

31. Urteil vom 3. April 1903

in Sachen **Höb & Cie.**, Bekl., W.-Kl. u. Ver.-Kl., gegen
Simon und Secking, Kl., W.-Bekl. u. Ver.-Bekl.

Kauf. — Oertliche Anwendung des Rechtes. — Verzug des Verkäufers beim Distanzkauf. — Rücktritt des Käufers. — Art. 117, Abs. 1, 122 O.-R.

A. Durch Urteil vom 1. Dezember 1902 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich erkannt:

„Die Beklagte ist schuldig, der Klägerin zu bezahlen:

„1110 Mark nebst 5 % Zins vom 30. August 1902 an;

„1110 Mark nebst 5 % Zins vom 11. September 1902 an.

„Die Widerklage wird abgewiesen.“

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte und Widerklägerin rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen:

1. Die Hauptklage sei gänzlich abzuweisen.

2. Die Widerklage sei gutzuheissen in dem Sinne, daß die Widerbeklagte verpflichtet werde, der Widerklägerin 107 Fr. 5 Cts. nebst 5 % Zins vom 23. August 1902 an zu bezahlen und ihr ferner die bei Thurnheer & Fluck bereits aufgelaufenen, und noch auflaufenden Lagerspesen zu bezahlen, sowie das für diese Forderung an dem Wollgarn bestehende Retentionsrecht anzuerkennen.

3. (Kosten.)

4. Eventuell sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Aktenvervollständigung und neuen Urteilsfällung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Weiter eventuell, d. h. bei grundsätzlicher Gutheissung der Hauptklage, sei der Preisminderungsanspruch im Betrage von 540 Mark zu schützen und die Klageforderung somit um diese Summe zu reduzieren.

C. Die Klägerin trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch Urteil des Handelsgerichtes Zürich vom 28. April 1902 war die Beklagte verpflichtet worden, einen von der Klägerin behaupteten, von jener aber nicht als perfekt geworden anerkannten Kaufvertrag vom Februar 1901 über 1200 englische Pfund Wollgarn $\frac{2}{36}$ West roh à 0,85 Mark per Pfund, Farblohn 70 Pfennig per Kilogramm, zu halten, die Ware sofort zu beziehen und drei Monate à dato der Faktur zu bezahlen. Am 2. Mai 1902 erhielt die Beklagte durch den klägerischen Anwalt eine vom 29. April datierte Faktur, worin die Klägerin mitteilte, sie nehme die 1200 Pfund „zur Disposition der Beklagten auf Lager.“ Die Beklagte erklärte mit Antwort vom 3. Mai, sie unterziehe sich dem handelsgerichtlichen Urteil, protestierte aber gegen die Rückdatierung der Faktur auf den 29. April und verlangte sofortige Lieferung sämtlicher 1200 Pfund, und zwar in ungefärbtem Zustande, unter der Androhung, daß die Klägerin sonst in Erfüllungsverzug gerate. Als eine Rückäußerung der Klägerin auf diesen Brief nicht einging, schrieb ihr die Beklagte am 10. Mai, sie konstatiere, daß die Klägerin in Erfüllungsverzug geraten sei, und erneuere die Aufforderung zum sofortigen Versand der 1200 Pfund, in der Meinung, daß wenn die Beklagte nicht bis zum 24. Mai im Besitze der Ware sei, der Kauf als aufgehoben zu gelten habe. Am 14. Mai teilte der Anwalt der Klägerin der Beklagten mit, seine Klientschaft werde die 1200 Pfund „in diesen Tagen abgehen lassen“; auch werde sie die Waren neu fakturieren. Und mit Brief vom 16. gleichen Monats protestierte derselbe gegen die Fristansetzung als ungerechtfertigt und unangemessen; die übliche Frist „in dieser Branche“ betrage sechs Wochen; erst nach Ablauf dieser Zeit dürfe Nachfrist gesetzt werden. Gleichzeitig übersandte er der Beklagten ein Muster. Die Beklagte hielt mit Schreiben vom 17. Mai an ihrer Fristansetzung fest. Da das bestellte Garn bis zum 27. Mai nicht eintraf, erklärte die Beklagte den Kauf mit Brief vom genannten Tage als aufgehoben. Dessenungeachtet übersandte die Klägerin am 3. und 16. Juni Faktur über 609 resp. 600 Pfund Wollgarn. Die erste Sendung kam am 13. oder 14. Juni in Zürich an; das Datum der Ankunft der zweiten Sendung ist nicht ersichtlich. Beide Sen-

