

10. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung

vom 5. März 1923

i. S. Jucker-Petitpierre gegen Schmid & C^o.

Kauf durch Stellvertreter. Anwendbares Recht :

1. für die Frage des Abschlusses durch Stellvertretung ;
2. für die Frage der Mängelrüge. Ad 1 ist massgebend das Recht des Ortes des Abschlusses durch den Stellvertreter ; ad 2 das Recht des Erfüllungsortes : « Lieferung franko Mailand » stempelt Mailand zum Erfüllungsort.

A. — Am 10. Juli 1916 befand sich der « Gerente » der Fabbriche Osnago di Schmid & C^o, namens Christian Schmid, in Zürich. Der Beklagte Jucker-Petitpierre verkaufte ihm an diesem Tag eine Partie Farbstoff zum Färben von Seide ; er bestätigte diesen Verkauf mit folgender, vom 10. Juli 1916 datierter Zuschrift :

« Signor Christian Schmid, Gerente della Fabbrica » Osnago di Schmid & C^o, Milano, via Morigi 8.
 » Oggi vi vendo 150 kg di Nero diretto a franchi svizzeri 40. — al kg, franco Milano. Resa (d. i. : Ergebnis » oder Ausbeute) 4½% (m. a. W. 4½ kg sollten zum » Färben von 100 kg Seide oder Baumwolle genügen).
 » Se la merce non è arrivata sino al 25 di luglio, mi » impegno di rimborsarvi la somma pagatami. »

Der genannte Christian Schmid scheint sich hierauf nach Wil begeben zu haben ; am 12. Juli schrieb ihm der Beklagte dorthin (p. adr. Gebr. Egli Wil/St. Gallen), er könne ihm 50 kg Baumwollschwarz Direkt, zum Preis von 40 Fr. per kg offerieren ; wenn er diese 50 kg kaufe, so möge er den Check mit demjenigen für die anderen 150 kg überweisen.

Christian Schmid bestätigte am 13. Juli von Wil aus den Ankauf der 150 kg Seidenschwarz wie folgt :

« Nero diretto seta. Sta bene il mio acquisto di kg 150 » a franchi 40. — il kg merce resa franco Milano sdoganata col vostro impegno che la percentuale occor-

» rente onde ottenere una tinta perfetta non deve oltre-
 » passare il 4½% ed inteso che se la merce non dovesse
 » corrispondere a questo requisito o se non dovesse
 » giungere entro il 25 luglio a Milano voi vi impegnate
 » di riprenderla, rimborsandoci l'importo che staremo
 » per sborsarvi » ; gleichzeitig ersuchte er um Angabe des Färbungsergebnisses (resa) für die weiter offerierten 50 kg Baumwollschwarz.

Die Antwort des Beklagten an Christian Schmid, vom 14. Juli lautete, der Preis für Direkt Baumwollschwarz betrage 40 Fr. per kg franko Mailand verzollt, die Rendite sei zirka 4½%, nach Bezahlung der Ware könne er dieselbe in 14 Tagen in Mailand abliefern.

Hierauf sandte Christian Schmid am 16. Juli dem Beklagten einen Check von 8000 Fr. zur Begleichung des Kaufpreises für die 150 kg Seidenschwarz und die 50 kg Baumwollschwarz und bemerkte dazu : « Wollen Sie, » bitte, besorgt sein, dass diese Ware sofort zum Versand » kommt, und indem ich hoffe, dass dieser Anfang zu » weiteren günstigen Geschäften führen werde, zeichne..... » Chr. Schmid. » Am Fuss steht (handschriftlich) : « zu Handen der Fabbriche Osnago di Schmid & C^o, » Milano » ; der Briefkopf lautet : « Chr. Schmid di » Fabbriche Osnago c/o. Gebr. Egli, Wil/St. Gallen. »

Am 19. Juli teilte der Beklagte dem Christian Schmid (nach Wil) mit, er habe ihm die 8000 Fr. gutgeschrieben, und schicke ihm inliegend Faktura für die gekaufte Ware : « ich sende dieselbe nach Mailand an Ihre Adresse » Via Morigi 8 und denke, dass das richtig ist. » (Die Faktur ist adressiert an « M. Christian Schmid, Wil »). Gleichzeitig meldete der Beklagte dem Christ. Schmid, er lasse mit den anderen Farben noch 50 kg Direkt-Blau abgehen, der Preis sei derselbe von 40 Fr. per kg, er solle telegraphieren, ob er für diese 50 kg Abnehmer sei, und gegebenenfalls den Kaufpreis sofort einsenden.

