

clusions N°s 1 et 2 de la demande sont admises. Pour le surplus et sous réserve des frais réglés comme dit ci-dessous, le jugement attaqué est confirmé.

### 30. Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Mai 1923

i. S. Deutsche Evaporator A.-G. gegen Bamberger, Leroi & C<sup>ie</sup> A.-G.

**K a u f :** Rechtsanwendung, örtliche, Grundsätze.

**Fixgeschäft :** Begriff. Art. 190 OR stellt für den kaufmännischen Verkehr die Vermutung auf, dass wenn ein bestimmter Lieferungstermin verabredet ist, die Parteien ein Fixgeschäft gewollt haben. Widerlegbarkeit dieser Vermutung.

A. — Die Klägerin, Deutsche Evaporator A.-G. in Berlin, verkaufte im November 1919 der Beklagten, A.-G. Bamberger, Leroi & C<sup>ie</sup> in Zürich, 1000 Badewannen, lieferbar zum Einheitspreis von 125 Fr., franko Zürich, Bern oder Basel innert 6 Monaten. Am 2. Januar 1920 verkaufte sie ihr weitere 1500 Badewannen franko verzollt Zürich, Basel, Bern oder Küsnacht zu 125 Fr. per Stück oder nach Wahl der Beklagten zum Einheitspreis von 110 Fr. f. o. b. Hamburg, lieferbar spätestens bis Ende des Jahres 1920. Hievon wurden später im Wege gütlicher Verständigung 200 Stück gestrichen. Bis Ende Oktober 1920 lieferte die Klägerin 794 Badewannen und im November und Dezember weitere 428 Stück; ferner will sie im Dezember 205 Stück zum Versand gebracht haben, sodass jedenfalls im Jahr 1920 873 Stück nicht mehr zur Ablieferung gelangten. Ausserdem hatte die Klägerin die 1000 Badewannen des ersten Vertrages nicht innert 6 Monaten geliefert, sondern es dauerte bis zum 16. Dezember 1920 bis die Beklagte aus diesem ersten Vertrag voll und ganz befriedigt war.

Als die Klägerin gegen Ende 1920 der Beklagten drei weitere Wagen avisierte, nämlich den Wagen Baden

Nr. 26,355 am 24. Dezember 1920, den Wagen Kassel Nr. 17,851 am 29. Dezember 1920 und den Wagen Hannover Nr. 12,856 am 31. Dezember 1920, schrieb die Beklagte am 31. Dezember 1920 und 6. Januar 1921 an Bosshardt, den Vertreter der Klägerin in St. Gallen, dass sie die Annahme dieser am 31. Dezember 1920 nicht mehr nach Zürich gelangten 205 Badewannen verweigere. Sie beharrte dabei trotz des Widerspruchs Bosshardts vom 15. Januar 1921 und liess die drei Fakturen im Gesamtbetrage von 25,625 Fr. an die Klägerin zurückgehen. Am 2. Mai 1921 schritt die Klägerin zur gerichtlich bewilligten Versteigerung der Wannen, wobei sie einen Erlös von netto 17,813 Fr. erzielte, d. h. pro Badewanne durchschnittlich 86 Fr. 90 Cts.

B. — Mit der vorliegenden Klage belangt sie die Beklagte in einem ersten Rechtsbegehren auf Zahlung von 8894 Fr. 70 Cts. nebst 6 % Zins seit 1. Mai 1921. Diese Summe berechnet sie wie folgt :

Differenz zwischen dem Fakturawert und dem Ganterlös . . . . .	Fr. 7811.20
Zinsen vom Fakturabetrage von 25,625 Fr. für die Zeit vom 1. Januar bis 1. Mai 1921 »	512.50
Standgelder für die 3 Wagen gemäss Aufstellung der S.B.B. . . . . »	567.—
Entschädigung für die Mithilfe bei der Versteigerung. . . . . »	4.—
	<hr/> Fr. 8894.70

Zur Begründung führt sie aus, die Beklagte habe die Abnahme der 3 Wagenladungen, — enthaltend 205 Wannen —, zu Unrecht verweigert, da es sich weder beim ersten Vertrag vom November 1919, noch beim zweiten vom Januar 1920 um ein Fixgeschäft handle. Eine mündliche Abmachung des Inhalts, dass die Beklagte nur die bis zum 31. Dezember 1920 in Zürich eingetroffenen Wannen abzunehmen habe, wie sie in ihrem Schreiben vom 23. Dezember 1920 behauptete, werde bestritten. Eventuell wäre die Klägerin nur verpflichtet

gewesen, dafür zu sorgen, dass die Badewannen bis zum 31. Dezember 1920 in Lüneburg der Bahn übergeben wurden, was geschehen sei.

