

49. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung
vom 25. September 1945 i. S. Jos. Habegger G.m.b.H.
gegen W. Kuhn und Sohn.

Bedeutung eines *Bestätigungsschreibens* im kaufmännischen Verkehr, das von der mündlich getroffenen Vereinbarung abweicht.

Signification de la lettre de confirmation qui s'écarte de ce qui a été convenu oralement entre commerçants.

Significato d'una lettera di conferma che si scosta da quanto pattuito oralmente tra commercianti.

2. — Entgegen der Meinung der Vorinstanz folgt aus dem Scheitern des Nachweises für den Abschluss einer mündlichen Vereinbarung am 7. März noch nicht ohne weiteres die Unbegründetheit der eingeklagten Forderung. Die Vorinstanz hat ausser acht gelassen, dass ein Bestätigungsschreiben im kaufmännischen Verkehr nicht bloss die Bedeutung eines Beweismittels für einen vorausgegangenen mündlichen Vertragsschluss haben kann, sondern dass ihm darüber hinaus unter Umständen rechtserzeugende Kraft zukommt. Das ist der Fall, wenn der Inhalt der sog. Bestätigung von der mündlich getroffenen Vereinbarung abweicht oder neue Bedingungen enthält, und der Empfänger darauf schweigt. Dann hat das Bestätigungsschreiben nämlich den Charakter einer Vertragsofferte und das Stillschweigen des Empfängers ist als deren Annahme

zu betrachten (BGE 30 II 301, 38 II 587, 40 II 138, welche Entscheide die Vorinstanz in Verkennung ihrer Tragweite lediglich dafür anruft, dass das Unterbleiben eines Widerspruchs gegen ein Bestätigungsschreiben ein starkes Indiz für dessen Richtigkeit, also für die Übereinstimmung seines Inhalts mit der mündlichen Vereinbarung, bilde; vgl. ferner SCHLÄPFER, die Bedeutung des Schweigens beim Vertragsschluss nach schweiz. Recht, S. 73 ff.; gleich für das deutsche Recht DÜRINGER/HACHENBURG, Komm. zum HGB 3. Aufl. Band 4 S. 399 ff.; RGZ 129 S. 347 ff.).

Diese Grundsätze über die Folgen des Schweigens auf ein Bestätigungsschreiben gelten nun aber nur unter der Voraussetzung, dass Treu und Glauben, Verkehrssicherheit, Handelsübung sie rechtfertigen. Dies trifft nur zu, wenn der Absender der ehrlichen Überzeugung ist, in seinem Bestätigungsschreiben lediglich das zusammengefasst zu haben, was tatsächlich bereits mündlich vereinbart war. Das kommt in den oben erwähnten Entscheiden des Bundesgerichtes, abgesehen vielleicht von demjenigen in Band 30 II 301, nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit zum Ausdruck und ist deshalb hier nachdrücklich hervorzuheben. Bestätigt der Absender *bewusst* etwas von der mündlichen Vereinbarung Abweichendes oder stellt er *bewusst* eine Vereinbarung fest, die in Wirklichkeit gar nicht stattgefunden hat, so hat man es mit der arglistigen Erschleichung eines Vertragsschlusses zu tun, die keinen Schutz verdient. Solche Bestätigungsschreiben kann der Empfänger ohne Schaden unbeantwortet lassen (vgl. RGZ 129 S. 347; DÜRINGER/HACHENBURG sowie SCHLÄPFER a.a.O.).

3. — Die Betrachtung des vorliegenden Falles im Lichte dieser Erwägungen führt zu folgendem Ergebnis:

Das Stillschweigen der Beklagten auf das Schreiben vom 7. März 1944, das ihr unbestrittenermassen zugekommen ist, begründet gemäss Art. 6 OR die Vermutung, dass ein Vertrag zustandegekommen sei, dessen Inhalt sich aus dem sog. Bestätigungsschreiben ergibt. Die Beklagte, die

es nicht für nötig fand, der Klägerin mitzuteilen, dass sie mit dem Inhalt des Schreibens nicht einig gehe, trifft nun die volle Beweislast dafür, dass der Inhalt der sog. Bestätigung der am 7. März getroffenen Abmachungen tatsächlich nicht entspreche, und darüber hinaus, dass sich die Klägerin dieser Diskrepanz bewusst war.

50. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Oktober 1945 i. S. Schweizer gegen Staat Zürich.

Beamtenhaftpflicht; Billigkeitshaftung des Urteilsunfähigen.
Haftung des kantonalen Beamten gegenüber dem Staat für Schaden aus Dienstpflichtverletzungen und unerlaubter Handlung; anwendbares Recht, Zulässigkeit der Berufung. Art. 362, 41 ff. OR, Art. 60 Abs. 1 lit. c OG (Erw. 1).
Billigkeitshaftung des Urteilsunfähigen, Voraussetzungen. Art. 54 Abs. 1 OR (Erw. 3-6, 8).

Responsabilité du fonctionnaire cantonal envers l'Etat en raison du dommage résultant de la violation des devoirs de la charge et de la commission d'actes illicites, droit applicable, art. 362 et 41 sv. CO. — Recevabilité du recours en réforme, art. 60 al. 1^{er}, lettre c OJ (consid. 1).

Responsabilité par motif d'équité d'une personne privée de discernement; conditions, art. 54 al. 1^{er} CO (consid. 3 à 6 et 8).

Responsabilità del funzionario cantonale verso lo Stato a motivo del danno risultante dalla violazione dei doveri di servizio e da atti illeciti; art. 362 e 41 seg. CO. Diritto applicabile, ricevibilità del ricorso per riforma, art. 60, cp. 1, lett. c, OGF (consid. 1).
Responsabilità, per motivi d'equità, d'una persona incapace di discernimento; condizioni; art. 54 cp. 1 CO (consid. 3-6 e 8).

Aus dem Tatbestand:

Notar Schweizer in Zürich unterschlug aus seiner Amtskasse einen Betrag von ca. Fr. 40,000.—, den er im wesentlichen zur Gewährung von Darlehen an Dritte verwendete. Ferner verpfändete er einen Schuldbrief, der zu der Erbschaft Neyroud gehörte, als deren amtlicher Erbschaftsverwalter er bestellt worden war, und hob vom Postcheckkonto der Erbschaft Geld ab, das er für sich verwendete.

Das gegen ihn eingeleitete Strafverfahren wurde wegen Urteilsunfähigkeit des Angeschuldigten eingestellt. Dagegen wurde er seines Amtes enthoben. Mit Rücksicht auf

32. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. Februar 1951 i. S. Frank A.-G. gegen Frigaliment GmbH.

Speditionsvertrag, Haftung für Zwischenspediteure.

Stillschweigende Vereinbarung der Massgeblichkeit der allgemeinen Bedingungen des Schweiz. Spediteurenverbandes (Erw. 4). Zulässigkeit der vertraglichen *Haftungsbeschränkung* des Spediteurs auf sorgfältige Auswahl und Instruktion des Zwischenspediteurs (Erw. 5).

Pflicht des Spediteurs, den Versender auf die Haftungsbeschränkung besonders aufmerksam zu machen ? (Erw. 6).

Contrat du commissionnaire-expéditeur ou agent de transport, responsabilité pour les sous-agents.

Convention tacite selon laquelle les conditions générales des commissionnaires-expéditeurs suisses font règle (consid. 4). Légitimité de la clause *restreignant la responsabilité* du commissionnaire-expéditeur à la diligence dans le choix et l'instruction du sous-agent (consid. 5).

Obligation du commissionnaire-expéditeur d'attirer spécialement l'attention de l'expéditeur sur cette limitation de la responsabilité ? (consid. 6).

Contratto dello spedizioniere ; responsabilità dei sottoagenti.

Convenzione tacita, secondo cui le condizioni generali degli spedizionieri svizzeri sono determinanti (consid. 4) Legittimità della clausola che *limita la responsabilità dello speditore* alla diligenza nella scelta e all'istruzione del sottoagente (consid. 5).

Obbligo dello spedizioniere di attirare l'attenzione del mittente su questa limitazione della responsabilità.

