CISG-online 426

Jurisdiction	Switzerland
Tribunal	Bezirksgericht der Saane (Court of First Instance Saane)
Date of the decision	20 February 1997
Case no./docket no.	T 171/95
Case name	<i>Royal Feinsprit 96% for Moscow case</i>

I.

1.

Am 9. Mai 1995 reichte die Klägerin/Widerbeklagte (nachfolgend Klägerin) eine Forderungsklage ein, mit den Rechtsbegehren, die Beklagte/Widerklägerin (nachfolgend Beklagte) sei zu verurteilen, der Klägerin einen Betrag von US\$ 23'730.-- nebst Zins zu 8% seit dem 25. Januar 1994 zu bezahlen; in der Betreuung Nr. 679'374 des Betreibungsamtes des Saanebezirkes sei für den Betrag von Fr. 29'876.05 nebst Zins zu 8% seit dem 1. Februar 1994 sowie für die Kosten des Zahlungsbefehls von Fr. 111.80 die definitive Rechtsöffnung zu erteilen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

1

2.

Der Gerichtspräsident forderte die Klägerin mit Schreiben vom 29. Mai 1995 auf, bis zum 19. Juni 1995 einen Kostenvorschuss von Fr. 1'500.-- zu leisten. Diese Frist wurde auf Ersuchen der Klägerin bis zum 11. Juli 1995 verlängert.

2

3.

Mit Schreiben vom 30. Juni 1995 setzte der Gerichtspräsident der Beklagten unter Verwirkungsfolge eine peremptorische Frist bis zum 30. Juli 1995, um eine Klageantwort einzureichen und einen Kostenvorschuss von Fr. 1'500.-- zu bezahlen.

3

4.

Am 19. Oktober 1995 reichte die Beklagte nach zweimaliger Fristverlängerung fristgerecht die Klageantwort und eine Widerklage ein, mit den Rechtsbegehren, die Forderungsklage der Klägerin sei vollumfänglich abzuweisen und diese sei widerklageweise zu verurteilen, der Beklagten einen Betrag von US\$ 15'270.-- nebst Zins zu 5% seit dem 14. März 1994 und einen Betrag von Fr. 3'000.-- nebst Zins zu 5% seit dem 14. März 1995 zu bezahlen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin.

4

5.

Der Gerichtspräsident setzte der Klägerin mit Schreiben vom 27. Oktober 1995 eine Frist bis zum 18. November 1995, um eine Replik einzureichen.

5

6.

Die Klägerin reichte am 8. Januar 1996 nach Fristverlängerungen die Replik auf die Klageantwort sowie eine Antwort auf die Widerklage ein, mit den Rechtsbegehren, die

6

Forderungsklage vom 9. Mai 1995 sei gutzuheissen und die Widerklage der Beklagten sei vollumfänglich abzuweisen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

7.

Der Gerichtspräsident forderte die Beklagte mit Schreiben vom 16. Januar 1996 auf, bis zum 6. Februar 1996 eine Duplik einzureichen.

7

8.

Am 20. März 1996 wurde nach zweimaliger Fristverlängerung eine Duplik von der Beklagten eingereicht, mit den Rechtsbegehren, die in der Klageantwort/Widerklage vom 19. Oktober 1995 enthaltenen Rechtsbegehren würden vollumfänglich bestätigt.

8

9.

Mit Schreiben vom 26. März 1996 forderte der Gerichtspräsident die Parteien auf, zur Sitzung des Zivilgerichtes vom 19. Juni 1996 zu erscheinen.

9

10.

An der Sitzung vom 19. Juni 1996 erschienen beide Parteien. Die Klägerin war durch K[...] A[...] vertreten und rechtlich verbeiständet durch Rechtsanwalt Dr. Paul Zbinden. Die Beklagte war durch M[...] L[...] vertreten und rechtlich verbeiständet durch Rechtsanwältin Danielle Julmy. Die Klägerin ergänzte ihre Klage vom 9. Mai 1995. Es wurden Vergleichsverhandlungen geführt, welche jedoch scheiterten. Das Beweisverfahren wurde eröffnet und die Parteien wurden zur Sache befragt. Darauf wurde das Beweisverfahren suspendiert.

