahlen, den die Klägerin in Rechnung stellen musste. Zur Lösung dieses Problems gelangte die Klägerin an die Beklagte mit der Bitte, die Rechnung den Endabnehmerinnen direkt zuzustellen, was die Beklagte tat.

Die Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung hielten an. Die Beklagte teilte der Klägerin am 20. November 1997 mit, sie habe von den stetigen Vertragsänderungen genug. Sie unterbreitete der Klägerin den Vorschlag, dass die französische Firma Techmet SA die Verträge direkt mit Ghiraf und Fomevo abschliesse. Eine Bankgarantie sei nicht erforderlich, da eine Versicherung abgeschlossen werde, deren Finanzierung die Beklagte übernehme. Die von der Klägerin geleistete Zahlung die Lieferung an Ghiraf betreffend werde die Beklagte zurückzahlen, sobald die Ghiraf ihrerseits die gelieferte Ware bezahlt habe. Die Lieferungen an die Fomevo könnten jeweils erst vorgenommen werden, wenn die vorhergehenden Lieferungen bezahlt worden seien, es sei denn, die Beklagte könne die Zahlung der Klägerin als Garantie behalten. Der Vorschlag wurde von der Klägerin gleichentags vorbehaltlos angenommen.

In der Folge schloss die Techmet SA am 25. November 1997 mit der Ghiraf einen Vertrag über die Lieferung von insgesamt 100 Tonnen und mit der Fomevo einen Liefervertrag über 400 Tonnen Silizium. Diese Verträge wurden in der Folge nicht richtig erfüllt. Die Fomevo übernahm nur einen Teil der Ware und die Ghiraf bezahlte eine Teillieferung von 25 Tonnen nicht.

B.- Die Klägerin reichte am 15. September 1998 beim Bezirksgericht Höfe Klage ein mit dem Begehren, die Beklagte zur Bezahlung von Lit. 69'218'325 nebst Zins zu verurteilen. Die Klägerin verlangte damit die Rückzahlung des von ihr überwiesenen Betrages von Lit. 61'621'650 sowie Provisionszahlungen von insgesamt Lit. 7'596'675. Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage, eventuell die Verrechnung mit einer behaupteten Gegenforderung.

Das Bezirksgericht Höfe wies die Klage mit Urteil vom 24. März 1999 ab. Das Kantonsgericht des Kantons Schwyz bestätigte auf Berufung der Klägerin hin das angefochtene Urteil mit Entscheid vom 16. August 2000. Zur Begründung führte es im Wesentlichen an, die Parteien hätten einen bedingten Aufhebungsvertrag abgeschlossen. Die ursprüngliche Vereinbarung zwischen den Parteien sollte demzufolge ihre Wirksamkeit erst mit richtiger Erfüllung der Verträge zwischen der Techmet SA und den italienischen Endabnehmerinnen verlieren.

Da diese Bedingung nicht eingetreten sei, bestehe der ursprüngliche Vertrag noch immer. Zudem hätten die Parteien vereinbart, die Zahlung der Klägerin als Garantie zurückzubehalten.

Diese werde erst frei und sei der Klägerin zurück zu erstatten, wenn die Verträge zwischen den italienischen Endabnehmerinnen und der französischen Techmet SA richtig erfüllt worden seien. In Bezug auf den Provisionsanspruch hielt das Kantonsgericht fest, dass zwar eine Gesamtprovision verabredet gewesen sei, die Parteien aber keine Regelung nachgewiesen hätten für den Fall, dass nur eine Teilmenge geliefert würde.

C.- Gegen dieses Urteil reicht die Klägerin Berufung beim Bundesgericht ein. Sie beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Gutheissung der Klage, eventuell die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung.

Die Beklagte verlangt die Abweisung der Berufung und die Bestätigung des angefochtenen Urteils. Das Kantonsgericht beantragt die Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten ist.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Im Berufungsverfahren hat das Bundesgericht seiner Entscheidung die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz als wahr und vollständig zugrunde zu legen, es sei denn, sie beruhen auf einem offensichtlichen Versehen, seien unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen oder bedürften der Ergänzung, weil das Sachgericht in fehlerhafter Rechtsanwendung einen gesetzlichen Tatbestand nicht oder nicht hinreichend klärte, obgleich ihm entscheidwesentliche Behauptungen und Beweisanerbieten prozesskonform unterbreitet worden waren (Art. 63 und 64 OG; BGE 125 III 193 E. 1e; 123 III 110 E. 2; 115 II 484 E. 2a).