bungen gingen zunächst auf das Lager der Expeditionsfirma Thurn-
 heer & Fluck in Zürich. Später nahm die Beklagte die Sen-
 dungen, jedoch unter ausdrücklicher Wahrung ihres Standpunktes,
 daß sie den Kauf als aufgelöst betrachte, in Empfang und ließ
 sie untersuchen. Gestützt auf das Ergebnis der Proben stellte sie
 dann die Waren am 26. Juni 1902 auch noch wegen mangel-
 hafter Beschaffenheit zur Verfügung. Infolgedessen erhob die Klä-
 gerin die vorliegende Klage, die auf Zahlung des Kaufpreises
 geht. Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und auch
 im Prozesse vorerst den Standpunkt eingenommen, der Kauf sei
 wegen verspäteter Lieferung, Lieferungsverzuges, als aufgehoben
 zu betrachten; eventuell hat sie die Wandelungseinrede, weiter
 eventuell die Minderungseinrede erhoben. Die Vorinstanz hat,
 wie aus Fakt. A ersichtlich, alle diese Einreden unbegründet ge-
 funden. Hiegegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit den
 aus Fakt. B ersichtlichen Anträgen.

2. Mit Bezug auf die — von Untes wegen zu prüfende —
 Frage des anzuwendenden Rechtes ist lediglich zu bemerken, daß
 zwar Erfüllungsort nach dem Vertrage Barmen war, daß aber
 weder die Parteien noch die Vorinstanz je deutsches Recht ange-
 rufen haben. Da sonach die Parteien offenbar übereinstimmend
 das schweizerische Recht als anwendbar erachten — zumal die
 Klägerin in der Antwort auf die Berufungsschrift nicht Anwen-
 dung des deutschen Rechtes verlangt hat — ist nach bekanntem
 Grundsatz das schweizerische Recht auch wirklich anwendbar und
 ist somit die Kompetenz des Bundesgerichtes gegeben.

3. Mit Bezug auf den ersten Standpunkt der Beklagten spricht
 sich das angefochtene Urteil wie folgt aus: Es könne dahinge-
 stellt bleiben, ob die Verpflichtung der Klägerin, zu liefern, am
 3. Mai fällig gewesen sei, oder ob von da an noch eine Liefer-
 frist von sechs Wochen bestanden habe. Wenn ersteres zutrefte,
 so würde die Klägerin allerdings mit Ablauf der für den Trans-
 port der Ware von Barmen nach Zürich nötigen Zeit in Er-
 füllungsverzug geraten sein. Diese Zeit sei zu berechnen vom
 Empfange des Schreibens der Beklagten vom 3. Mai, also vom
 4. Mai an, und dauere 8—12 Tage. Dagegen trete der Verzug
 nicht schon damit ein, daß die Klägerin die Ware nicht sofort

