

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt cantonal est confirmé.

12. Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. März 1917

i. S. Kaiser, Kläger und Berufungskläger,
gegen Rumpf & Schneider, Beklagte und Berufungsbeklagte.

Kaufvertrag über Ware, die der Verkäufer von seinem ausländischen Lieferanten zu beziehen hat. Vertragsauslegung auf Grund der gewechselten Korrespondenz. Subjektive Leistungsunmöglichkeit des Verkäufers wegen Transport- und Einfuhrschwierigkeiten. Dieser ist nicht verpflichtet, sich aus inländischen Vorräten zu decken. Anrecht des Käufers auf eine proportionale Quote eingeführt, aber für andere Abnehmer bestimmter Ware?

1. — Der Kläger, der eine Fliegenfängerfabrik in St. Margrethen betreibt, ersuchte die Beklagte mit Postkarte vom 20. September 1915 um umgehende Offerte in Kolophonium für Schweizer-Konsum, worauf die Beklagte vom 22. September die Lieferungsbedingungen angab und dabei bemerkte: Sie habe momentan nur sehr wenig disponibel, jedoch grössere Partien unterwegs und erwarte diese noch vor Ende des Monats. Am 23. September telefonierte darauf der Kläger an die Beklagte, ob sie ihm 20,000 Kg. gegen Barzahlung liefern könne. Die Beklagte erklärte sich zur Lieferung des gewünschten Quantums bereit, bemerkte aber, sie könne Anfang Oktober von der rollenden Ware nur einen Wagen von 10,000 Kg. zum Preise von 37 Fr. 50 Cts. liefern, den zweiten dagegen erst Ende Oktober zum Preise von 38 Fr. Mit Brief vom 23. September bestätigte der Kläger

diese telephonische Unterredung und ersuchte die Beklagte, die genannten Quanta, wie vereinbart, in Nota zu nehmen. Die Beklagte bestätigte ihrerseits diesen Brief durch Schreiben vom 25. September, indem sie den erhaltenen Auftrag verdankte und im weitern bemerkte: Sie bedauere, keine disponible Ware mehr zu haben, in der Schweiz seien Harze ziemlich rar und wenn sie ihre Wagen hereinbekomme, so seien sie meistens schon zum voraus ganz verkauft. Sie habe eine grössere Partie unterwegs, die voraussichtlich in den ersten Tagen Oktober hier eintreffen werde, und sie werde ihm von dieser einen ganzen Wagen zugehen lassen. Wenn er es wünsche, so könne sie ihm eventuell noch weitere 5000 Kg. davon abgeben, doch könne sie das nicht definitiv versprechen, da er noch nach mehreren andern Richtungen abzugeben habe. Sie habe ebenfalls eine Anfrage für prompte Lieferung von einer Lackfabrik erhalten aber mangels disponibler Ware keine Offerte gemacht. — Der Kläger antwortete nicht hierauf.

Der verkaufte erste Wagen kam dann anfang Oktober aus Frankreich an, woher die Beklagte die Ware bezog, wurde dem Kläger geliefert und von ihm bezahlt.

Die zweite Wagenladung gedachte die Beklagte einem Quantum von 50,000 Kg. zu entnehmen, das sie von ihrem Lieferanten R. Samanos in Morceux zu erwarten hatte und wofür die erforderlichen Ausfuhrbewilligungen am 27. September und 8. Oktober 1915 erwirkt wurden.

Am 30. Oktober schrieb die Beklagte hinsichtlich dieses Wagens dem Kläger: Es sei mit dem Verladen des Harzes in Frankreich begonnen worden und der Wagen werde dieser Tage abgehen, sie hoffe, dass die Verspätung dem Kläger nicht unangenehm sein werde. Die Speditionen in Frankreich machten sich eben sehr langsam. Sie werde aber ihr Möglichstes tun. Auf dies schrieb der Kläger am 10. November zurück, die verspätete Lieferung habe nichts zu sagen.