Eine blosser Kritik an der Beweiswürdigung des Sachgerichts ist, soweit nicht Normen des Bundesrechts in Frage stehen, von der Berufung ausgeschlossen (BGE 126 III 10 E. 2b; 120 II 97 E. 2b; 115 II 484 E. 2a). Dies gilt insbesondere für die Ausführungen der Klägerin betreffend die Annahme der Vorinstanz, die Klägerin sei mit der Vereinbarung einer Garantieleistung einverstanden gewesen.

2.- Die Klägerin rügt eine Verletzung von Art. 18 OR und Art. 2 ZGB. Sie macht geltend, die Vorinstanz habe die zwischen den Parteien bestehende Vereinbarung falsch ausgelegt bzw. in unzulässiger Weise ergänzt. Die Klägerin vertritt die Ansicht, das Faxschreiben vom 20. November 1997 sei das Kernstück der vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien. Da dieses Schreiben ihrer Meinung nach klar und präzise ist, sei entgegen der Ansicht der Vorinstanz keine Auslegung, geschweige denn Lückenfüllung notwendig.

a) Der Inhalt eines Vertrages bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien (Art. 18 Abs. 1 OR). Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften oder mussten. Dabei hat der Richter zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, da nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 122 III 420 E. 3a; 117 II 609 E. 6c, je mit Hinweisen). Nach dem Vertrauensprinzip ist demnach massgebend, wie der Empfänger die Erklärung in guten Treuen verstehen durfte und musste. Dabei ist stets der Zusammenhang, in dem die Willensäusserung abgegeben wurde, im Auge zu behalten. Die einzelnen Äusserungen einer

Vertragspartei dürfen nicht von ihrem Kontext losgelöst werden, sondern sind aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen (BGE 123 III 165 E. 3a; Kramer, Berner Kommentar, Bern 1986, N 106 zu Art. 1 OR). Während das Bundesgericht die objektivierende Vertragsauslegung als Rechtsfrage prüfen kann, beruht die subjektive Vertragsauslegung auf Beweiswürdigung, die vorbehaltlich der Ausnahmen von Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG der bundesgerichtlichen Überprüfung im Berufungsverfahren entzogen ist (BGE 126 III 25 E. 3c; 124 III 363 E. 5a; 121 III 118 E. 4b/aa).

Ein lückenhafter Vertrag liegt vor, wenn die Parteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder nicht vollständig geregelt haben (Jäggi/Gauch, Zürcher Kommentar, Zürich 1980, N 486 zu Art. 18 OR; Wiegand, Basler Kommentar, 2. Aufl., N 61 zu Art. 18 OR; Kramer, a.a.O., N 213 zu Art. 18 OR; BGE 115 II 484 E. 4a). Dabei ist zunächst mittels Auslegung zu bestimmen, ob der Vertrag der Ergänzung bedarf (Kramer, a.a.O., N 213 und N. 224 ff. zu Art. 18 OR; Wiegand, a.a.O., N 65 zu Art. 18 OR).

Die Vertragsauslegung nach der Vertrauenstheorie ist von der richterlichen Vertragsergänzung zu unterscheiden, wobei in beiden Fällen eine normative Betrachtungsweise erfolgt (Kramer, a.a.O., N 206 und 224 zu Art. 18 OR). Bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip hat das Gericht den mutmasslichen Willen der Parteien festzustellen. Als Vertragswille ist somit anzusehen, was vernünftige und korrekt handelnde Parteien unter den im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gegebenen Umständen gewollt hätten. Bei der Vertragsergänzung ist demgegenüber der hypothetische Wille zu ermitteln.

Dieser besteht in der Feststellung, was die Parteien gewollt haben würden, falls sie die offen gebliebene Frage geregelt hätten (Jäggi/Gauch, a.a.O., N 342 und 498 zu Art. 18 OR). Der Unterschied zwischen der Auslegung und der Ergänzung liegt darin, dass die Auslegung die Bestimmung des objektiven Sinngehalts einer von den Parteien selber getroffenen vertraglichen Regelung betrifft, über deren Auslegung sich die Parteien nicht einig geworden sind. Die Vertragsergänzung hingegen betrifft Fragen, die nach Ansicht der Parteien gar keiner Regelung bedurften (Kramer, a.a.O., N 225 zu Art. 18 OR). Besondere Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich dabei im Zusammenhang mit konkludenten Vertragsschlüssen. Allerdings relativiert sich die Schwierigkeit in dem Sinne, als im Ergebnis die gleiche Rechtsfolge - der Vertrag gilt mit dem nach normativen Kriterien ermittelten Inhalt - eintritt (Kramer, a.a.O., N 226 zu Art. 18 OR).

b) Es ist somit zu prüfen, ob die Vorinstanz die obgenannte Vorgehensweise beachtet hat und das fragliche Vertragsverhältnis korrekt normativ ausgelegt oder allenfalls ergänzt hat.

aa) Die Vorinstanz qualifizierte das Schreiben vom 20. November 1997 als Vertragsänderung, deren Auslegung bzw.

