

Anlage in keiner Weise sollten erschwert werden dürfen. Ob dabei der Regierungsrat in Rücksicht auf jene Bedingungen ein solches Provisorium habe beschließen können, ist eine vom Bundesgericht als Zivilgerichtshof nicht nachzuprüfende Frage des kantonalen Verwaltungsrechts. Im übrigen mag noch bemerkt werden, daß der Kläger vor Bundesgericht hauptsächlich darauf abstellt, daß die Vorschrift in der Baubewilligung, wonach der Werkinhaber gegenüber Dritten für den ihnen zugefügten Schaden haftbar sei, eine Kaufs- und keine bloße Kulpahaftung aufstelle. Damit wird aber von selbst die Anwendbarkeit des Art. 50 OR verneint.

3. — Endlich ist ohne weiteres klar, daß der Kläger durch die Baubewilligung auch nicht in ein privatrechtliches Vertragsverhältnis zu der Beklagten getreten ist und daß deshalb auch von keiner Verletzung der ebenfalls noch angerufenen Artikel 110 ff. OR die Rede sein kann; —

erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

49. Urteil vom 23. Juni 1911

in Sachen **Degen & Cie.**, Bekl., Widerkl. u. Ber.=Kl., gegen
C. & F. Schlothauer, G. m. b. H., Kl.,
Widerbekl. u. Ber.=Bekl.

Mangelnde Anwendung und Anwendbarkeit eidg. Rechts (Art. 56 GG). Die Anrufung ausländischen Rechts, seitens der Vertragsparteien im Prozesse, als entscheidendes Indiz für die vertragsgemäße Anwendbarkeit dieses Rechts auf das streitige Vertragsverhältnis. — Ein Kaufvertrag, der im Auslande zu erfüllen ist, untersteht bezüglich des Erfüllungsanspruchs selbst, sowie auch eines Schadenersatzanspruchs wegen mangelhafter Erfüllung, dem ausländischen Recht.

Das Bundesgericht hat, nachdem sich aus den Akten ergeben:

A. — Die beklagte Firma Degen & Cie. in Zürich hat am 22. Oktober 1906 bei der Klägerin, der Firma C. & F. Schlot-

hauer, G. m. b. H., in Ruhla (Thüringen), eine Anzahl Schalenhalter für elektrische Lampen zum Preise von 13 Mk. 75 Pf. für 100 Stück, bestellt, die nach einem zu Gunsten der Beklagten gesetzlich geschützten System herzustellen waren. Die zur Fabrikation nötigen Spiralfedern und Nieten hatte die Beklagte franko Bahnhof Ruhla der Klägerin zu liefern. Die klägerischen Sendungen waren von der Beklagten je auf Schluß des Lieferungsmonates mit 15 Tage Check a. Deutschland zu bezahlen.

Mit der vorliegenden Klage fordert nunmehr die Klägerin 3112 Mk. 88 Pf. nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Januar 1910 als Kaufspreis für die der Beklagten gemachten Lieferungen und für entstandene Frachtauslagen.

B. — Die Beklagte hat auf Abweisung der Klage angetragen und widerklageweise gegenüber der Klägerin eine Forderung von 2500 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 15. Januar 1910 und eine solche von 6475 Fr. 50 Cts. nebst Zins zu 5 % seit der Unabhängigmachung der Widerklage geltend gemacht. Die erste Forderung stützt sich darauf, daß durch die wiederholten schlechten Lieferungen der Klägerin der geschäftliche Ruf der Beklagten gelitten habe und ihr ein Kundenverlust erwachsen sei. Die zweite bildet eine Schadenersatzforderung wegen Nichtlieferung von 5000 Porzellanfassungen, mit deren Herstellung die Beklagte die Klägerin im Februar 1909 betraut habe. Infolge dieser Nichtlieferung habe die Beklagte nutzlos 975 Fr. 50 Cts. an Patentgebühren für das diese Fassungen betreffende Modell bezahlt; ferner sei ihr dadurch ein Gewinn von 500 Fr. aus Weiterverkauf und ein solcher von 5000 Fr. deshalb entgangen, weil sie außer den bestellten und weiter verkauften Fassungen noch an zwei andere Firmen größere Posten solcher hätte liefern können.

C. — Die Klägerin hat sich in der Klagebegründung auf deutsches Recht berufen und die Beklagte in der Klagebeantwortung sich mit der Anwendung deutschen Rechts einverstanden erklärt.