Am 12. November berichtete die Beklagte dem Kläger,

der Wagen habe noch nicht abgehen können, da die Speditiousverhältnisse in Frankreich immer schlechter würden, und am 27. November antwortete sie auf eine Anfrage des Klägers, bis wann er die 10,000 Kg. erwarten könne, die Versendung sei ihrem Lieferanten infolge Mangels an Wagen unmöglich gewesen. Anfang Februar 1916 erkundigte sich der Kläger wieder nach der Ware und erhielt am 3. Februar von der Beklagten eingehenden Bescheid, indem diese ausführte: Es handle sich um einen Fall von force majeure, der noch vielen andern Schweizerfirmen vorgekommen sei. Ihr Lieferant in Frankreich habe das Harz noch nicht zur Ablieferung gebracht und nun die Bestellung annulliert, weil er, nach seiner Aussage, das nötige Wagenmateriel zur Beförderung nicht aufreiben könne. Die Ausfuhrbewilligung sei der Beklagten im Dezember nach Ablauf ihrer Gültigkeit vom Lieferanten wieder zurückgesandt worden und die Beklagte habe bis zur Stunde vergeblich versucht, sie im Einverständnis mit der (unterdessen in Funktion getretenen) SSS zu verlängern. Nur zu gerne hätte die Beklagte dem Kläger den Wagen zugestellt, aber was von unserem Nachbarn nachträglich (d. h. trotz der Ausfuhrbewilligung) wieder zurückbehalten werde, könne sie eben nicht abliefern.

Von der SSS erhielt die Beklagte in der Folge den Bescheid, dass es unmöglich sei, in den nächsten Monaten Kolophonium in die Schweiz hereinzubringen.

Für ihren Gesamtbedarf hatte sie am 27. November und 24. Dezember 1915 noch je einen Wagen einführen können.

Am 28. Februar setzte der Einzelrichter des Bezirksgerichtes Zürich der Beklagten auf Begehren des Klägers eine Frist von vierzehn Tagen zur nachträglichen Erfüllung an, die unbenützt ablief.

Im nunmehrigen Prozesse hat der Kläger die Beklagte auf Bezahlung von 19,000 Fr. nebst Zins zu 6% seit dem 18. März 1916 belangt als der Differenz zwischen dem

Verkaufspreise von 38 Fr. und dem Preise von 230 Fr. per Kg., den die Ware zur Erfüllungszeit gehabt habe. Die Beklagte bestreitet die Klageforderung mit der Begründung: Die Lieferung des zweiten Wagens sei ohne ihr Verschulden und trotz aller ihrer Bemühungen, sich die Ware zu beschaffen, unmöglich geworden, wobei der Kläger von Anfang an gewusst habe, dass sie auf die Einfuhr aus Frankreich angewiesen sei. Zudem sei die ihr angesetzte Frist zur Erfüllung zu kurz bemessen gewesen und ferner der Kläger in Wirklichkeit nicht geschädigt worden, weil er noch genügend Ware für seine Fabrikation gehabt habe. Seine exorbitante Forderung sei wucherisch, verstosse gegen die guten Sitten und sei auch wegen unzulässigen Zusammenkaufens von Waren, im Sinne des Bundesratsbeschlusses vom 10. August 1914, ungültig. Eventuell werde die beanspruchte Preisdifferenz ihrer Höhe nach bestritten.

Die Vorinstanz ist aus dem von der Beklagten in erster Linie geltend gemachten Grunde der Lieferungsunmöglichkeit zur Abweisung der Klage gelangt. Demgegenüber erneuert der Kläger vor Bundesgerichts einen Rechtsantrag und verlangt eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Aktenenergänzung.

2. — Der Kläger stellt sich, unter Berufung auf den Bundesgerichtsentscheid i. S. Doetschmann gegen Sarrat (BGE 42 II N° 57, S. 372) auf den Standpunkt, es handle sich um einen *G e n u s k a u f* und wenn die Beklagte die Lieferung versprochen habe, ohne sicher zu sein, sich die Ware beschaffen zu können, so habe sie damit das Risiko übernommen, den dem Kläger aus allfälliger Nichtlieferung entstehenden Schaden ersetzen zu müssen.