Am 22. Juli überwies darauf Christian Schmid (von Wil aus) dem Beklagten weitere 2000 Fr. « als Gegen-

» wert für 50 kg Direkt-Blau 3 bis 3½% à 40 Fr. per kg,
 » die Sie uns zu den gleichen Bedingungen, wie das
 » vorher gekaufte Direkt-Schwarz abgetreten haben. »
 Auch die Faktur für diese 50 kg Blau lautet auf :
 « M. Christian Schmid, Wil. »

B. — Die verschiedenen Farbstoffe, die in 5 Fässer verpackt waren, langten am 8. August 1916, mit einer Verspätung von 14 Tagen, in Mailand an. Die Spediteure Fischer & Rechsteiner lieferten sie an diesem Tage an die « Ditta Christian Schmid, Via Morigi 8 » aus.

Am 11. August 1916 schrieben die Fabbriche Osnago di Schmid & C° in Mailand an den Beklagten, am 8. August seien endlich, mit einer Verspätung von 15 Tagen, die 5 Fass Farben angekommen, welche sie vom Beklagten gekauft haben; laut dessen Briefen vom 10., 12., 14. und 19. Juli, « confermate dal nostro gerente Signor Christian Schmid, rispettivamente in data 13, 16 e 22 luglio da Wil. » Die vorgenommenen Proben hätten aber ergeben, dass die Ware nicht das sei, wofür der Beklagte sie verkauft habe (was näher ausgeführt wird). Der Beklagte werde deshalb aufgefordert, die einbezahlten 10,000 Fr. (8000 Fr. + 2000 Fr.) zurückzuerstatten, nebst Lire 33.25, die für den Transport Luino-Mailand an Fischer & Rechsteiner haben bezahlt werden müssen.

Mit Brief vom 18. August 1916 an die « Ditta Fabbriche Osnago, Milano, via Morigi 8 » erwiderte der Beklagte, er verstehe nichts von der Reklamation, er verkaufe alle Tage Farben, und habe nie eine Reklamation gehabt.

Am 23. August schickten die Fabbriche Osnago dem Beklagten 3 Farbenmuster, auf Grund welcher er die Berechtigung ihrer Reklamation vom 11. August erkennen möge.

Unterm 6. September forderten sie neuerdings die 10,000 Fr. zurück, zuzüglich Zinsen seit 2 Monaten.

C. — Da die weitere Korrespondenz zu keiner Ver-

ständigung führte, leiteten die Fabbriche Osnago di Schmid & C° am 16. März 1917 beim Friedensrichteramt Zürich die vorliegende Klage ein, mit der sie die Rückerstattung des Kaufpreises von 10,000. Fr. sowie Zahlung von Schadenersatz im Betrag von 5000 Fr., nebst 6 % Zins seit 25. Juli 1916 verlangen.

D. — Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, indem er in erster Linie die Aktivlegitimation der Klägerin bestritt.

E. — Nach durchgeführtem Beweisverfahren hat das Bezirksgericht Zürich mit Urteil vom 12. Oktober 1921 den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 15,000 Fr. nebst 5 % Zins seit dem 25. Juli 1916 zu bezahlen.

F. — Auf Appellation des Beklagten hat das Obergericht des Kantons Zürich unterm 3. Juni 1922 das bezirksgerichtliche Urteil dahin abgeändert, dass es den Beklagten verpflichtete, an die Klägerin zu bezahlen :

1. 10,000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 25. Juli 1916, wogegen die Klägerin dem Beklagten die gekaufte Ware zur Verfügung zu stellen habe ;

2. 6455 Lire, nebst 5 % Zins seit 25. Juli 1916 als Schadenersatz.

G. — Gegen dieses Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag, die Klage sei gänzlich abzuweisen.

H. — (Anschlussberufung).

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation ist nach schweizerischem Recht zu beurteilen, trotzdem es sich um Verträge handelt, die in Italien zu erfüllen waren. Denn nach dem Recht des Erfüllungsortes (als demjenigen Recht, welchem die Parteien voraussichtlich ihr Vertragsverhältnis unterstellt haben würden, wenn sie daran gedacht hätten, hierüber etwas zu bestimmen) beurteilen sich nach der Praxis des Bundesgerichts lediglich die Wirkungen des Rechtsgeschäfts,

welche das Gesetz der Parteiwillkür anheimstellt. Die Frage, ob der Beklagte durch die Verträge, die er mit Christian Schmid abgeschlossen hat, nicht diesem als seinem Gegenkontrahenten, sondern einem anderen Rechtssubjekt — der Klägerin — verpflichtet worden sei, muss sich in erster Linie nach den Rechtssätzen beurteilen, welche über die Stellvertretung in demjenigen örtlichen Rechtsgebiete gelten, wo der Vertragsschluss durch den Stellvertreter stattgefunden hat. Der Beklagte ist daher der Klägerin gegenüber durch die mit Christian Schmid abgeschlossenen Kaufverträge nur unter den Voraussetzungen, und in dem Umfang verpflichtet worden, als das BG über das OR die Entstehung einer Berechtigung oder Verpflichtung des Vertretenen an die rechtsgeschäftliche Handlung des Vertreters knüpft. Die Entscheidung der Vorinstanz über die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation der Klägerin untersteht somit der Nachprüfung des Bundesgerichts.

Diese Entscheidung ist jedoch ohne weiteres zu bestätigen. Wenn auch in den den Vertragsschluss herbeiführenden und begleitenden schriftlichen Willenserklärungen der Kontrahenten die Klägerin nicht ausdrücklich genannt ist, und auch nicht dargetan ist, dass Christian Schmid sich mündlich als Vertreter der Klägerin bezeichnet habe, so ist dem Beklagten dieses Vertretungsverhältnis deutlich zu erkennen gegeben worden durch die Mitteilung der Klägerin vom 11. August 1916, dass sie die von ihm gekaufte Ware erhalten habe, sowie durch die damit von der Klägerin selbst, in ihrem eigenen Namen, erhobene Mängelrüge, und die gesamte weitere Korrespondenz. Der Beklagte hat keineswegs entgegnet, dass diese Sendung die Klägerin nichts angehe, dass sie keine Mängelrüge zu erheben und den bezahlten Kaufpreis nicht zurückzuverlangen habe, sondern er ist vorbehaltlos auf die Reklamation eingetreten. Damit hat er kundgegeben, dass er die Klägerin als Käuferin anerkenne.

2. —

3. — Die Klägerin stellt als tatsächliches Fundament ihrer Klage die Behauptung auf, der Beklagte habe ihr mangelhafte Ware geliefert, und sie zieht daraus die rechtliche Folgerung, dass er zur Wandelung verpflichtet sei, ihr also den ausgelegten Kaufpreis samt Zinsen zurückzuerstatten, und ausserdem den aus der mangelhaften Erfüllung entstandenen Schaden zu vergüten habe.

Bei der Frage, ob und welche Gewähr der Beklagte als Verkäufer für die zum Zweck der Vertragserfüllung erfolgte Lieferung zu leisten habe, handelt es sich um die Rechtswirkungen der zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträge. Diese unterstehen demjenigen Recht, welches die Parteien als massgebend vereinbart oder vorausgesetzt haben; und wenn ihr Wille oder ihre Vertragsmeinung nicht klargestellt ist, so gilt nach feststehender Praxis das Recht des Erfüllungsortes (vergl. BGE 47 II S. 551; 48 II S. 393).

Das Recht des Erfüllungsortes ist aber für die beiden streitigen Kaufverträge das italienische. Nach Art. 74 OR wird der Ort der Erfüllung durch den Willen der Parteien, wo zu erfüllen sei, bestimmt, und zwar gleichviel, ob dieser Wille ausdrücklich kundgegeben oder lediglich aus den Umständen zu ermitteln sei; war nichts anderes bestimmt, so gilt nach Abs. 2 Ziff. 3 des nämlichen Artikels, dass solche Verbindlichkeiten an dem Orte zu erfüllen sind, wo der Schuldner zur Zeit ihrer Entstehung seinen Wohnsitz hatte. Zu Unrecht schliesst die Vorinstanz hieraus, dass Erfüllungsort Zürich, als Wohnort des Beklagten sei. Denn jene Regel des Art. 74 Abs. 2 gilt, wie aus der Fassung dieses Artikels hervorgeht, nur subsidiär: in erster Linie fragt es sich, ob die Parteien nicht eine Vereinbarung über den Erfüllungsort getroffen haben; und wenn das der Fall ist, so gilt diese und geht der genannten subsidiären Regel vor. Nun haben die Parteien Lieferung