D. — Durch Urteil vom 16. Dezember 1910 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich den Prozeß dahin entschieden, daß es die Klage vollinhaltlich zusprach und die Widerklage gänzlich abwies. Seinem Urteile hat es in sämtlichen Punkten deutsches Recht zu Grunde gelegt; —

in Erwägung:

1. — Hinsichtlich der Hauptklage fällt zunächst in Betracht, daß sich beide Parteien vor der Vorinstanz auf deutsches Recht berufen haben. Im umgekehrten Falle, wo die Parteien vor den kantonalen Gerichten einig gehen, daß schweizerisches Recht anzuwenden sei, nimmt das Bundesgericht in ständiger Praxis an, daß alsdann die Parteien in der Regel auch beim Vertragsschluß das Rechtsverhältnis dem schweizerischen Rechte haben unterstellen wollen und daß dieses Recht unter solchen Umständen auch Platz greife, soweit nicht eine Parteidisposition hierüber aus besondern Gründen ausgeschlossen ist. Das entsprechende muß nun aber auch gelten, wenn, wie im vorliegenden Falle, die Parteien sich für die Anwendung ausländischen statt schweizerischen Rechtes aussprechen. Denn an einem Grunde, dem Parteiwillen in diesem Falle nicht ebenfalls Rücksicht zu tragen, fehlt es. Schon von dieser Erwägung aus ist also hier das Bundesgericht zur Beurteilung der Hauptklage unzuständig. Dazu kommt noch, daß die Klageforderung auch nach der Natur und dem Inhalt des ihr zu Grunde liegenden Vertragsverhältnisses dem deutschen Rechte untersteht. Der Preis ist vertraglich in Mark bestimmt und durch Check auf Deutschland zahlbar gestellt worden, so daß als Erfüllungsort für die Preisforderung Deutschland gelten muß. Und was die Lieferungsspflicht der Klägerin und die damit zusammenhängende Mängelrüge der Beklagten anlangt, so ergibt sich die Anwendbarkeit des deutschen Rechtes daraus, daß die Ware in Deutschland und zudem am dortigen Domizil der Beklagten abzuliefern war.

2. — Aus den zuletzt erörterten Gründen untersteht auch der Forderungsposten von 2500 Fr. der Widerklage dem deutschen Rechte: Es handelt sich hier um eine Schadenersatzforderung, die aus ungenügender Erfüllung der Lieferungsspflicht der Beklagten abgeleitet wird und die nach der nämlichen Gesetzgebung zu beurteilen ist, wie diese Pflicht selbst. Und wenn sodann auch die Parteien in diesem Punkte nicht ausdrücklich von der Anwendbarkeit des deutschen Rechtes gesprochen haben, so darf doch angenommen werden, daß sie ihre sämtlichen Rechtsbeziehungen aus dem Vertrage in einheitlicher Weise diesem Rechte haben unterstellen wollen.

3. — Von dem letztern Gesichtspunkte aus kommt man endlich

noch dazu, für die Widerklageforderung von 6457 Fr. 50 Cts. ebenfalls das deutsche Recht als maßgebend anzusehen. Freilich liegt hier ein späteres, neues Vertragsverhältnis vor. Allein dieses ist doch ähnlichen Inhalts wie das früher begründete, und man darf daher, solange keine Gegengründe vorliegen, voraussetzen, die Parteien hätten dieses spätere Geschäft hinsichtlich des anzuwendenden Rechtes nicht anders behandeln wollen, als das frühere; das um so mehr, als sie im Prozesse ja allen Anlaß gehabt hätten, gegen-
teiliges zu bemerken; —

erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

50. Urteil vom 23. Juni 1911 in Sachen
Konkursmasse Franceschetti & Pfister, Bekl. u. Ber.=Kl.,
gegen Meyer-Franceschetti, Kl. u. Ber.=Bekl.

Mangel der Anwendung und Anwendbarkeit eidg. Rechts (Art. 56 OG). Das Retentionsrecht an grundversicherten Forderungen beurteilt sich nach der kantonalen Gesetzgebung.

Das Bundesgericht hat,
nachdem sich aus den Akten ergeben:

A. — Durch das Urteil vom 4. Februar 1911 hat die I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichts in vorliegender Streitsache erkannt:

„Die Beklagte ist verpflichtet, den Kläger mit einer Forderung von 59,652 Fr. 50 Cts. Wert 1. Oktober 1908 nebst Zinsen zu 5 1/2 %, hievon ab 1. Oktober 1907 zu kollektieren, und es steht dem Kläger für diese Forderung ein Retentionsrecht zu an dem Schuldbriefe von 15,000 Fr. datiert 19. November 1907 auf R. Sonntag.“

Der genannte Titel ist ein nach Schaffhauser Recht errichteter grundversicherter Schuldbrief.

B. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage: Es sei