10

11.

Mit Schreiben vom 2. Juli 1996 setzte der Gerichtspräsident den Parteien eine Frist bis zum 20. September 1996, um weitere Beweisanträge zu stellen.

11

12.

Mit Schreiben vom 8. Juli 1996 stellte die Klägerin die Beweisanträge, Frau L[...] A[...] einzuvernehmen und im Sinne einer superprovisorischen Massnahme, durch Anweisung an das Handelsregisteramt die Eintragung der Beklagten im Handelsregister in Freiburg nicht zu löschen, solange das Verfahren andauere.

12

13.

Auf Aufforderung des Gerichtspräsidenten teilte die Beklagte mit Schreiben vom 20. September 1996 mit, sie stelle keine zusätzlichen Beweisanträge und die Anträge der Klägerin vom 8. Juli 1996 seien abzuweisen.

13

14.

Mit Verfügung vom 21. November 1996 wies der Gerichtspräsident die Beweisanträge der Klägerin vom 8. Juli 1996 ab und schloss das Beweisverfahren. Die Rechtsbeistände der Parteien wurden aufgefordert, zur Sitzung des Zivilgerichtes vom 19. Dezember 1996 zu erscheinen, um ihre Parteivorträge zu halten.

14

15. 15
Nachdem die Beklagte mit dem Einverständnis der Klägerin um eine Verschiebung oder Vorverlegung der Sitzung vom 19. Dezember 1996 ersucht hatte, wurde die Sitzung auf den 20. Februar 1997 verschoben.
16. 16
Zur Sitzung vom 20. Februar 1997 erschienen nur die Rechtsbeistände der Parteien, Rechtsanwalt Dr. Zbinden und Rechtsanwältin Danielle Julmy. Rechtsanwalt Dr. Zbinden machte das Gericht auf einen Fehler im Protokoll der Sitzung vom 19. Juni 1996 aufmerksam. Darauf hielten Rechtsanwalt Dr. Zbinden, danach Rechtsanwältin Danielle Julmy, ihre Parteivorträge. Rechtsanwalt Dr. Zbinden hielt eine kurze Replik, ehe die Sitzung geschlossen wurde.
- II. 17
1. 17
Die Klägerin hat ihren Sitz in Oesterreich, die Beklagte ist eine Zweigniederlassung der «D[...] e C[...] AG» (Hauptsitz in [...] /Liechtenstein) mit Sitz in [...]. Die Parteien haben keine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen. Art. 112 Abs. 2 IPRG bestimmt sowohl die internationale als auch die örtliche Zuständigkeit: Für Klagen aufgrund der Tätigkeit einer Niederlassung in der Schweiz sind überdies die Gerichte am Ort der Niederlassung zuständig.
- Gemäss Art. 8 IPRG beurteilt das Gericht, bei dem die Hauptklage hängig ist, auch die Widerklage, sofern zwischen Haupt- und Widerklage ein sachlicher Zusammenhang besteht. Diese Konnexität ist hier gegeben, da die geltend gemachten Ansprüche aus dem gleichen Rechtsgeschäft und dem gleichen Sachverhalt abgeleitet werden können (vgl. *Vogel*, Grundriss des Zivilprozessrechts, Dritte stark erweiterte Aufl., Bern 1992, S. 116 und 178). 18
- Das Bezirksgericht der Saane ist demzufolge örtlich und sachlich zur Behandlung von Klage und Widerklage zuständig (Art. 112 Abs. 2, Art. 8 IPRG; Art. 143 GOG). 19
2. 20
Die Klägerin beantragt in ihrer Forderungsklage vom 9. Mai 1995, die Beklagte sei zu verurteilen, ihr einen Betrag von US\$ 23'730.-- nebst Zins zu 8% seit dem 25. Januar 1994 zu bezahlen. In der Betreuung Nr. 679'374 des Betreibungsamtes des Saanebezirkes sei für den Betrag von Fr. 29'876.05 nebst Zins zu 8% seit dem 1. Februar 1994 sowie für die Kosten des Zahlungsbefehls von Fr. 111.80 die definitive Rechtsöffnung zu erteilen. Dies alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.
- In ihrer Antwort und Widerklage vom 19. Oktober 1995 schliesst die Beklagte dahingehend, 21
dass die Forderungsklage der Klägerin vollumfänglich abzuweisen sei. Die Klägerin sei zu verurteilen, der Beklagten einen Betrag von US\$ 15'270.-- nebst Zins zu 5% seit dem 14. März 1994 und einen Betrag von Fr. 3'000.-- nebst Zins zu 5% seit dem 14. März 1995 zu bezahlen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen der Klägerin.