abgesandt habe. Der Verzug könne danach frühestens am 12. Mai
 eingetreten sein; am 10. Mai sei die Klägerin noch nicht im
 Verzuge gewesen; die Ansetzung der Nachfrist im Sinne des Art.
 122 O.-R. an jenem Tage sei daher unzulässig gewesen. Ent-
 gegen der im Entscheide des Bundesgerichtes, Amtl. Samml.,
 Bd. XV, Nr. 118 Erw. 4, ausgesprochenen Ansicht müsse ver-
 langt werden, daß der Fristansetzung eine gültige Mahnung voraus-
 gehe und daß bei der Fristansetzung der Verzug des andern Teils
 schon eingetreten sei; das sei aber nach dem gesagten nicht der
 Fall gewesen. Übrigens müßte der Standpunkt der Beklagten auch
 dann verworfen werden, wenn zuzugeben wäre, daß eine Frist-
 ansetzung im Sinne des Art. 122 auch schon vor eingetretenem
 Verzuge erfolgen könne. Denn alsdann dürfe bei Prüfung der
 Frage, ob die Nachfrist eine „angemessene“ sei, der vor Eintritt
 des Verzuges abgelaufene Teil der Frist nicht mitgerechnet wer-
 den. Da nun der Verzug erst am 16. Mai (12 Tage nach dem
 4. gleichen Monats) eingetreten sei, könne die Zeit von da bis zum
 24. gleichen Monats nicht als angemessene Frist bezeichnet werden.

4. Zu diesen Ausführungen der Vorinstanz ist folgendes zu
 bemerken: Die Verpflichtung der Klägerin, als Verkäuferin bei
 einem Distanzkauf, ging nach dem Inhalte des Vertrages dahin,
 die Ware zu versenden. Und zwar hatte hiebei ursprünglich der
 Käufer (die Beklagte) das Recht und die Pflicht des Abrufes.
 Im früheren Prozesse vor Handelsgericht hat jedoch die Klägerin
 ausdrücklich sofortige Abnahme der Ware verlangt, und diesem
 Begehren ist durch das Urteil auch entsprochen worden. Diesem
 damit anerkannten Rechte der Klägerin, sofortige Abnahme zu
 verlangen, steht das Recht der Beklagten auf sofortige Lieferung
 und die diesem Rechte entsprechende Pflicht der Klägerin zur so-
 fortigen Lieferung gegenüber. Schon aus diesem Grunde kann
 die Klägerin nicht geltend machen, es sei ihr durch Vertrag und
 gemäß Handelsgebrauch noch eine sechswochentliche Lieferfrist ein-
 geräumt gewesen. Abgesehen davon, daß die Klägerin diesen
 Standpunkt im früheren Prozesse nie eingenommen hat, und daß
 jene Vereinbarung, wie auch die behauptete Usance in keiner
 Weise bewiesen ist, — hat die Klägerin jedenfalls durch ihr
 eigenes Verhalten auf die Geltendmachung einer solchen Lieferfrist

verzichtet, indem sie selber sofortige Abnahme verlangt und auch am 29. April in diesem Sinne fakturiert hat. Kann aber danach von der Einräumung einer sechswöchentlichen Frist keine Rede sein, so war die Lieferpflicht der Klägerin „sofort“, d. h. sofort nach der Mitteilung, daß die Beklagte den sie verurteilenden Entscheid des Handelsgerichts anerkenne, fällig, also am 4. Mai 1902. Damit geriet die Klägerin gemäß Art. 117 Abs. 1 O.-R. durch Mahnung der Beklagten in Verzug. Diese Mahnung, zu der die Beklagte eben wegen der eingetretenen Fälligkeit der Lieferpflicht berechtigt war, hat den Verzug sofort bewirkt, und die Klägerin hatte nun die Pflicht sofortiger Versendung. Da sie dieser Pflicht nicht nachkam, geriet sie schon am 4. Mai in Verzug. Wenn die Vorinstanz ausführt, der Verzug beginne erst von dem Momente an, wo die Beklagte normaler Weise im Besitze der Ware hätte sein können, also nach ihrer — nicht aktenwidrigen — tatsächlichen Feststellung 8—12 Tage nach der Absendung; wenn sie m. a. W. die Versendungszeit von der Berechnung der für den Eintritt des Verzuges maßgebenden Zeit ausschließt und den Verzug erst beginnen läßt mit dem Momente der Nichtankunft der Ware zur normalen Zeit, nach Ablauf der normalen Transportfrist, — so übersieht sie dabei, daß die Pflicht der Klägerin in der Versendung der Ware, in der Übergabe zur Expedition in Barmen bestund, daß die Erfüllung dieser Pflicht durch die Übersendung der Faktur zu konstatieren war, und daß also die Beklagte schon am 5. oder 6. Mai wußte, daß die Klägerin ihrer Versendungspflicht nicht nachgekommen war. Ist aber danach der Verzug der Klägerin schon am 4. Mai eingetreten, so ist, auch von dem die Auffassung des Bundesgerichtes im Urteile Bd. XV, Nr. 118 vernerfendenden Standpunkte der Vorinstanz aus, klar, daß die Fristansetzung im Sinne des Art. 122 O.-R. am 10. Mai rechtzeitig war. Ebenso ergibt sich aus der eigenen, oben erwähnten tatsächlichen Feststellung der Vorinstanz über die für die Versendung nötige Zeit, daß die angesetzte Frist — die 14 Tage betrug — angemessen war. Da die Klägerin während der Nachfrist die Ware nicht versendet hat, war somit die Beklagte am 24. Mai in Ausführung ihrer auf Art. 122 O.-R. gestützten Androhung zum Rücktritte vom Vertrage berechtigt.