Diese Auffassung ist schon deshalb unzutreffend, weil man es in Wirklichkeit nicht mit einem vorbehaltlosen Versprechen zur Lieferung einer generisch bestimmten Sache zu tun hat. Seine gegenteilige Ansicht glaubt der Kläger vor allem damit begründen zu können, dass für den Inhalt des streitigen Vertrages

das Angebot der Beklagten vom 22. September 1915 und seine Bestellung vom 23. d. M. massgebend seien und dass der Kläger den durch diese brieflichen Erklärungen vorbehaltlos abgeschlossenen Gattungskauf nicht durch nachträgliche Zusätze, wie die in seinem Briefe vom 25. September enthaltenen, habe zu seinen Gunsten abändern können. Nun ist aber der Vertrag nicht durch die beiden vom Kläger erwähnten Korrespondenzen, sondern durch das Telefongespräch vom 23. September abgeschlossen worden und wie der Brief des Klägers vom 23. September als eine schriftliche Bestätigung dieses Vertragsabschlusses gelten muss, was schon aus der Wendung « wie vereinbart » hervorgeht, so lässt sich auch dem Schreiben, womit die Beklagte am 25. September jenen Brief beantwortete, keine andere Bedeutung beimessen. Die Erklärungen darin über den Mangel disponibler Ware und die Deckung des Bedarfes aus erst noch einzuführender Ware sind also bei der Festsetzung des Vertragsinhaltes ebenfalls zu berücksichtigen, um so mehr, als die Beklagte tatsächlich schon ihrem Briefe vom 22. September kurz auf diese Verhältnisse hingewiesen hatte. Allenfalls wäre zu sagen, dass, wenn der Kläger das Schreiben der Beklagten vom 25. September anders aufgefasst hätte, er nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen wäre, dies kundzugeben und darauf zu beharren, dass er die Lieferungspflicht der Beklagten streng im Sinne eines Gattungskaufs auffasse und dass er vertraglich sich auf die versprochene Lieferung verlassen könne und sich nicht darum zu kümmern brauche, wie die Beklagte sich die Ware verschaffe.

3. — Zieht man aber die Bemerkungen der Beklagten in ihrem Schreiben vom 25. September, in Verbindung mit dem schon im Briefe vom 22. September enthaltenen Aeusserungen, zur Vertragsauslegung bei, so ergibt sich folgendes: die Beklagte will damit zunächst eine Verpflichtung ablehnen, den Kläger nötigenfalls aus inländischen Vorräten zu decken. Es ist das daraus zu ent-

nehmen, dass sie auf ihren Mangel an disponibler Ware und auf die Seltenheit der Ware in der Schweiz hinweist und dass sie erklärt, dem Kläger von der für die nächsten Tage vom Auslande her erwarteten Sendung einen Wagen — den den Gegenstand der ersten Teillieferung bildenden* — zugehen zu lassen. Im weitern sind ihre Erklärungen dahin aufzufassen, dass sie selbst ausländische Ware — und als solche kann nur Ware in Betracht kommen, die sie von ihrem eigenen Lieferanten in Frankreich zu erwarten hatte — nur für den Fall zu liefern verspricht, dass ihr deren Einfuhr in die Schweiz gelinge. Hiefür ist namentlich auf die Stelle: « ... wenn wir unsere Wagen hereinbekommen... » zu verweisen und auch darauf, dass die Klägerin sich bei der Bestellung zur Lieferung des gewünschten Quantum von 20,000 Kg. zwar bereit erklärt, aber die Hälfte davon — die allein im Streite liegt — erst für Ende Oktober in Aussicht gestellt hat. In beiden Beziehungen, hinsichtlich der Nichtlieferung schweizerischer Ware und des Vorbehaltens der Einfuhrmöglichkeit, müssen die Aeusserungen der Beklagten, will man ihre Tragweite richtig würdigen, im Zusammenhang mit der durch den Krieg geschaffenen wirtschaftlichen Lage betrachtet werden, namentlich mit Rücksicht auf die Knappheit der Vorräte im Lande und auf die Einfuhrschwierigkeiten, die das Risiko des Verkäufers beim Einstehen für die Beschaffung der Ware gegenüber den normalen Zeiten ungemein vergrössert hatten. Alsdann ist die von der Beklagten übernommene Verpflichtung so zu verstehen, dass sie sich anheischig machte, nicht Kolophonium schlechtweg, sondern von ihrem Lieferanten in Frankreich zu beziehendes Kolophonium zu liefern, sofern sie solches « hereinbekomme », ihr die Einfuhr in die Schweiz gelingen. In diesem Sinne musste auch der Kläger, dem als Fachmann diese ausnahmsweise erschwerten Lieferungsverhältnisse ebenfalls bekannt waren, ihre Bemerkungen verstanden haben und er hätte es daher ausdrücklich ausbedingen sollen,

wenn es sein Wille gewesen wäre, von der Klägerin ein vorbehaltloses Lieferungsversprechen zu erhalten. Dahingestellt bleiben kann, ob und inwiefern diese Einschränkung der Lieferungsverpflichtung der Beklagten rechtlich als eine Individualisierung der Gattungsobligation nach gewissen Rüstungen hin oder als eine ihr beigelegte Bedingung aufzufassen sei.