In ihrer Replik und Antwort auf die Widerklage vom 8. Januar 1996 beantragt die Klägerin, ihre Forderungsklage vom 9. Mai 1995 sei gutzuheissen und die Widerklage der Beklagten vom 19. Oktober 1995 sei vollumfänglich abzuweisen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen der Beklagten. 22

Die Beklagte bestätigt in ihrer Duplik vom 20. März 1996, die in ihrer Antwort und Widerklage vom 19. Oktober 1995 gestellten Rechtsbegehren. 23

3. 24

Wie das Beweisverfahren ergeben hat, liegt dem Streit der Parteien im wesentlichen folgendes zugrunde:

3.1 25

Die Klägerin wurde von der D[...] H[...] C[...], P[...] mit dem Einkauf und dem Transport von Spiritus, der für Kunden in Moskau bestimmt war, beauftragt. Die Auftraggeberin habe unmissverständlich zur Bedingung gemacht, dass die Ware per LKW transportiert werden müsse, ein Kombiverkehr zwischen Bahn und LKW sei ausgeschlossen worden. Nachdem die Firma A[...], B[...] im Dezember 1993 der Beklagten das Interesse der Klägerin an einem Alkoholgeschäft mitgeteilt hatte, nahm die Klägerin mit der Beklagten Kontakt auf.

Mit Schreiben vom 17. Dezember 1993 unterbreitete die Beklagte der Klägerin ein Angebot mittels einer Proforma-Rechnung. Danach würden 300'000 Flaschen à 1 Liter Alkohol Royal Feinsprit 96% zu einem Preis von US\$ 1.13, insgesamt also US\$ 339'000.-- (der Preis verstehe sich CIF Moskau), nach Moskau geliefert. Die Auslieferung ab Fabrik erfolge bis spätestens zum 15. Januar 1994, wenn gleichentags eine Akonto-Zahlung von 7% (US\$ 23'730.--) auf das Bankkonto der Beklagten eingehe und bis zum 30. Dezember 1993 ein unwiderrufliches, bestätigtes und übertragbares, teilbares Akkreditiv vorliege, mit der Massgabe, dass dieses Akkreditiv zahlbar sei bei der Auslieferung der Ware ab Fabrik und Vorlage der CMR-Papiere. Die Klägerin sandte die Proforma-Rechnung an die Beklagte unterschrieben zurück und erteilte den Zahlungsauftrag für den Betrag von US\$ 23'730.-- (datierend vom 17. Dezember 1993). 26

3.2 27

Die Klägerin behauptet, sie habe der Beklagten gegenüber sowohl vor als auch nach der Zurücksendung der unterschriebenen Proforma-Rechnung ganz klar zum Ausdruck gebracht, dass für sie und ihre Kunden nur LKW als Transportmittel in Frage kämen. Der LKW-Transport sei mit der Beklagten von Anfang an vereinbart und von der Beklagten telefonisch auch zugesichert worden, dies sei auch aus dem Fax der Beklagten vom 21. Dezember 1993 ersichtlich. Erst auf diese Zusicherungen hin, habe sie den Zahlungsauftrag der geforderten Anzahlung von US\$ 23'730.-- erteilt. Nachdem die Anzahlung von US\$ 23'730.-- der Beklagten überwiesen worden war, habe diese eigenmächtig und vertragswidrig einen Kombiverkehr gewählt.