Aus dem Tatbestand :

Die Kolonialwaren-Importfirma Steiner in Luzern beauftragte die Transportfirma Frank A.-G. in Basel mit dem Transport von 22 t. Kakaobohnen von Rotterdam nach Kopenhagen an die Schokoladefabrik Østrup-Jeppesen. Steiner trat in der Folge die Rechte aus dem Speditionsvertrag an die Frigaliment GmbH in St. Margrethen (SG) ab. Diese gab der Frank A.-G. die Weisung, der Empfängerin die Ware nur auszuliefern gegen die schriftliche Erklärung, dass sie diese der Frigaliment GmbH zur Verfügung halte. Die Frank A.-G. leitete diese Weisung an den von ihr beauftragten Zwischenspediteur in Rotterdam, die Firma Kersten, Hunik & Co., weiter, welche sie ihrerseits dem Empfangsspediteur in Kopenhagen, der Firma Tuxen & Hagemann, übermittelte. Diese führte die Weisung aber

nicht richtig aus, indem sie sich mit einer Erklärung begnügte, wonach die *Schokolade*, d. h. also nicht die übergebene Rohware, sondern das Fertigprodukt, der Frigaliment GmbH zur Verfügung stehen sollte. Damit war dieser die Verfügungsmöglichkeit über die Rohware, die sie sich mit der erwähnten Weisung sichern wollte, entzogen, und ihre Bestrebungen, das Transportgut vom Empfänger wieder herauszubekommen, blieben erfolglos.

Die Frigaliment GmbH belagte die Frank A.-G. auf Ersatz des Wertes der Sendung von rund Fr. 63,000.—, weil die Beklagte, bezw. deren Zwischenfrachtführer ihre Weisungen nicht richtig ausgeführt hätten. Die Beklagte wendete ein, sie habe die ihr erteilten Weisungen richtig weitergeleitet. Für ein allfälliges Verschulden der Unterspediteure sei sie nicht verantwortlich, da sie nach den anwendbaren allgemeinen Bedingungen des schweiz. Spediteurenverbandes nur für sorgfältige Auswahl und Instruktion der Unterspediteure hafte.

Das Zivilgericht Basel-Stadt wies die Klage ab, das Appellationsgericht dagegen schützte sie für den Betrag von Fr. 30,000.—. Das Bundesgericht heisst die Berufung der Beklagten gut und weist die Klage ab.

Erwägungen :

4. ... Für den Fehler der Firma Tuxen & Hagemann hat die Beklagte entgegen der Meinung der Vorinstanz nicht einzustehen. Die « Allgemeinen Bedingungen des schweizerischen Spediteuren-Verbandes » vom Jahre 1922 (ABSped, abgedruckt bei OCHSÉ, Der Speditionsvertrag, Diss. Zürich 1933, S. 136 ff.) bestimmen nämlich in Art. 3 Abs. 2 :

« Werden zur Durchführung der Spedition Transportanstalten irgendwelcher Art, Unterspediteure ... beansprucht, so haftet der Spediteur lediglich für deren sorgfältige *Auswahl* und *Instruktion*. Entstehen bei der Durchführung der Spedition Schäden, für welche den Spediteur kein Verschulden trifft, so hat er dem Auftraggeber lediglich die ihm gegen allfällig verantwortliche Dritte zustehenden Ansprüche abzutreten ; eine weitere Haftung besteht nicht. »

Für den streitigen Speditionsvertrag wurde die Massgeblichkeit der ABSped zwischen Steiner und der Beklag-