In einem zweiten Rechtsbegehren verlangt die Klägerin überdies Verurteilung der Beklagten zur Abnahme und Bezahlung der restlichen 873 Badewannen, indem sie ihr auch hier das Recht zum einseitigen Vertragsrücktritt abspricht.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage; sie stellte sich im wesentlichen auf den Standpunkt, es handle sich bei dem einzig in Betracht fallenden Vertrag vom 2. Januar 1920 um ein Fixgeschäft. Zur Erfüllung hätte daher die Übergabe der Ware an die Bahnverwaltung des Versendungsortes nicht genügt, sondern es wäre dazu die Zurverfügungstellung der Wagenladungen in Zürich notwendig gewesen. Auch anlässlich einer Konferenz vom 23. Dezember 1920 sei ihr das Recht nicht streitig gemacht worden, alle Wannen zu refusieren, die nicht bis zum 31. Dezember 1920 in Zürich eintreffen würden. Eventuell bestritt die Beklagte das Quantitativ der klägerischen Forderung, insbesondere auch hinsichtlich der geltend gemachten Wagenstandsgelder, Zinsen und sonstigen Auslagen.

Gegenüber dem zweiten Rechtsbegehren berief sie sich ebenfalls auf den Fixgeschäftcharakter des streitigen Vertrages und machte das in Art. 190 OR statuierte Rücktrittsrecht geltend, weil die Klägerin das den Gegenstand dieses Begehrens bildende Lieferungsquantum am 31. Dezember 1920 nicht versandbereit gehabt habe. Die von der Beklagten erhobene Widerklage auf Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 20,000 Fr. Schadenersatz wegen Nichtlieferung, bezw. verspäteter Lieferung der Badewannen, ist in der Berufungsinstanz nicht mehr streitig.

C. — Mit Urteil vom 12. Oktober 1922 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage in Anwendung schweizerischen Rechts im Betrage von 5638 Fr. 80 Cts.

nebst 6 % Zins seit 1. Januar 1921 geschützt, die Mehrforderung und Widerklage dagegen abgewiesen.

D. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Begehren um Gutheissung der Klage in vollem Umfange.

E. — Gleichzeitig hat sie beim Kassationsgericht des Kantons Zürich auch eine Nichtigkeitsbeschwerde eingereicht mit der Begründung, dass das Handelsgericht gemäss § 100 ZPO nicht schweizerisches, sondern von Amtes wegen deutsches Recht hätte anwenden sollen, da der Ort des Vertragsschlusses Berlin und der Versendungsort Lüneburg sei, der mangels einer abweichenden Vereinbarung auch als Erfüllungsort zu gelten habe. Da der Begriff des Fixgeschäftes nach § 376 DHGB ein viel engerer sei als nach der schweizerischen Praxis, hätte das Handelsgericht bei Anwendung deutschen Rechts die Vertragserfüllung als rechtzeitig bezeichnen und daher die Klage in vollem Umfange schützen müssen. Das Kassationsgericht wies die Beschwerde mit Urteil vom 13. Februar 1923 als unbegründet ab.

F. — Auf Interpellation des Instruktionsrichters hin hat die Klägerin mit Eingabe vom 23. März 1923 die Erklärung abgegeben, sie berufe sich darauf, dass für die Beurteilung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses deutsches Recht angewendet werden müsse; eventuell nehme sie den Standpunkt ein, dass die Vorinstanz auch unter Anwendung schweizerischen Rechts zu Unrecht ein Fixgeschäft angenommen habe. Sie fechte daher das handelsgerichtliche Urteil in seinem ganzen Umfang an.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Die Berufungsklägerin behauptet in erster Linie, die Vorinstanz habe eidg. Recht dadurch verletzt, dass sie dasselbe überhaupt auf den vorliegenden Fall angewendet habe; denn das streitige Rechtsverhältnis werde nicht vom schweizerischen, sondern vom deutschen Recht