Die Beklagte dagegen macht geltend, zu keinem Zeitpunkt sei ihr die Bedingung auferlegt worden, als Transportmittel kämen ausschliesslich LKW in Frage. Diese Bedingung hätte von 28

ihr klar abgelehnt werden müssen, da während den Feiertagen ein Transport mit LKW kaum zu organisieren sei und dieser mehr koste als ein Transport mit der Bahn (zwei- bis dreimal soviel). Aufgrund des Preises von US\$ 1.13 pro Liter hätte die Klägerin erkennen müssen, dass die Offerte keinen ausschliesslichen LKW-Transport umfassen konnte. Ein ausschliesslicher LKW-Transport sei der Klägerin weder telefonisch noch sonstwie zugesichert, sondern im Gegenteil ausdrücklich immer wieder verneint worden.

Der Verweis der Klägerin auf den Fax der Beklagten vom 21. Dezember 1993 gehe ausserdem fehl, da es sich dabei um eine neue Offerte handelte, die von der Klägerin nie angenommen wurde. Diese neue Offerte habe auf den Kosten eines ausschliesslichen LKW-Transports basiert, aus diesem Grund sei der Preis auch höher als in der Proforma-Rechnung vom 17. Dezember 1993. Die neue Offerte sei unter dem Vorbehalt ergangen, dass für die LKW noch keine Bestätigung vorlag und diese ohnehin erst nach der Eröffnung des Akkreditivs bestellt werden konnten. Der Zahlungsauftrag, datiert vom 17. Dezember 1993, basiere auf der Proforma-Rechnung vom 17. Dezember 1993 und könne somit nicht als Resultat der in Folge zwischen den Parteien geführten Gespräche und Verhandlungen angesehen werden.

29

3.3

Die Klägerin stellte darauf direkten Kontakt zwischen ihrer Auftraggeberin, der D[...] H[...] C[...] (nachfolgend D[...]), und der Beklagten her. Gemäss den Aussagen ihres Vertreters an der Sitzung vom 19. Juni 1996 habe die Klägerin dies getan, weil sie vom Vertrag zurückgetreten sei und das Geschäft doch noch zustande kommen lassen wollte.

30

Die D[...], so die Klägerin, habe der Beklagten mit Schreiben vom 27. Dezember 1993 unmissverständlich zu verstehen gegeben, dass ein Kombinationstransport LKW-Bahn unter keinen Umständen in Frage käme. In ihrem Antwortschreiben vom 28. Dezember 1993 an die D[...] habe die Beklagte, nachdem sie im Schreiben vom 27. Dezember 1993 auf die Lieferzeit angesprochen worden war, ausserdem bestritten, jemals von einer Lieferzeit von 10 bis 14 Tagen gesprochen zu haben. Die Rede sei jeweils von 15 bis 20 Tagen gewesen. Die Beklagte sei in ihrem Schreiben vom 28. Dezember 1993 ebenfalls auf ihre telefonisch abgegebene Zusicherung zurückgekommen, wonach die Ware nur mit LKW nach Moskau transportiert werden sollte. Die Klägerin habe die Beklagte daraufhin mit Schreiben vom 30. Dezember 1993 daran erinnert, dass eine Lieferzeit von 10 bis 14 Tagen vereinbart worden sei.