« franko Mailand » vereinbart, und zwar sollte der Beklagte nicht nur die Transportkosten bis Mailand tragen, sondern auch die Ware dort abliefern. Die Klägerin sollte sie nicht in Zürich abnehmen, sondern in Mailand ; so schrieb der Beklagte am 14. Juli 1916 an Christian Schmid, nach Bezahlung der Ware könne er ihm dieselbe in 14 Tagen in « Mailand » abliefern, und es wurde in den Vertrag die Bedingung aufgenommen, dass der Käufer zurücktreten könne, wenn die Ware nicht bis zum 25. Juli 1916 in Mailand eintreffen sollte.

Ist aber als Erfüllungsort Mailand anzusehen, dann beurteilen sich nach dem Gesagten die im vorliegenden Prozess streitigen Fragen, ob der Beklagte für die Mängel, welche die Klägerin geltend macht, Gewähr zu leisten habe, eventuell in welchem Umfange und in welcher Art : ob er zur Wandelung verpflichtet sei, oder bloss zu einer Preisminderung, und ob und inwieweit er noch Schadenersatz wegen nicht gehöriger Lieferung zu leisten habe, nach italienischem Recht. Das Bundesgericht ist daher zur Überprüfung der Entscheidung der Vorinstanz in allen diesen Punkten nicht zuständig. Es ist demzufolge auch nicht kompetent, die Frage zu prüfen, an welche Diligenzien seitens des Käufers die Gewährleistungspflicht des Beklagten gebunden sei, weshalb auch die Frage der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge sich der bundesgerichtlichen Beurteilung entzieht.

- 4. —
- 5. —

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Hauptberufung wird abgewiesen.

11. Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. März 1923
i. S. Schlittler gegen Niederer & C^{ie}.

- K a u f :** Schadenersatzpflicht des Verkäufers bei Nichterfüllung. Rechtsanwendung. (Erw. 1.)
- A r t. 191 Abs. 3 OR :** 1. Die Einwendung gegen die abstrakte Schadensberechnung, ein Schaden sei nicht entstanden, ist erheblich. Prüfung derselben. (Erw. 2.)
- 2. Begriff des Marktpreises. Nachweis effektiver Abschlüsse ist nicht erforderlich ; bei Verzug des Verkäufers genügt Verkäuflichkeit der Ware. — Expertise, Stellung des Bundesgerichts. (Erw. 3.)
- A r t. 99 und 43 OR :** Herabsetzung der Ersatzpflicht ; Kriterien (Erw. 4.)

A. — Der Kläger H. Schlittler in New York, früherer Teilhaber der Firma Ramig & Schlittler, machte im Oktober-November 1919 bei den Beklagten Niederer & Co., mit denen die genannte Firma längere Zeit in Geschäftsverbindung gestanden hatte, Bestellungen für Garn zum Gesamtpreise von 454,482 Fr. 50 Cts., lieferbar gemäss besonderer Aufstellung vom Dezember 1919 bis April 1920. Die Beklagten bestätigten die verschiedenen Bestellungen am 6., 10. und 17. November 1919 und nahmen auch eine Zusammenstellung des Klägers vom 4. Dezember 1919 über die von ihnen angenommenen Bestellungen widerspruchslos hin.

Als die Beklagten in der Folge auf wiederholte Mahnungen des Klägers ausweichend antworteten und mit Schreiben vom 21. Februar 1920 ihrer Auffassung dahin Ausdruck gaben, « dass feste und verbindliche Kontrakte nicht vorliegen », da eine Einigung über eine Reihe wichtiger Punkte noch nicht erzielt sei, liess ihnen der Kläger am 8./16. März eine Nachfrist bis 15./25. März 1920 mit der Androhung ansetzen, dass er bei fruchtlosem Ablauf auf die nachträgliche Erfüllung verzichten und Schadenersatz verlangen werde. Gemäss dieser Androhung gab er mit Schreiben vom 26. März 1920 die Verzichtserklärung unter Wahrung