beherrscht. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass diese Beschwerde einen nach Art. 56 OG gültigen Berufungsgrund bildet. Denn obschon die eidg. Gesetze die örtliche Rechtsanwendung in Bezug auf obligationenrechtliche Verhältnisse nicht ausdrücklich regeln, ist gleichwohl festzuhalten, dass die Frage, wieweit sich das Anwendungsgebiet des eidg. Privatrechts, — insbesondere in örtlicher Beziehung, — erstrecke, ihrer Natur nach diesem angehört. Die theoretische Unterstellung der hier in Betracht fallenden Regeln unter den Begriff des internationalen Privatrechts, — und die damit in Zusammenhangstehende Auffassung desselben als quasi Emanation eines überstaatlichen Rechts, — vermag daran nichts zu ändern, dass dieselben für den einheimischen Richter nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar verbindlich sind, d. h. nur auf Grund der Tatsache, dass das einheimische Recht sie für sein Gebiet als massgebend oder wegleitend anerkennt, und nur in diesem Umfange. Die Ergänzung dieser im positiven Recht bestehenden Lücke hat im Wege der richterlichen Rechtsfindung nach den in Art. 1 ZGB aufgestellten Grundsätzen zu erfolgen.

2. — Mit den aus dem internationalen Privatrecht adoptierten Normen über die Anwendung der Gesetze in örtlicher Beziehung kann der in den kantonalen Prozessgesetzen enthaltene Grundsatz in Kollision treten, dass der Richter nicht gehalten ist, anderes Recht als das einheimische zu kennen, und daher berechtigt ist, das einheimische Recht auch da anzuwenden, wo der Natur der Sache nach, — d. h. eben gemäss den Grundsätzen des internationalen Privatrechts, — fremdes Recht anwendbar wäre. Dieser prozessrechtliche Grundsatz geht selbstverständlich den materiellen Rechtsanwendungsnormen vor. Die zürcherische Zivilprozessordnung sanktioniert ihn in § 100 in der Weise, dass der Richter das fremde Recht nur anzuwenden hat, wenn und soweit die Parteien den Inhalt desselben nachweisen. Auf diesen kantonalrechtlichen Grundsatz hat nun aber

die Vorinstanz ihre Entscheidung, dass das vorliegende Rechtsverhältnis nach schweizerischem Recht zu beurteilen sei, nicht begründet. Sie sieht von der Anwendung des deutschen Rechts nicht deshalb ab, weil es ihr nicht bekannt, oder nicht bekannt gegeben sei, sondern weil sie fand, dass es nach den als Inhalt des eidg. Rechts zu betrachtenden Regeln des internationalen Privatrechts über die örtliche Rechtsanwendung nicht anwendbar sei, sondern im Gegenteil das schweizerische Privatrecht. Danach beruht somit die Entscheidung der Vorinstanz auf der Anwendung der eidg. Rechtsanwendungsnormen und untersteht der Überprüfung des Bundesgerichts.

3. — Hiebei ist davon auszugehen, dass es sich bei der vorliegenden Streitsache um die Beurteilung der Rechtswirkungen eines obligatorischen Rechtsgeschäfts handelt, die ihrer Natur nach der Regelung durch den Parteiwillen unterliegen. Massgebend ist darnach gemäss feststehender Rechtsprechung, welchem Rechte die Parteien das Rechtsgeschäft bei dessen Abschluss haben unterstellen wollen oder der Sache nach voraussichtlich unterstellt haben würden, wenn sie an die Regelung dieser Frage damals gedacht hätten. Als allgemeine Regel wird dabei anerkannt, dass die Wahl des Rechts des Erfüllungsortes der Natur der Sache am ehesten entspreche; die bundesgerichtliche Praxis hat jedoch von jeher diese Annahme nicht als starres Prinzip betrachtet, sondern erhebliches Gewicht auf das Verhalten der Parteien überhaupt, speziell auch im Prozesse gelegt und in zahlreichen Entscheidungen darauf abgestellt, dass die Parteien sich im Prozess übereinstimmend auf schweizerisches Recht berufen haben, zumal sich auch aus den sonstigen Verumständungen ergab, dass ihr Wille wirklich schon bei Begründung des Rechtsgeschäftes dahin ging, vom Rechte des Erfüllungsortes abzusehen und das inländische Recht als massgebend anzuerkennen. Hiefür spricht hier die Tatsache, dass der