5. Auch bei der gegenteiligen Auffassung über den Eintritt des Verzuges der Klägerin ergibt sich übrigens dasselbe Resultat aus folgenden Gründen: Gesezt, der Verzug der Klägerin sei erst mit dem 16. Mai eingetreten, so ist doch zu beachten, daß der Klägerin durch die Ansetzung der Nachfrist vom 10. Mai ein Nachteil nicht erwuchs. Denn nach der Mahnung der Beklagten vom 3. Mai wußte die Klägerin, daß sie am 16. Mai im Verzug sein werde, wenn sie nicht bis dahin geliefert habe, d. h. die Beklagte nicht bis dahin im Besitze der Ware sei; und sie wußte am 16. Mai, beim Eintritte des Verzuges, daß die Beklagte vom Vertrage zurücktreten werde, falls nicht bis am 24. Mai erfüllt sei. Daraus, daß die Fristansetzung schon am 10. Mai erfolgte, entstand der Klägerin kein Nachteil. Jene Fristansetzung konstituierte gleichzeitig die Mahnung im Sinne des Art. 117 Abs. 1 O.-R.; es ist nach dieser Richtung durchaus an der im Urteile des Bundesgerichtes vom 27. Dezember 1889 in Sachen Brügger gegen Käseereigesellschaft Niederwyl, Amtl. Samml., Bd. XV, S. 868, ausgesprochenen Ansicht festzuhalten, daß die Mahnung im Sinne des Art. 117 und die Fristansetzung im Sinne des Art. 122 O.-R. verbunden werden können, daß eine Fristansetzung nicht erst nach vorangegangener Mahnung, also im Grunde nach zwei Mahnungen, statthaft ist; erforderlich ist lediglich der Verzug des Schuldners; dieser wird durch Mahnung bewirkt, und an diese Mahnung und den so eingetretenen Verzug kann gleichzeitig die Ansetzung einer Nachfrist und die Androhung des Rücktrittes vom Vertrage geknüpft werden. Auch wenn trotzdem angenommen werden will, der Verzug sei erst am 16. Mai eingetreten — mit dem Momente, mit dem die Beklagte ordnungsmäßiger Weise im Besitze der Ware hätte sein können, — also den Eintritt des Verzuges vom Standpunkte des Käufers, nicht von demjenigen des Verkäufers aus beurteilen will, so muß denn doch gesagt werden, daß unter den gegebenen Umständen die Nachfrist, die also vom 16. Mai an zu berechnen wäre, genügend erscheint; das eben, weil die Klägerin schon vor Eintritt des Verzuges von der Androhung des Rücktrittes Kenntnis hatte, und weil zudem die Frist immer noch das Minimum der notwendigen Transportzeit betrug. Die Klägerin hat auch