31

Der Vertreter der Beklagten hat an der Sitzung vom 19. Juni 1996 ausgesagt, dass seiner Meinung nach die Klägerin erst am 14. März 1994 vom Vertrag zurückgetreten ist. Bezüglich der Lieferfrist macht die Beklagte geltend, dass sie ursprünglich eine Auslieferung ab Fabrik (bei Bahntransport) bis spätestens 15. Januar 1994 offeriert habe, wenn das Akkreditiv bis zum 30. Dezember 1993 erfolgen würde. Lediglich in der Offerte vom 21. Dezember 1993 sei von einer Lieferzeit von 10 bis 14 Tagen die Rede gewesen. Diese Offerte habe sich jedoch auf einen LKW-Transport bezogen und sei nie angenommen worden. In ihrem Schreiben vom 28. Dezember 1993 zuhanden der D[...], habe die Beklagte ihre Lieferbedingungen in der Proforma-Rechnung vom 17. Dezember 1993 vollumfänglich bestätigt: Auslieferung ab Fabrik bis zum 15. Januar 1994, wenn das Akkreditiv bis zum 3. Januar 1994 eröffnet ist, danach

32

Transport der Ware mit Ankunft spätestens Ende Januar 1994 (die Bahn brauche für diese Strecke immer rund 15 Tage plus ein bis zwei Tage für die Zollformalitäten). Aus dem Schreiben der Dompaire vom 27. Dezember 1993 ergehe zudem, dass sich die D[...] über die Transportart selbst noch nicht im Klaren war, da sie in diesem Schreiben lediglich einen KombiTransport ausschloss, ohne sich für einen ausschliesslichen Transport mit LKW zu entscheiden, und sie sich nach den Preisen für einen allfälligen Bahntransport erkundigte. In ihrem Schreiben vom 30. Dezember 1993 habe die Klägerin ganz einfach zu vertuschen versucht, dass sie eine wesentliche Bedingung für die weitere Vertragsabwicklung, die Eröffnung des Akkreditivs, nicht termingerecht erfüllt hatte. Davor habe sie ohnehin nicht mit der Auslieferung der Ware rechnen können.

3.4

Die Klägerin führt weiter aus, die Beklagte habe in ihrem Fax vom 30. Dezember 1993 zum ersten Mal erwähnt, dass die Anzahlung von US\$ 23'730.-- als Schadenersatz verfallende, sollte der Vertrag nicht richtig abgewickelt werden können. Eine solche Klausel sei nicht vereinbart worden. Die Beklagte habe die Wichtigkeit der richtigzustellenden Lieferfrist bagatellisiert, hingegen hätte die Akkreditiveröffnung so schnell wie möglich erfolgen sollen. Aus diesem Fax gehe ausserdem hervor, dass die Parteien tatsächlich eine Lieferzeit von 10 bis 15 Tagen vereinbart hatten, da die Beklagte die von ihr vorgenommene Änderung auf 15 bis 20 Tage nicht abstreite und ein Kombi-Transport nach Moskau nicht innert 10 bis 15 Tagen durchführbar sei. Das Akkreditiv sei von der Klägerin nicht eröffnet worden, da sich die Beklagte nicht mehr an die Vertragsbedingungen gehalten, sondern vertragswidrig einen Kombi-Transport beabsichtigt habe.

Darauf habe die Klägerin mit Schreiben vom 31. Dezember 1993 ein weiteres Mal festgehalten, unter welchen Bedingungen der Vertrag abgeschlossen und die Anzahlung der Beklagten überwiesen worden sei. Die Beklagte sei ebenfalls aufgefordert worden, anzugeben, unter welchen Bedingungen sie den Transport der Ware per LKW nach Moskau tätigen könne. Die Beklagte habe sich nicht mehr an die Bedingungen des abgeschlossenen Vertrags gehalten und habe mit Schreiben vom 3. Januar 1994 US\$ 0.99 pro Liter Alkohol zusätzlich DM 12'000.-- bis DM 13'000.-- pro LKW verlangt. Dadurch habe die Beklagte den abgeschlossenen Vertrag einseitig abgeändert. Danach habe ihr die Beklagte mit Schreiben vom 7. Januar 1994 eine neue Offerte unterbreitet, lautend auf einen Basispreis ab Fabrik von US\$ 0.99 pro Liter sowie US\$ 0.24 pro Liter für die LKW-Transportkosten. Diese Offerte sei von der Klägerin abgelehnt worden, weil sie nicht den vertraglichen Abmachungen vom 17. Dezember 1993 von US\$ 1.13 inklusive LKW-Transportkosten entsprochen habe.