Ergänzung umstritten sei. Die Vorinstanz erkannte, aus der Vereinbarung vom 20. November 1997 gehe nicht hervor, ob die ursprünglichen Verträge bedingungslos dahingefallen und vollumfänglich durch die neue Vereinbarung ersetzt worden seien.

Ebensowenig liege ein direkter Beweis vor für die von der Beklagten geltend gemachte bedingte Vertragsauflösung. Die Vorinstanz führte weiter aus, aufgrund der Umstände sei nach Treu und Glauben davon auszugehen, dass die Klägerin aus den Käuferpflichten entlassen werden sollte, sofern die Verträge zwischen der Techmet SA und der Ghiraf bzw. Fomevo von insgesamt 100 (nachträglich auf 75 reduziert) bzw. 400 Tonnen Silizium vertragskonform erfüllt worden seien.

Das Vorliegen einer Resolutivbedingung wurde von der Klägerin stets bestritten. Es ist in der Tat fraglich, ob es unter den gegebenen Umständen sinnvoll ist, einen resolutiv bedingten Aufhebungsvertrag zu schliessen. Ob der ursprünglich geschlossene Vertrag noch besteht oder aufgehoben wurde, kann vorliegend jedoch offen bleiben, da die Beklagte den strittigen Betrag von Lit. 61'621'650 aufgrund einer Garantieabsprache behalten kann, wie nachfolgend zu zeigen ist.

bb) Im Zusammenhang mit der Vereinbarung der Garantie als solcher hat die Vorinstanz festgestellt, dass die Klägerin mit der Rückbehaltung ihrer im Zusammenhang mit einer Lieferung an die Ghiraf erbrachte Zahlung als Garantie einverstanden war. Dabei handelt es sich um eine tatsächliche Feststellung, an die das Bundesgericht im vorliegenden Verfahren gebunden ist. Insofern sich die Vorbringen der Klägerin gegen diese Feststellung richten, sind sie unbeachtlich.

Da die Parteien jedoch nicht regelten, unter welchen Bedingungen der Garantiefall eintritt, musste die Vorinstanz die Vereinbarung in diesem Bereich ergänzen. Die Vorinstanz hielt fest, dass anzunehmen sei, die Garantie solle dahin fallen, wenn die Endabnehmerinnen mit ihrer Vertragserfüllung in Verzug

geraten oder die Lieferungen nicht mehr vertragskonform erfolgen könnten. Da der Garantiefall eingetreten sei, habe die Beklagte die Garantiezahlung in Anspruch nehmen dürfen. Die Nicht- bzw. Schlechterfüllung als Garantiefall zu vereinbaren, erscheint als angemessene hypothetische Lösung, hätten die Parteien um die Vertragslücke gewusst.

Die Vertragsergänzung ist somit nicht zu beanstanden.

Es liegt weder eine Verletzung von Art. 18 OR noch von Art. 2 ZGB vor.

3.- Die Klägerin verlangte die Rückleistung der erbrachten Zahlung von Lit. 61'621'650. Wie vorne ausgeführt, war die Beklagte aufgrund des zwischen den Parteien vereinbarten Garantievertrages dazu berechtigt, die umstrittene Zahlung der Klägerin zu behalten. Für die Anwendung der Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung bleibt somit kein Raum.