ten allerdings nicht besonders vereinbart. In Uebereinstimmung mit der ersten Instanz ist indessen anzunehmen, dass sie dem Vertragsverhältnis stillschweigend zu Grunde gelegt wurden, indem beide Parteien ihre Geltung als selbstverständlich voraussetzten. Aus den Klageantwortbeilagen 1 und 2 geht nämlich hervor, dass die Kolonialwaren-Importfirma Steiner seit Jahren mit dem beklagten Speditionsunternehmen in Geschäftsbeziehung stand und ihm im Jahre 1946 vier grössere Transportaufträge erteilt hatte. Dafür hatte Steiner das vorgedruckte Auftragsformular der Beklagten verwendet, dessen erster Satz lautet: « Wir übergeben Ihnen auf Grund der ,Allgemeinen Bestimmungen', festgesetzt vom Schweizerischen Spediteuren-Verband, nachstehende Partie zum Abtransport: ». Ob Steiner diese ABSped damals oder früher einmal gelesen hatte oder ob er jeweilen auf ungelesene allgemeine Geschäftsbedingungen Bezug nahm, ist ohne Belang. Es ist zumal unter Kaufleuten ein selbstverständlicher Grundsatz, dass allgemeine Geschäftsbedingungen, auf welche Bezug genommen wird, jeweilen Vertragsinhalt werden. Es genügt, dass der Kunde, der ausdrücklich und in nicht zu übersehender Weise auf das Bestehen allgemeiner Geschäftsbedingungen aufmerksam gemacht wird, die Möglichkeit hat, sich von deren Inhalt Kenntnis zu verschaffen. Ob er sich dazu die Mühe nimmt, ist rechtlich bedeutungslos. Abgesehen hievon darf nach der Erfahrung des Lebens davon ausgegangen werden, dass eine schweizerische Importfirma regelmässig um das Bestehen der schon seit 1922 im Gebrauch befindlichen ABSped weiss. Die Firma Steiner muss übrigens aller Wahrscheinlichkeit nach die ABSped besessen haben. Wie aus den Akten hervorgeht, pflegte die Beklagte ihre Offerten auf vorgedruckten Formularen zu machen. Am Fusse dieses Formulars steht unterstrichen zu lesen, dass für alle Vereinbarungen und Aufträge die ABSped gelten, und es wird klar auf die Rückseite verwiesen, wo die ABSped vollständig abgedruckt sind. Es liegt auf der Hand, dass auch Steiner im Laufe des

Geschäftsverkehrs mit der Beklagten Offerten auf solchen Formularen erhielt. Aber auch wenn dies nicht zutreffen sollte, wusste Steiner auf Grund der bisherigen, auf vorgedrucktem Formular erteilten Transportaufträge, dass die Beklagte stets auf der Grundlage der ABSped kontrahiere. Es widerspricht Treu und Glauben im Verkehr, wenn er, nachdem er während des ganzen Jahres 1946 auf Grund solcher Formulare Speditionsaufträge an die Beklagte erteilt hatte, für einen Anfang Mai 1947 brieflich und ohne jeden Vorbehalt erteilten gleichartigen Auftrag nun plötzlich die Massgeblichkeit der ABSped bestreitet.

Ganz besonders stossend erscheint es, dass gerade die Klägerin diesen Standpunkt einzunehmen versucht. Bei ihr handelt es sich nach ihren Briefköpfen um eine Engros-Importgesellschaft, die über Gefrierlagerräume mit 1000 Tonnen Fassungsraum verfügt und die laufend Waren aus Europa und Übersee einführt. Nach den Beilagen zur Klageantwort hat sie allein im Monat März 1946 mit der Beklagten drei grosse Transportaufträge abgeschlossen, und zwar jeweils auf Grund einer Offerte mit den bereits erwähnten Hinweisen nebst Wiedergabe der ABSped, sowie auf Grund des ebenfalls schon erwähnten Transportauftragsformulars der Beklagten. Eine Importfirma, die aus eigenen Geschäften mit der Beklagten vom Frühjahr 1946 her derartige Dokumente in Händen hat, darf ein Jahr später nicht gehört werden mit der Einwendung, die ABSped bildeten nur dann die Grundlage eines von der Beklagten angenommenen Speditionsauftrages, wenn diese Bedingungen ausdrücklich als massgebend bezeichnet wurden. Im übrigen kommt es nicht darauf an, was die *Klägerin* im Mai 1947 mit Bezug auf das heute streitige Geschäft annahm oder nicht annahm. Entscheidend ist, dass der Abschlusspartner Steiner damals nach den Regeln des anständigen kaufmännischen Verkehrs die ABSped als Vertragsgrundlage gelten lassen musste.