Weil die Klägerin diese neuen Bedingungen nicht akzeptieren konnte, habe sie die Beklagte aufgefordert, die geleistete Anzahlung von US\$ 23'730.--, welche am 17. Dezember auf das Konto der Beklagten überwiesen wurde, zurückzubezahlen. Jegliche Reaktion der Beklagten sei ausgeblieben und der geforderte Betrag der Klägerin nicht überwiesen worden. Mit eingeschriebenem Brief vom 25. Januar 1994 wurde die Beklagte von der Klägerin gemahnt, ihrer Zahlungsverpflichtung nachzukommen, auch auf dieses Schreiben sei jegliche Reaktion ausgeblieben. Am 13. März 1995 wurde der Beklagten ein Zahlungsbefehl zugestellt, gegen welche sie Rechtsvorschlag erhob.

33

34

35

Betreffend der Akkreditiveröffnung führt die Beklagte aus, dass diese eine unabdingbare Voraussetzung für die weitere Abwicklung des Vertrages gewesen sei und als solche von der Klägerin gestützt auf die Proforma-Rechnung vom 17. Dezember 1993 auch akzeptiert worden war.

36

Bezüglich des Schreibens der Klägerin vom 31. Dezember 1993 legt die Beklagte dar, die Klägerin habe insbesondere um eine Verlängerung der Frist für die Akkreditiveröffnung ersucht und zudem habe ihr die Beklagte einmal mehr eine neue Offerte für eine nochmals abgewandelte Version des Transportes unterbreiten sollen. Gemäss einer telefonischen Unterredung vom 31. Dezember 1993 zwischen den Parteien habe die Beklagte der Klägerin sogar eine Offerte für den Alkohol ohne Transport unterbreiten sollen. Die Klägerin sei erneut auf die Bedeutung der Akkreditiveröffnung hinsichtlich der Einhaltung der Fristen hingewiesen worden. Am 9. Januar 1994 habe die Klägerin der Beklagten mitgeteilt, die Eröffnung des Akkreditivs erfolge spätestens am 10. Januar 1994. Da dies wiederum nicht fristgerecht erfolgt sei, habe sich die Beklagte um neue Auslieferungsfristen beim Abfüllbetrieb bemühen müssen. Diese seien der Klägerin mit Schreiben vom 10. Januar 1994 mitgeteilt worden und gleichzeitig sei die Klägerin aufgefordert worden, das Datum der Akkreditiveröffnung mitzuteilen.

37

Am 9. Januar 1994 sei die Beklagte von der Klägerin aufgefordert worden, mit einem Herrn D[...] von der «G[...] T[...] D[...] i. A[...]» einen Vertrag zwecks Auslieferung von 300'000 Liter Alkohol zu einem Preis von US\$ 363'000.-- abzuschliessen. Auf dieses Angebot sei die Beklagte jedoch nicht eingegangen, da sie von der Klägerin bislang immer hingehalten worden sei und keine Garantien erhalten habe.