4.- a) Die Klägerin macht im Weiteren eine Verletzung von Art. 8 ZGB geltend. Diese Bestimmung regelt zunächst die Verteilung der Beweislast. Durch die Rechtsprechung hat sie darüber hinaus jedoch die Bedeutung einer allgemeinen bundesrechtlichen Beweisvorschrift erhalten. Das Bundesgericht leitet aus Art. 8 ZGB als Korrelat zur Beweislast insbesondere das Recht der beweisbelasteten Partei ab, zum ihr obliegenden Beweis zugelassen zu werden (BGE 122 III 219 E. 3c; 118 II 365 E. 1; 114 II 289 E. 2a, je mit Hinweisen). Zu beachten ist aber, dass dieser bundesrechtliche Beweisführungsanspruch nur für rechtserhebliche Tatsachen besteht (BGE 122 III 219 E. 3c; 118 II 441 E. 1; 116 II 357 E. 2c) und voraussetzt, dass die beweisbelastete Partei im kantonalen Verfahren form- und fristgerechte Beweisanträge gestellt hat (BGE 114 II 289 E. 2a; 97 II 193 E. 3, mit Hinweisen) oder in dessen weiteren Verlauf noch hätte stellen können. Im Weiteren ist festzuhalten, dass Art. 8 ZGB dem Sachgericht nicht vorschreibt, mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären ist und wie die Beweise zu würdigen sind. Die Schlüsse, die das kantonale Gericht in tatsächlicher Hinsicht aus Beweisen und konkreten Umständen zieht, sind im Berufungsverfahren nicht

überprüfbar (BGE 122 III 219 E. 3c; 119 III 60 E. 2c, je mit Hinweisen). Art. 8 ZGB schliesst dabei auch die vorweggenommene Beweiswürdigung nicht aus. Es bleibt dem Sachgericht daher unbenommen, von beantragten Beweiserhebungen deshalb abzusehen, weil es sie zum vornherein nicht für geeignet hält, die behaupteten Tatsachen zu beweisen, oder weil es seine Überzeugung bereits aus anderen Beweisen gewonnen hat und es davon ausgeht, dass weitere Abklärungen am massgeblichen Beweisergebnis nichts mehr zu ändern vermöchten (BGE 122 III 219 E. 3c; 119 II 114 E. 4c, je mit Hinweisen).

b) Die Klägerin rügt, die Vorinstanz habe Art. 8 ZGB verletzt, da sie es unterlassen habe, den von der Klägerin beantragten Zeugen Mario Lolla, Geschäftsführer der Klägerin, zu befragen. Dieser hätte insbesondere zur Klärung der Frage beitragen können, wie die zwischen den Parteien geschlossene Vereinbarung vom 20. November 1997 zu verstehen ist. Die Vorinstanz kam aufgrund der eingereichten Beweismittel zur Überzeugung, die Parteien hätten die bedingte Auflösung ihrer Verträge beschlossen. Wenn sie nun auf die Einvernahme des beantragten Zeugen verzichtete, weil sie der Meinung war, dass dessen Aussage ihre Überzeugung nicht zu ändern vermöchte, so handelt es sich ebenfalls um vorweggenommene Beweiswürdigung, die im Berufungsverfahren nicht angefochten werden kann.

Im Weiteren bringt die Klägerin vor, auch die von der Beklagten genannten Zeugen hätten befragt werden sollen. Indes liegt auch in diesem Fall eine zulässige antizipierte Beweiswürdigung vor. Die Vorinstanz verzichtete auf die Einvernahme der Geschäftsführer der Beklagten, weil sie sich davon keine neuen Erkenntnisse versprach. Es liegt somit auch keine Verletzung von Art. 8 ZGB vor.

c) Die Klägerin macht zudem geltend, es sei überhaupt kein Beweisverfahren durchgeführt worden. Die Klägerin verkennt, dass ein Beweisverfahren nicht nur vorliegt, wenn Zeugen einvernommen oder Sachverständige befragt werden und eine öffentliche mündliche Verhandlung statt findet. Auch die eingereichten schriftlichen Unterlagen sind Beweismittel, aufgrund derer der Richter einen Entscheid fällen kann.

Es lässt sich auch hier kein Verstoss gegen Bundesrecht erkennen.

5.- Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Bezahlung einer Provision in der Höhe von Lit. 7'596'675. Die Vorinstanz hat diesbezüglich festgestellt, dass die Parteien zwar eine Gesamtprovision vereinbart haben, jedoch keine Regelung dargelegt sei für den Fall einer blossen Teillieferung. Die Abweisung des geltend gemachten Anspruchs mangels hinreichender Substantiierung ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

6.- Die Berufung ist abzuweisen soweit darauf eingetreten werden kann. Dem Verfahrensausgang entsprechend hat die Klägerin die Gerichtskosten zu tragen und der Beklagten eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 156 und 159 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 16. August 2000 wird bestätigt.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'500.-- wird der Klägerin auferlegt.

3.- Die Klägerin hat die Beklagte für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.-- zu entschädigen.

4.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Schwyz schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 8. Februar 2001

Im Namen der I. Zivilabteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin: