Urteilskopf

89 II 214

30. Urteil der I. Zlvilabteilung vom 25. Junl 1963 i.S. Moser gegen Tang.
Regeste (de):
Trödelvertrag. Internationales Privatrecht.

Rechtswahl, Anforderungen (Erw. 1a).

Trödelvertrag, Bestimmung des anwendbaren Rechts bei Fehlen einer Rechtswahl (Erw. 1b).

Schadenersatz wegen Nichterfüllung, konkrete und abstrakte Schadensberechnung, OR Art. 97 ff. 42, 191 Abs. 3.

Regeste (fr):
Contrat de consignation. Droit international privé.

Conditions de l'élection de droit (consid. 1a).

Législation applicable au contrat de consignation en l'absence d'une élection de droit (consid. 1b).

Dommages-intérêts pour cause d'inexécution, détermination concrète et abstraite du dommage, art. 97 ss., 42, 191 al. 3 CO.

Regesto (it):
Contratto estimatorio. Diritto internazionale privato.

Presupposti per la scelta del diritto applicabile (consid. 1a).

Contratto estimatorio, determinazione del diritto applicabile in mancanza di una scelta del diritto (consid. 1b).

Risarcimento dei danni per inadempimento, determinzazione concreta e astratta del danno, art. 97 sgg., 42, 191 cpv. 3 CO.

Sachverhalt ab Seite 214

A.- Frau Moser, die in Zürich ein Kunst- und Antiquitätengeschäft betreibt, erhielt am 30. März 1959 in Pforzheim von dem damals in Hongkong, heute in New York wohnhaften Antiquitätenhändler Tang 15 chinesische Rollbilder "in Konsignation" (on consignment). Diese Bilder sollten gemäss Vereinbarung der Parteien in den Geschäftsräumen der Frau Moser ausgestellt und wenn möglich verkauft werden. Für die geplante Ausstellung sollte Tang noch weitere Bilder und sonstige Kunstgegenstände chinesischer Herkunft zur Verfügung stellen. Hiezu kam es jedoch nicht, da zwischen den Parteien über den Inhalt der getroffenen Vereinbarungen Streit entstand. Von den übergebenen 15 Rollbildern verkaufte Frau Moser in der Folge zwei Stück.

B.- Mit Klage vom 7. Februar/17. April 1961 beantragte

BGE 89 II 214 S. 215

Tang, Frau Moser sei zur Herausgabe der ihr übergebenen Bilder, eventuell zur Bezahlung des vereinbarten Übernahmepreises von Fr. 22'297.60 zu verurteilen. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und erhob Widerklage, mit der sie eine Schadenersatzforderung von Fr. 10'000. - geltend machte und für diese ein Retentionsrecht an den noch vorhandenen 13 Rollbildern beanspruchte. Da der Kläger die ihm auferlegte allgemeine Prozesskaution nicht leistete, wies das Bezirksgericht Zürich die Hauptklage von der Hand. Die allein noch anhängige Widerklage wies es mit Urteil vom 30. Mai 1962 für den Betrag von Fr. 2000. - zur Zeit und im übrigen gänzlich ab. Das Obergericht Zürich, II. Zivilkammer, verwarf die Berufung der Beklagten hiegegen mit Urteil vom 18. Dezember 1962 und bestätigte den erstinstanzlichen Entscheid. Beide kantonalen Instanzen wendeten schweizerisches Recht an.

C.- Mit der vorliegenden Berufung beantragt die Beklagte erneut, der Kläger sei in Gutheissung der Widerklage zu verpflichten, ihr Fr. 10'000. - nebst 5% Zins seit 30. Juni 1959 zu bezahlen, und es sei festzustellen, dass ihr für diesen Betrag ein Retentionsrecht an den gemäss Empfangsschein vom 30. März erhaltenen Rollbildern (abzüglich zweier inzwischen verkaufter Stücke) zustehe. Der Kläger ersucht um Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Gegenstand des Streites bildet ein Vertragsverhältnis des internationalen Schuldrechts. Da mit der Berufung gemäss Art. 43 OG nur die Verletzung schweizerischen Rechtes gerügt werden und das Bundesgericht nur dieses überprüfen kann, ist von Amtes wegen die Frage des anwendbaren Rechtes zu untersuchen. a) Schuldverträge unterstehen nach den Regeln des internationalen Privatrechts der Schweiz dem Rechte, das