Die Vorinstanz glaubt, die gegenteilige Auffassung damit begründen zu können, dass die ABSped namentlich

wegen der weitgehenden Freizeichnungen für den Versender ungünstig, überdies umfangreich, kompliziert und unübersichtlich seien und erfahrungsgemäss häufig nicht gelesen würden. Das letztere ist, wie bereits ausgeführt, auf jeden Fall unerheblich. Dass die ABSped unübersichtlich, kompliziert und besonders umfangreich wären, trifft nicht zu. Sie sind zudem seit nahezu 30 Jahren in der Schweiz im Gebrauch, und von einem Importeur darf erwartet werden, dass er um die Grundzüge dieser ABSped weiss und sie versteht. Das gehört zum ordentlichen Geschäftsbetrieb eines Importunternehmens. Die wichtigsten Freizeichnungen sind in Art. 3 der ABSped enthalten und klar genug abgefasst. Steiner hat sie bei allen vorausgegangenen Geschäften ausdrücklich als massgebend hin genommen und aus diesem Grunde muss man nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass er sie stillschweigend auch im vorliegenden Fall hinnahm; andernfalls wäre es an ihm gewesen, sie ausdrücklich auszuschliessen. Aus demselben Grunde kommt auch nichts darauf an, dass die ABSped bei der Abwicklung der früheren Geschäfte nie aktuell wurden.

5. — Für den Fall der grundsätzlichen Anwendbarkeit der ABSped macht die Klägerin geltend, die Beschränkung der Haftung auf gehörige Sorgfalt bei der Auswahl und Instruktion der Zwischenspediteure sei sittenwidrig und daher nichtig (Art. 19 Abs. 2 OR). Steiner und die Klägerin seien für den in Frage stehenden Transport auf einen Spediteur angewiesen gewesen, der Mitglied des Schweizerischen Spediteurenverbandes ist. Es sei gerichts bekannt, dass sämtliche schweizerischen Speditionsfirmen, die mit einem solchen Transport betraut werden konnten, dem Schweizerischen Spediteuren-Verband angehören. Diese Freizeichnungsklausel sei Steiner und der Klägerin von der Beklagten « unter Ausnützung ihrer Monopolstellung aufgezungen worden ».

Diese Einrede ist jedoch unbegründet. Zunächst wäre es Sache der Klägerin gewesen, die behauptete Monopolstel-

lung der Beklagten oder des schweizerischen Spediteuren-Verbandes überhaupt nachzuweisen. Nach den Darlegungen von OCHSÉ, S. 30 f., der diese Verhältnisse im Jahre 1933 untersucht hat, kann davon in der Schweiz nicht die Rede sein; es beständen vielmehr an jedem Orte bedeutende Firmen, die dem Verband nicht angehören. Im übrigen bleibt es eine offene Frage, ob nicht eine Firma, z.B. auch die Beklagte, auf besonderes Verlangen zu einer vertraglichen Änderung einzelner Freizeichnungsklauseln Hand bieten würde, wenn der Versender bereit ist, die entsprechende Erhöhung der Speditionskosten zu übernehmen.

Aber selbst wenn die Klägerin das Bestehen einer tatsächlichen Monopolstellung der Beklagten nachgewiesen hätte, wäre ihre Einrede zu verwerfen. Wieso die in Frage stehende blosse Beschränkung der Haftung für Unterspediteure und ähnliche zur Ausführung des Speditionsauftrages beigezogene, selbständig handelnde Dritte gegen die guten Sitten verstossen sollte, ist weder unter dem Gesichtspunkt der beteiligten Parteien, noch unter demjenigen des Gemeinwohles einzusehen, zumal wenn man in Betracht zieht, dass Art. 101 Abs 2 und 3 OR (mit einer hier nicht zutreffenden Ausnahme) sogar die Wegbedingung der Haftung für eigentliche Hilfspersonen, für echte Erfüllungsgehilfen, gestattet, wozu der selbständige Unterbeauftragte (Substitut) nicht gehört. Selbst im deutschen Recht, auf das sich die Klägerin für ihre Auffassung glaubt berufen zu können, hat die Rechtsprechung zu den bis 1927 geltenden alten ABSped unter dem Gesichtspunkt des Monopolmissbrauchs einzig den Ausschluss der Haftung für grobes Verschulden des Geschäftsinhabers und der leitenden Angestellten als sittenwidrig bezeichnet. Im Haftungsausschluss für nicht leitende Angestellte oder für beigezogene selbständige Dritte wurde dagegen nie eine Sittenwidrigkeit erblickt, und namentlich auch nicht in der Beschränkung der Haftung auf sorgfältige Auswahl und Instruktion von Unterspediteuren, wie sie hier in Frage steht (vgl. RAISER, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedin-

