

indem er einen Kaufpreis von 5 Fr. pro Goldpeso forderte, und sich damit den Anschein gab, als sei er im Ernste der Meinung, dass auf solcher Basis wohl gehandelt werden könne.

Aus diesem Grunde braucht endlich auch auf die, insbesondere in den eingelegten Rechtsgutachten eingehend erörterte Frage nicht weiter eingetreten zu werden, ob die Beklagte den Vertrag gestützt auf Art. 24 OR anfechten könne; denn es trifft nach dem Gesagten Art. 28 OR zu, und der Vertrag erscheint daher für die Beklagte auch dann als nicht verbindlich, wenn ihr Irrtum kein wesentlicher war.

10. — Hinsichtlich der Widerklage fällt in Betracht:

a) Die Forderung von 31,704 Fr. 85 Cts., die den Kontokorrentsaldo per 1. Mai 1920 darstellt, ist an und für sich nicht bestritten, sondern nur die von der Beklagten in Rechnung gestellte Kommission von $\frac{1}{4}$ % auf 78,314 Fr. 90 Cts. (= 195 Fr. 80 Cts.). Der Einwand, es fehle an einer Vereinbarung, welche die Beklagte zu dieser Belastung berechtigen würde, hält jedoch nicht stich. Denn die Beklagte hat sich in den für den Kontokorrentverkehr aufgestellten allgemeinen Bestimmungen, denen sich der Kläger unterworfen hat, vorbehalten, ausser den Zinsen auch die jeweiligen festgesetzten Provisionen zu berechnen. Gegen den Ansatz von $\frac{1}{4}$ % und die Art und Weise der Berechnung der Kommission sind Einwendungen nicht erhoben worden; übrigens hat die Vorinstanz festgestellt, dass jener Ansatz bei einem ungedeckten Konto, wie dem vorliegenden, üblich sei.

b) Auch die Couponsforderung von 1165 Fr. 50 Cts. erscheint aus den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz als begründet. Da die Beklagte bei der Uebernahme der Coupons erklärt hat, sie schreibe dem Kläger das Produkt nur unter dem üblichen Eingangsvorbehalt gut, kann sie sich auf diesen Vorbehalt berufen, wenn die Coupons nicht eingelöst werden

konnten. Nun geht aus dem eingelegten Bordereau der Firma Tornquist & C^{te} vom April 1920 hervor, dass die Coupons der 4 $\frac{1}{2}$ % Anleihe mangels Einlösung zurückgesandt wurden, und aus der Zuschrift des Bankhauses A. Iselin & C^{te} in New-York vom 14. April 1920, dass das Inkasso der Coupons der 5 % Anleihe von 1909 wegen Verjährung nicht möglich war. Die Beklagte war deshalb berechtigt, die Gutschrift zu stornieren und die Coupons dem Kläger zur Verfügung zu stellen; sie hat auf dieses Recht nicht etwa dadurch verzichtet, dass sie mit jener Massnahme bis Ende August 1920 zugewartet hat.

c) Dass endlich der Beklagten für ihre Widerklageforderungen an den in ihrem Besitze befindlichen Wertchriften des Klägers ein Retentionsrecht zusteht, ergibt sich aus Art. 895 ZGB.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Dezember 1920 bestätigt.

85. Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. Dezember 1921

i. S. Kosmos A.-G. gegen Fleischer.

Berufung. Rechtsanwendbarkeit bei Distanzkauf; Parteilwillen und Erfüllungsort.

A. — Die Klägerin, Kosmos A.-G. in Mailand, kaufte Ende Januar 1920 durch Vermittlung des Attilio Boggiali in Mailand vom Beklagten Fleischer in Zürich eine grössere Partie Spielwaren; nach übereinstimmender Darstellung der Parteien erfolgte der Verkauf « loco Fürth » (Bayern), woselbst die Waren sich befanden. Der Preis wurde auf 24,738 Mk. 40 festgesetzt, und von der Klägerin am 29. Januar durch Scheck bezahlt.