BGE 89 II 214 S. 216

die Parteien durch Vereinbarung als massgebend erklärt haben. Diese Unterstellung kann beim Vertragsschluss oder nachträglich, spätestens im Verfahren vor dem kantonalen Sachrichter, vorgenommen werden. Die blosse Anrufung von Bestimmungen des schweizerischen Rechts durch beide Parteien genügt jedoch nicht. Ein auf übereinstimmender Erklärung beruhender Verweisungsvertrag kann vielmehr nur angenommen werden, wenn dabei beide Parteien das Bewusstsein und den Willen hatten, eine Rechtswahl zu treffen (BGE 88 II 327, BGE 87 II 201 und dortige Literaturhinweise). Im vorliegenden Fall hat der Kläger sich ohne nähere Begründung auf Bestimmungen des schweizerischen Rechts berufen. Die Beklagte hat darauf hingewiesen, dass sich vorerst die Frage des anwendbaren Rechtes stelle, und erklärt, sie gehe mit dem Kläger darin einig, dass schweizerisches Recht anzuwenden sei. Der Kläger hat sich dazu nicht weiter geäussert. Ob sich unter diesen Umständen eine beidseitige bewusste Rechtswahl annehmen lasse, erscheint als zweifelhaft. Die Frage kann jedoch offen

bleiben. Denn selbst beim Fehlen einer Rechtswahl ergibt sich auf Grund der Anknüpfung nach objektiven Gesichtspunkten die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts. b) Mangels einer Rechtswahl durch die Parteien ist das Recht des Landes massgebend, mit dem der Vertrag den engsten räumlichen Zusammenhang aufweist (BGE 88 II 474 Erw. 3 und dortige Hinweise). Dieser Zusammenhang besteht in der Regel mit dem Recht des Landes derjenigen Partei, welche die charakteristische Leistung des in Frage stehenden Vertragsverhältnisses zu erbringen hat (BGE 79 II 297 f., BGE 88 II 199 und dortige Hinweise). Bei dem streitigen Vertragsverhältnis handelt es sich um einen Trödelvertrag, wie die Vorinstanz (Urteil S. 5 Erw. 5) mit zutreffender Begründung angenommen hat und im Berufungsverfahren seitens beider Parteien anerkannt wird. Beim Trödelvertrag liegt das Schwergewicht auf der

Verpflichtung des Trödlers. Dieser hat die für das Rechtsverhältnis charakteristische Leistung zu erbringen, die darin besteht, entweder den vereinbarten Preis für die ihm zum Verkauf überlassene Ware zu bezahlen oder diese zurückzugeben. Da sich im vorliegenden Fall der Wohn- und Geschäftssitz des Trödlers, d.h. der Beklagten, in Zürich befindet, besteht somit der engste räumliche Zusammenhang mit der Schweiz, was zur Anwendbarkeit des schweizerischen Rechtes führt. Auf die Berufung ist somit einzutreten.

2. Die streitige Widerklageforderung stellt sich als Schadenersatzanspruch dar. Zu dessen Begründung hat die Beklagte im wesentlichen vorgebracht, der Kläger habe sich zur Lieferung noch weiterer Trödelware verpflichtet, sie aber nicht geliefert und sei daher gemäss Art. 97 ff. OR schadenersatzpflichtig. Weiter habe er den Vertrag auch dadurch verletzt, dass von den 15 gelieferten Rollbildern 13 Fälschungen gewesen seien. Deswegen sei ihr der Gewinn entgangen, den sie aus dem Verkaufechter Rollbilder hätte erzielen können. Zur Frage der Schadenshöhe hat die Beklagte sodann ausgeführt, hinsichtlich der 13 noch vorhandenen Rollbilder sei von einem Konsignationspreis von DM 21'912. - auszugehen. Von diesen Bildern hätte sie mindestens die Hälfte verkaufen können, und zwar mit einer Gewinnmarge von 50% von oben bzw. 100% von unten gerechnet, so dass sich ihr Gewinn auf mindestens Fr. 11'000. - belaufen hätte. Für die übrigen Kunstgegenstände, die ihr noch hätten übergeben werden sollen, sei ein Konsignationspreis von DM 29'519.60 vorgesehen gewesen; auch von diesen Sachen hätte sie mindestens die Hälfte absetzen können; da bei Artikeln dieser Art die Gewinnmarge etwas geringer sei, nämlich 25% von oben bzw. 33% von unten gerechnet, hätte ihr Gewinn mindestens Fr. 5000. - betragen. Zum Beweis für diese Behauptungen berief sich die Beklagte auf W. Höchstätter, der zu den ersten Fachleuten auf diesem Gebiet gehöre, sowie auf Expertise.

3. Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass beim Trödelvertrag die Verpflichtung des Trödlers in der Alternativobligation bestehe, entweder den vereinbarten Preis zu bezahlen oder die Ware zurückzugeben. Die Eigenart der Alternativobligation gestalte den Trödelvertrag zu einem bedingt synallagmatischen Vertrag. Da die Beklagte noch keine Wahl getroffen habe, bleibe offen, ob sie gestützt auf Art. 107 ff. OR eine Schadenersatzforderung geltend machen könne. Aber selbst wenn sie dies könnte, dürfe sie nicht einfach den Weg der abstrakten Schadensberechnung wählen, wie sie dies getan habe. Sie müsse vielmehr den behaupteten Schaden konkret nachweisen, was sie nicht getan habe; ihre Schadenersatzforderung sei daher mangels Substanzierung abzuweisen.

4. Mit der Berufung macht die Beklagte unter Hinweis auf zwei Schreiben ihres früheren Anwaltes geltend, sie habe hinsichtlich der ihr übergebenen Bilder ihr Wahlrecht im Sinne der Rückgabe ausgeübt. Die gegentei-

lige Annahme der Vorinstanz beruhe auf einem offensichtlichen Versehen. In rechtlicher Beziehung habe sie ihren Schadenersatzanspruch nicht auf Art. 107 ff., sondern auf Art. 97 OR gestützt. In bezug auf die ihr nicht gelieferten weiteren Kunstgegenstände sei sie gar nie in die Lage gekommen, ein Wahlrecht auszuüben. Auch hier komme als Rechtsgrundlage für den Schadenersatzanspruch nicht Art. 107, sondern wiederum der von ihr angerufene Art. 97 OR in Betracht. Es erübrigt sich jedoch, die Begründetheit dieser Rügen zu prüfen; denn die Abweisung des Schadenersatzbegehrens durch die Vorinstanz stützt sich letztlich nicht auf die mit ihnen angefochtenen Feststellungen und Erwägungen, sondern auf die Auffassung, dass die von der Beklagten gewählte Methode der abstrakten Schadensberechnung unzulässig sei und für einen konkreten Schadensnachweis die erforderliche Substanzierung fehle.

5. Die Beklagte wendet demgegenüber in der Berufung

ein, sie habe nie eine abstrakte Schadensberechnung angestellt, sondern einen entgangenen Gewinn unter Berücksichtigung des gewöhnlichen Laufs der Dinge im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR geltend gemacht. Darin liege eine konkrete Schadensberechnung. Dieser Einwand erweist sich jedoch als unstichhaltig.
a) Konkret ist eine Schadenberechnung nur, wenn ganz bestimmte schädigende Ereignisse, oder, bei Geltendmachung entgangenen Gewinns, ganz bestimmte gewinnbringende Ereignisse, die durch das schädigende Verhalten verunmöglicht wurden, nachgewiesen werden können. Das wären hier Verkäufe der Rollbilder an bestimmte Personen zu bestimmten Preisen. Darüber ist aber in den Rechtsschriften der Beklagten nichts zu finden. Insbesondere wird auch der Zeuge Höchstätter nicht zum Beweis von solchen angerufen, sondern nur dafür, dass die Beklagte die Bilder mit Gewinn hätte verkaufen können. Ob dies der Fall sei, ist aber keine Zeugen-, sondern eine Expertenfrage, und Höchstätter hätte daher höchstens als Experte darüber Auskunft geben können. b) Nach dem schweizerischen Recht ist grundsätzlich ein konkreter Schadensnachweis erforderlich (Art. 99 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 42 Abs. 1 OR). Ausnahmen hievon müssen also im Gesetz ausdrücklich vorgesehen werden. Die Beklagte beruft sich nun freilich auf Art. 42 Abs. 2 OR, wonach der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzuschätzen ist. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung ist aber ausdrücklich auf den nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden beschränkt und enthebt also den Ansprecher nicht der Pflicht zum ziffernmässigen Schadensnachweis, sofern ein solcher möglich ist. Im vorliegenden Fall, wo es sich darum handelt, den aus der Nichtlieferung von Kunstgegenständen und der Lieferung von falschen Bildern angeblich entstandenen Schaden festzusetzen, und wo behauptet wird, deren Verkauf hätte zum Doppelten bezw. zu 133% des Konsignationspreises erfolgen

können, ist ein ziffernmässiger Nachweis dieser Differenz nicht ausgeschlossen. c) Die entscheidende Frage geht dahin, ob im vorliegenden Fall die von der Beklagten beantragte Methode der Schadensberechnung zulässig sei. Sie ist es nach dem Gesagten nur, wenn sie im Gesetz vorgesehen ist. Das Bezirksgericht, dem sich die Vorinstanz anschloss, hat angenommen, die Beklagte wolle den in Art. 215 Abs. 2 OR vorgesehenen, dem kaufmännischen Verkehr vorbehaltenen Berechnungsmodus anwenden; Voraussetzung hiefür wäre aber, dass die Ware einen Markt- oder Börsenpreis hätte, was hier nicht zutreffe. Die Beklagte wendet ein, die erste Instanz habe wohl eher Art. 191 Abs. 2 OR im Auge gehabt: zudem habe sie den Begriff des Verkäuflichkeitswertes

im Sinne von BGE 78 II 432 ausser acht gelassen. Die beiden erwähnten Gesetzesbestimmungen gehören zwar dem Kaufrecht an, während hier ein Trödelvertrag in Frage steht. Sie könnten jedoch allenfalls analog angewendet werden, weil der Trödelvertrag eine unverkennbare Verwandtschaft mit dem Kaufvertrag aufweist. Er wurde denn auch früher von einzelnen Autoren wie auch vom Bundesgericht als Kaufvertrag mit Suspensivbedingung der Nichtrückgabe konstruiert (vgl. BGE 55 II 42 f.; OFTINGER, Der Trödelvertrag, S. 28, Fussnote 36). Art. 215 OR fällt jedoch hier nicht in Betracht, weil er vom Verzug des Käufers handelt, d.h. vom Falle, wo dieser seiner Zahlungspflicht nicht nachkommt, während hier die Folgen der Nichterfüllung der Lieferpflicht durch den Verkäufer zur Diskussion stehen. Diesen Fall hat, wie die Beklagte zutreffend bemerkt, Art. 191 Abs. 2 OR im Auge. Danach kann der Käufer als seinen Schaden die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Preise, um den er sich einen Ersatz für die nicht gelieferte Sache in guten Treuen erworben hat, geltend machen. Einen solchen Deckungskauf hat aber die Beklagte nicht abgeschlossen. Nur bei Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, kann der Käufer

gemäss Art. 191 Abs. 3 OR, ohne sich den Ersatz anzuschaffen, die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Preis zur Erfüllungszeit als Schadenersatz verlangen. Das ist der sog. abstrakte Schaden (OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 191 OR N. 10). Von einem Markt- oder Börsenpreis kann hier jedoch nicht die Rede sein. Ihn besitzen nur Waren, die auf dem Markt oder an der Börse regelmässig und zu einem festzustellenden Durchschnittskurs gehandelt werden (OSER/SCHÖNENBERGER Art. 191 N.11). Kunstwerke, um die es sich hier handelt, sind gerade die ausgesprochensten Prototypen von Sachen, die keinen Markt- oder Börsenpreis besitzen; ihnen kommt vielmehr ein gänzlich individueller, ja meist nur ein Liebhaberpreis zu. Was die Berufung auf den sog. Verkäuflichkeitspreis gemäss BGE 78 II 432 betrifft, so vermag auch sie der Beklagten nicht zu helfen. In diesem Entscheid wurde allerdings vom Erfordernis eines eigentlichen, auf Kursnotierungen beruhenden Marktpreises als Voraussetzung für die Zulässigkeit der abstrakten Schadensberechnung abgesehen und der Nachweis der blossen Verkäuflichkeit zu einem nach objektiven Gesichtspunkten feststellbaren üblichen Preis als genügend bezeichnet. Dazu wurde aber bemerkt, ein Marktpreis in diesem weiteren Sinne könne nicht angenommen werden, wenn es zwar zu gelegentlichen Abschlüssen gekommen sei, aber zu Preisen, die von den persönlichen besonderen Umständen beim Käufer oder Verkäufer abhingen. Es leuchtet nun ohne weiteres ein, dass dieser Begriff des "Marktpreises im weiteren Sinn" auf den Kauf von Kunstgegenständen, die überhaupt keine "Ware" in diesem Sinn sind, nicht übertragen werden kann. Andere Ausnahmen vom Prinzip des konkreten Schadensnachweises als die besprochenen kennt das Gesetz nicht. Somit ist die Schadenersatzklage der Beklagten mit der Vorinstanz schon mangels Schadensnachweises zu verwerfen.

6. In der Schadenersatzforderung von Fr. 10'000. - ist ein Betrag von Fr. 2'000. - mitenthalten, den die

Beklagte dem Kläger als Vorschuss gewährte und der auf den Übernahmepreis der vom Kläger gelieferten Bilder angerechnet werden sollte. Die Vorinstanz hat diese Forderung "zur Zeit" abgewiesen. Zu dieser Forderung wird in der Berufungsschrift nichts ausgeführt. Es fehlt somit in diesem Punkte an der nach Art. 55 Abs. 1 lit. c OG erforderlichen Begründung, was die Berufung insoweit unwirksam macht. Dasselbe gilt auch mit Bezug auf die Frage des von der Beklagten beanspruchten Retentionsrechts.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 18. Dezember 1962 bestätigt.