nicht nachgewiesen, daß die Zeit vom 16. Mai bis zu dem von der Beklagten angelegten Termin (24. Mai) nicht eine angemessene Nachfrist genannt werden könne. Die Ausführungen der Vorinstanz, daß die Speditionsfrist 12 Tage habe betragen müssen, treffen für die Nachfrist im Sinne des Art. 122 O.-R. jedenfalls nicht zu, da hier dem Schuldner zugemutet werden darf, mit Beschleunigung vorzugehen. Endlich ist zu sagen, daß die Klägerin jedenfalls nicht unter Berufung darauf, daß die Nachfrist nicht angemessen sei, alles weitere außer Achtlassung aller Mahnungen und Fristansetzungen vornehmen durfte; sie hätte vielmehr nachweisen müssen, daß sie innert angemessener Frist vom 16. Mai hinweg erfüllt habe. Diesen Nachweis hat sie aber nicht einmal angetreten, wie es denn übrigens nach der Aktenlage auch klar ist, daß eine rechtzeitige Lieferung in diesem der Klägerin günstigsten Sinne nicht stattgefunden hat.

6. Aus dem Gefagten ergibt sich die Abweisung der Hauptklage vom Prinzipalstandpunkte der Beklagten aus; auf deren übrige Standpunkte ist daher nicht einzutreten. Die Widerklage erscheint damit ohne weiteres begründet, sie ist übrigens eventuell weder im Grundsatz noch dem Maße nach bestritten.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

In Gutheißung der Berufung wird das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 1. Dezember 1902 aufgehoben, die Hauptklage abgewiesen und die Widerklage zugesprochen. Demgemäß wird die Klägerin verpflichtet, der Beklagten 107 Fr. 05 Cts nebst Zins à 5 % seit 23. August 1902 zu bezahlen und derselben ferner die bei Thurnheer & Flüel bereits aufgelaufenen und noch aufgelaufenen Lagerkosten zu bezahlen, sowie ein für diese Forderung an dem Wollgarne bestehendes Retentionsrecht anzuerkennen.

32. Urteil vom 1. Mai 1903 in Sachen Emde,
Bekl. u. Ber.-Kl., gegen Finsler, Kl. u. Ber.-Bekl.

Dienstvertrag. — Kompetenz des Bundesgerichts zur Beurteilung einer Einrede aus Dienstvertrag gegenüber einer Klage erb- oder familienrechtlicher Natur. — Leistung von Diensten seitens des konkursiten Ehemannes im Gesohäfte seiner Ehefrau. Stillschweigende Vereinbarung einer Vergütung? Art. 338, Abs. 2, O.-R.

A. Durch Urteil vom 28. Januar 1903 hat die II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich erkannt:

1. Das Nachlaßvermögen der am 29. Juli 1895 gestorbenen Xaveria Fanny Emde geb. Heimgartner beträgt über die durch hierseitiges Urteil vom 23. Januar 1901 festgestellten 2000 Fr. hinaus noch 120,253 Fr. 88 Cts.

2. Der Beklagte ist pflichtig:

- a) der Klägerin sofort 39,364 Fr. 55 Cts. nebst Zins zu 5 % seit dem 12. September 1897 zu bezahlen;
- b) ihre weitere Forderung von 40,114 Fr. 55 Cts. in ausreichender Weise sicherzustellen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen:

1. In Abänderung des angefochtenen Urteils sei die Salärforderung des Beklagten für seine Dienstleistungen in der Firma F. Emde während der Zeit vom 1. Juni 1881 bis 21. Januar 1891 grundsätzlich gutzuheissen.

2. Das Salär des Beklagten sei jährlich auf 7000 Fr., eventuell nach richterlichem Ermessen, festzustellen.

3. Demgemäß sei dem Begehren des Beklagten Folge zu geben, womit er verlangt, daß ihm nach Abzug seines Anteils an den Haushaltungskosten für die Jahre 1881 bis 1891 ein Salär rückstand von 5000 Fr. per Jahr, jeweilen samt Zins à 4 % von Ende des betreffenden Kalenderjahres bis zum 21. Januar 1891 im Vermögensstatus der Firma F. Emde per 21. Januar 1891 gutzuschreiben sei.