4. — Der Entlastungsbeweis, den die Beklagte nach Art. 97 OR in Hinsicht auf die Nichtlieferung des zweiten Wagens zu erbringen hat, besteht in dem Ausweise darüber, dass sie alles Erforderliche getan habe, um ihren Lieferanten, R. Samanos in Morceux, zur Erfüllung der ihm obliegenden Lieferungsspflicht zu veranlassen und von den französischen Behörden die Einfuhr zu erwirken. In ersterer Beziehung ist auf Grund der vorinstanzlichen Tatbestandsfeststellung zu sagen, dass die Beklagte gegenüber Samanos alles ihr Zuzumutende vorgekehrt hat, indem sie ihm Vergütung von Extraspesen und Bezahlung einer Provision versprach und zur Beförderung der Angelegenheit einen Vertreter behufs mündlicher Verhandlung zu ihm sandte. Wenn trotzdem das bestellte Quantum nicht rechtzeitig und voll geliefert wurde, so hat das seinen Grund nicht sowohl in einem vertragswidrigen Verhalten des Lieferanten, als in der durch Truppentransporte verursachten Unmöglichkeit, sich das nötige Wagenmaterial zu beschaffen, und darin, dass die Ausfuhr von Kolophonium sich schwieriger gestaltete und sogar nach der darauffolgenden Gründung der Société Suisse de surveillance économique bis auf weiteres gänzlich verhindert war. Auch in dieser Hinsicht hat es die Beklagte an nichts fehlen lassen. Sie war rechtzeitig im Besitze der erforderlichen Ausfuhrbewilligungen und hat sich bemüht, von ihnen mit Erfolg Gebrauch zu machen, ist aber auf einen von ihr nicht überwindbaren, in entgegenstehenden staatlichen Interessen und Machtfaktoren begründeten Widerstand gestossen. Dabei ist zu bemerken, dass, soweit es sich um die Zeit bis zum

30. Oktober 1915 handelt, der Kläger das Vorgehen der Beklagten durch seine briefliche Erklärung vom 10. November, die verspätete Lieferung habe nichts zu sagen, gegen sich hat gelten lassen.

5. — Unzutreffend ist auch die Auffassung des Klägers, die Beklagte hätte ihm wenigstens von den beiden Wagen, die sie als Teillieferungen an das von Samanos zu beanspruchende Quantum am 27. November und 24. Dezember 1915 doch noch einführen konnte, eine *proportionale Quote* zuweisen sollten, statt diese Wagen zwei andern Abnehmern, die früher gekauft hatten (der A.-G. vorm. Plüss-Staufer und der Chemischen Fabrik Liestal), voll abzugeben. Mit der Vorinstanz ist dieser Abwicklung der Geschäfte in chronologischer Ordnung beizupflichten. In ihrem Briefe vom 25. September hat die Beklagte bemerkt, dass die von ihr eingeführte Ware meistens zum Voraus schon verkauft sei, dass sie solche «noch nach mehreren andern Richtungen hin abzugeben» habe und dass die Anfrage einer Lackfabrik von ihr mangels disponibler Ware abgewiesen worden sei. Aus diesen Aeusserungen und unter den gegebenen Umständen musste der Kläger auf den Willen der Beklagten schliessen, seine Bestellung nur in der Meinung anzunehmen, dass ihre Ausführung sie nicht in Kollision mit ihren bereits bestehenden Lieferungsverpflichtungen bringe. Auf die grundsätzliche Seite der Frage braucht unter diesen Umständen nicht eingetreten zu werden.

6. — Das eventuelle Begehren um Rückweisung stellt sich nach der Aktenlage als unbegründet dar.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Oktober 1916 bestätigt.