gungen, S. 302 ff., S. 308 ff., OCHSÉ a.a.O. S. 30 f. ; DÜRINGER-HACHENBURG, Kommentar zum HGB, V/2, S. 940 f., Anm. 11, 13).

6. — Die Klägerin wendet eventuell noch ein, die Beklagte dürfte sich auf die streitige Haftungsbeschränkung nur berufen, wenn sie zuvor Steiner und ihr Gelegenheit gegeben hätte, sich gegen den Ausschluss der Haftung für die Zwischenspediteure durch eine Transportversicherung zu schützen. Das sei nicht geschehen.

Dadurch, dass der Spediteur es unterliess, den Versender auf die Zweckmässigkeit einer die Haftungsbeschränkung ausgleichenden Versicherung hinzuweisen, wird die Haftungsbeschränkung als solche nicht sittenwidrig. Dagegen kann sich fragen, ob eine solche Unterlassung nach dem Umständen nicht eine Haftung des Spediteurs aus culpa in contrahendo begründe. Das wurde in der deutschen Rechtsprechung bejaht beim Nichthinweis auf die Zweckmässigkeit einer Versicherung wertvoller Güter (vgl. DÜRINGER-HACHENBURG, a.a.O. N. 11 und 13).

Dieser Gesichtspunkt trifft im vorliegenden Fall nicht zu. Die der Firma Steiner wie der Klägerin bekannten ABSped erklären in Art. 2 Abs. 2 klar, dass der Spediteur die Versicherung nur auf ausdrückliche, schriftliche Weisung des Auftraggebers besorgt. Das ist sogar auf der Vorderseite des von der Beklagten im Verkehr mit Steiner und der Klägerin gebrauchten Offertformulars noch besonders wiederholt, wo es heisst : « Die Versicherung decken wir nur aus schriftlichem, für jede Sendung speziell zu erteilendem Auftrag ». Und in dem von Steiner, wie von der Klägerin wiederholt gebrauchten, von der Beklagten zur Verfügung gestellten, vorgedruckten Transportauftrags-Formular findet sich eine Rubrik « *Versicherung* (Gesellschaft, genaue Konditionen) ». Diese Rubrik wurde von der Klägerin jeweils ziemlich genau ausgefüllt, von Steiner allgemein durch blosse Angabe der gewünschten Versicherungsgesellschaft. Da es sich bei Steiner (wie übrigens auch bei der Klägerin) um eine Importfirma handelte, war

es seine Sache, hier die nötigen Anträge zu stellen, und es geht auf keinen Fall an, die eigene Sorglosigkeit in Versicherungsfragen im Wege der culpa in contrahendo auf die Gegenpartei abzuwälzen, gar noch mit Bezug auf die Bestimmung in Art. 3 Abs. 2 der ABSped über die Beschränkung der Haftung für Auswahl und Instruktion von dritten Unterbeauftragten.

7. — Erweist sich somit die Klage schon auf Grund der vorstehenden Erwägungen als unbegründet, so braucht nicht Stellung genommen zu werden zu der Auffassung der Vorinstanz, dass der Zwischenspediteur (soweit nicht Transporthandlungen in Frage stehen, was hier nicht der Fall ist), als Hilfsperson im Sinne von Art. 101 OR zu betrachten sei, für welche die Beklagte einzustehen habe.