Kaufpreis in Schweizerwahrung vereinbart worden ist und in der Schweiz bei der Schweiz. Kreditanstalt Zürich zu bezahlen war. Ausserdem ist das inländische Recht auch das natürliche Recht der in der Schweiz domizilierten Beklagten, auf deren Verpflichtungen es vorliegend ankommt, und es fehlen jedenfalls hinreichende Gründe, welche ihr gegenüber die Anwendung eines andern Rechts als des *jus fori* rechtfertigen würden.

Wenn daher die Vorinstanz auf die Anrufung des schweizerischen Rechts durch die Parteien mit der Begründung abgestellt hat, dass diese Stellungnahme im Prozess mit den Akten nicht in Widerspruch stehe, so ist ihre Entscheidung gestützt auf die konstante Praxis des Bundesgerichts zu bestätigen. Die Klägerin ficht sie an, indem sie geltend macht, sie habe sich nicht auf schweizerisches, sondern auf deutsches Recht berufen. Soweit mit dieser Einwendung behauptet wird, die Vorinstanz habe die Erklärungen der Parteien in einer bundesgesetzliche Normen verletzenden Weise ausgelegt, ist sie nicht zu hören, da die Erklärungen der Parteien über das anzuwendende Recht nicht vom Privatrecht beherrschte Rechtshandlungen, sondern prozessuale Akte sind, deren Bedeutung und Zulässigkeit sich nach dem kantonalen Prozessrecht richtet. Vor Bundesgericht kann die Auslegung solcher Parteianbringen nur aus dem Gesichtspunkte der aktenwidrigen Feststellung angefochten werden. Für eine solche liegt jedoch nichts vor; insbesondere bedeutete, wie das Kassationsgericht zutreffend ausführt, die Berufung auf wissenschaftliche Werke deutscher Juristen und deutsche Gerichtsurteile noch nicht die Anrufung deutschen Rechts.

4. — Ist sonach die Beschwerde, dass die Vorinstanz zu Unrecht schweizerisches statt deutsches Recht angewendet habe, abzuweisen, so ist weiter zu prüfen, ob das Handelsgericht das schweizerische Recht materiell richtig zur Anwendung gebracht habe und zwar insofern, als es ein Fixgeschäft angenommen hat. Die Entscheidung

dieser Frage hängt zunächst davon ab, ob für die streitigen Lieferungen der erste Vertrag vom November 1919 oder ausschliesslich der zweite vom Januar 1920 massgebend sei. Mit der Vorinstanz ist letzteres anzunehmen. Die beiden Verträge können wohl wirtschaftlich als zusammengehörend betrachtet werden; allein rechtlich besteht jeder derselben selbständig für sich. Denn einmal bezieht sich der Inhalt der beiden zeitlich auseinander fallenden Verträge nicht auf den gleichen Gegenstand, sondern bloss auf Ware gleicher Gattung und Art, und sodann bestehen verschiedene Bestimmungen hinsichtlich der Art und Zeit der Ablieferung. Da im ersten Vertrage ein bestimmter Lieferungsstermin überhaupt nicht vereinbart worden ist, lässt daher die Abwicklung desselben irgend einen Rechtsschluss auf die Bedeutung der Lieferungsabrede im zweiten Vertrage nicht zu.

5. — Der darnach einzig massgebende Vertrag vom 2. Januar 1920 enthält die Klausel, dass die Lieferung der 1500 Badewannen «spätestens bis Ende 1920» zu erfolgen habe, und es frägt sich daher, ob damit ein bestimmter Lieferungsstermin im Sinne von Art. 190 OR verabredet worden sei. Hierüber ist folgendes zu bemerken: Für die Ermittlung des Begriffes des Fixgeschäftes ist auf Art. 108 Ziff. 3 OR abzustellen. Diese Bestimmung regelt die Frage, unter welchen Umständen eine vertragliche Zeitbestimmung im Verzugsfalle die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung unnötig macht und der blosser Verzug dem Gläubiger das Recht auf Ablehnung der Realerfüllung und die damit verbundenen Rechte (Art. 107 Abs. 2) gibt, also die Frage, unter welchen Umständen der Zeit jene für die richtige Erfüllung wesentliche Bedeutung zukomme. Nach der vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung festgehaltenen Auslegung ist ein Fixgeschäft dann anzunehmen, wenn die Erfullungszeit hinsichtlich einer vertraglichen Leistung zu einem wesentlichen Vertragsbestandteil erhoben ist, wenn also der Vertrag nur durch