Die Klägerin behauptet, sie habe den Kaufabschluss und die Zahlung des Kaufpreises an die Bedingung geknüpft, dass die Waren mittelst Postpaketen durch den Spediteur C. Reglin in Chiasso nach Mailand versendet werden. Nun seien aber die Spielwaren in der Originalverpackung in Kisten bei Reglin angekommen; dieser habe ihr am 23. März 1920 hievon Mitteilung gemacht, und sie aufgefordert, die Zoll- und Frachtspesen zu bezahlen. Da die Postpakete in Mailand nicht eingetroffen seien, habe sie mit Zuschriften vom 7. und 22. Juni 1920 dem Beklagten Frist bis Ende Juni 1920 angesetzt, um die 24,738 Mk. 40 zurückzuerstatten. Der Beklagte sei der Aufforderung nicht nachgekommen; trotz der wiederholten Zusicherungen, er werde die Waren in der nächsten Zeit abliefern, habe er auch die ihm am 13. September 1920 gesetzte, letzte Frist zur Lieferung bis Ende September unbenützt verstreichen lassen.

Am 6. Oktober 1920 gab deshalb die Klägerin die Erklärung ab, sie verzichte auf die Lieferung, und am 15. November 1920 leitete sie die vorliegende Klage ein, mit der sie vom Beklagten in erster Linie Rückerstattung der Zahlung von 24,738 Mk. 40 (zum Kurse vom 6. Oktober 1920) = 2597 Fr. 53 Cts, und überdies 7421 Mk. 50 für entgangenen Gewinn (30 % des Fakturabetrages), nebst 6 % Zins seit 30. Januar bzw. 30. September 1920, fordert.

B. — Durch Urteil vom 7. März 1921 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage gänzlich abgewiesen.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

Nach feststehender Praxis sind die der Regelung durch den Parteiwillen anheimgegebenen Wirkungen eines obligatorischen Rechtsgeschäfts, und insbesondere eines Kaufvertrags, nach demjenigen örtlichen Recht zu be-

urteilen, das die Parteien beim Geschäftsabschluss als massgebend betrachtet haben, oder dessen Anwendung sie doch vernünftiger- und billigerweise erwarten konnten und mussten; als mutmasslicher Parteiwille ist hiebei, sofern nicht überwiegende Gründe für eine gegenteilige Lösung sprechen, die Unterstellung unter das Recht des Erfüllungsorts anzunehmen (vgl. AS 44 II S. 417, sowie die Urteile des Bundesgerichts vom 7. Juni 1921 i. S. Papierfabrik Marly gegen Verband schweizerischer Farbstoffkonsumenten, und vom 13. Juli 1921 i. S. Fabrique de Chocolat de Villars gegen Beretta).

Im vorliegenden Falle nun war nach übereinstimmender Darstellung der Parteien Fürth Erfüllungsort; also hatte der Beklagte den Kaufgegenstand der Klägerin in Bayern zu übergeben, und nicht in der Schweiz. Es fragt sich allerdings, ob der Beklagte nicht über die ihm nach dem Kaufvertrag obliegenden Verbindlichkeiten hinaus die Pflicht übernommen habe, die Waren nach Mailand an die Klägerin zu versenden. Allein selbst wenn man eine solche Verpflichtung annehmen wollte, so würde doch höchstens die Anwendung des italienischen Rechts, als des Rechts des Bestimmungsortes, an Stelle des oder neben dem deutschen, als demjenigen des Erfüllungsortes, in Frage kommen. Nichts spricht aber dafür, dass trotz des ausländischen Erfüllungsorts und Bestimmungsortes die Parteien sich dem schweizerischen Recht haben unterwerfen wollen; der Umstand allein, dass der Beklagte in der Schweiz wohnte, gestattet diesen Schluss, zumal bei einem so gearteten Geschäft, nicht. Auch darf nicht entscheidend darauf abgestellt werden, dass im Prozess die Parteivertreter sich auf Bestimmungen des schweizerischen Rechts berufen haben (vgl. AS 46 II S. 488 und Urteil des Bundesgerichts vom 5. Juli 1921 i. S. Pirot gegen Eidenbenz).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.