Vornahme der Leistung zur genau bestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist erfüllt werden kann, m. a. W. das Geschäft nach der Willensmeinung der Parteien mit der Einhaltung des Erfüllungstermins stehen und fallen soll. Nach bekannter Regel hat dabei derjenige, der sich auf den Fixgeschäftscharakter des Vertrages im Sinne von Art. 108 Ziff. 3 OR beruft, zu beweisen, dass der Vereinbarung eines bestimmten Leistungstermins nach dem Parteiwillen diese Bedeutung zukam.

Von dem allgemeinen Grundsatz des Art. 108 OR weicht nun das Gesetz in Art. 190 OR insofern ab, als es für den kaufmännischen Verkehr die Vermutung aufstellt, dass wenn ein bestimmter Lieferungstermin verabredet ist, die Parteien ein Fixgeschäft gewollt haben (vgl. AS 46 II S. 166 und dort. Zit.). Nach Art. 190 OR hat also der Käufer nur darzutun, dass ein kaufmännischer Verkehr vorliege und vertraglich ein festbestimmter Lieferungstermin verabredet worden sei, gestützt auf welche beiden Tatsachen die Vermutung für das Bestehen eines Fixgeschäftes Platz greift. In welcher sprachlichen Ausdrucksweise dabei der Leistungstermin bestimmt wird, ist völlig unerheblich; erforderlich ist nur, dass der Zeitpunkt, in welchem oder bis zu welchem geliefert werden muss, mit der getroffenen Abrede in einer Weise zum Ausdruck gebracht ist, dass keinerlei Zweifel darüber bestehen können. Die in Art. 190 OR enthaltene Vermutung ist jedoch widerlegbar; sie kann entkräftet werden durch den Nachweis, dass der Parteiwille nicht auf den Abschluss eines derartigen Geschäftes ging, die Parteien also den vereinbarten Erfüllungstermin nicht als wesentlich betrachteten, oder dass sie denselben nachträglich wieder aufgegeben, — sei es ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen —, und so das Fixgeschäft in ein Mahngeschäft umgewandelt haben.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden

Fall an, so kann zunächst keinem Zweifel unterliegen, dass es sich hier um einen kaufmännischen Verkehr handelt. Andererseits ist aber auch die Voraussetzung eines bestimmten Lieferungstermins erfüllt, indem mit der vertraglichen Vereinbarung: lieferbar « spätestens bis Ende 1920 » als Endtermin der Erfüllungszeit in zweifelsfreier Weise der 31. Dezember 1920 bestimmt ist. Dass die Parteien trotz dieser Verabredung ein Fixgeschäft nicht gewollt haben, hat die Klägerin nicht dargetan, sodass daher die gesetzliche Vermutung für ein solches nicht zerstört ist.

6. — Nach den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz, auf die hier verwiesen werden kann, ist für die Frage der Rechtzeitigkeit der Lieferung entscheidend auf den Zeitpunkt der Übergabe der Wannen an die Bahn in Lüneburg, als dem für die Verpflichtungen der Klägerin massgebenden Erfüllungsort abzustellen. Nach der verbindlichen Feststellung im angefochtenen Urteil nun hat die Klägerin den Lieferungstermin hinsichtlich der beiden Wagen Baden Nr. 26 355 und Kassel Nr. 17,851 eingehalten, bezüglich des dritten Wagens Hannover dagegen überschritten, sodass grundsätzlich die Abnahmepflicht der Beklagten für die auf jene beiden ersten Wagen entfallenden 148 Badewannen bestand.

7. — Für das zweite Rechtsbegehren, worin die Klägerin Abnahme von weiteren 873 Badewannen verlangt entfällt mit der Annahme eines Fixgeschäftes jede Grundlage, da die Abnahmepflicht der Beklagten mit dem 31. Dezember 1920 erloschen ist.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 12. Oktober 1922 bestätigt.