38

Mit Schreiben vom 15. Januar 1994 habe die Beklagte der Klägerin Frist zur Abnahme der bestellten Ware gesetzt und darauf verwiesen, dass die Anzahlung als Schadenersatz verfallen würde (da bereits zur Realisierung der Bestellung verwendet), falls weder der Gesamtbetrag von US\$ 339'000.-- noch die Akkreditiveröffnung bis zum 28. Januar 1994 eingehen sollten. Die Klägerin habe es nicht für nötig gehalten, das Schreiben der Beklagten zu beantworten oder in die Tat umzusetzen. Sondern sie habe die Beklagte mit Brief vom 25. Januar 1991 zur Rückerstattung der Anzahlung von US\$ 23'730.-- aufgefordert. Darauf habe die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 14. März 1994 mitgeteilt, dass sie die von der Klägerin bestellten 300'000 Liter Alkohol zu einem Preis von US\$ 300'000.-- habe verkaufen müssen, um weiteren Schaden abzuwenden. Der ihr bislang entstandene Schaden (entgangener Gewinn, die Umtriebe nicht miteingerechnet) belaufe sich auf US\$ 39'000.--. Nach Verrechnung des Betrages von US\$ 39'000.-- mit der verfallenen Anzahlung über US\$ 23'730.-- verbleibe ein Betrag von US\$ 15'270.--, den die Beklagte nun einverlange. Die Klägerin sei dieser Zahlungsaufforderung nicht nachgekommen. Die insgesamt entstandenen Umtriebe für die verschiedenen Offerten und die gesamte mit der Klägerin geführte Korrespondenz (inklusive Telefonate nach P[...]) wie die nicht eingeplanten Lagerkosten beliefen sich auf zusätzliche Fr. 3000.--.

39

Die Klägerin bestreitet ausdrücklich, dass die 300'000 Liter Alkohol zu einem Preis von US\$ 300'000.-- mit Verlust verkauft werden mussten und dass der Beklagten Lagerkosten in der Höhe von Fr. 3'000.-- entstanden seien.

40

3.5

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass sich die Parteien uneinig waren, welches Transportmittel und welche Lieferfrist zwischen ihnen vereinbart wurden. Aus diesem Grunde veranlasste die Klägerin die Akkreditiveröffnung zunächst nicht zur vereinbarten Zeit, schlussendlich wurde das Akkreditiv überhaupt nicht eröffnet. Die Beklagte ihrerseits weigerte sich die Auslieferung der Ware zu veranlassen, solange das Akkreditiv nicht eröffnet würde. Das vereinbarte Geschäft gelangte schliesslich nicht zur Durchführung. Die Klägerin fordert deshalb die von ihr am 17. Dezember 1993 getätigte Anzahlung über US\$ 23'730.-- zurück. Die Beklagte will diesen Betrag mit dem Betrag ihres erlittenen Schadens von US\$ 39'000.-- verrechnen und fordert zusätzlich Fr. 3'000.--. Die Klägerin bestreitet, dass der Beklagten aufgrund des Verkaufs der Ware zu einem geringeren Preis und durch nicht voraussehbare Lagerkosten ein Schaden entstanden ist.

41

4.

Nachdem die Klägerin mit der Beklagten Kontakt aufgenommen hatte, unterbreitete ihr die Beklagte mittels einer Proforma-Rechnung vom 17. Dezember 1993 ein schriftliches Angebot. Die Klägerin sandte dieses Angebot am 17. Dezember 1993 unterschrieben an die Beklagte zurück, somit kam zwischen den Parteien ein Vertrag zustande. Dabei vereinbarten die Parteien die Art und Menge des Produktes (300'000 Flaschen à 1 Liter Alkohol Royal Feinsprit 96%), den Preis (Kauf- und Transportpreis, total US\$ 339'000.--) und den Lieferort (Moskau). Weiter wurde vereinbart, die Auslieferung der Ware ab Fabrik erfolge bis spätestens zum 15. Januar 1994, wenn am 17. Dezember 1993 eine Akonto-Zahlung von 7% (US\$ 23'730.--) auf das Bankkonto der Beklagten eingehe und bis zum 30. Dezember 1993 ein unwiderrufliches, bestätigtes und übertragbares, teilbares Akkreditiv einer westeuropäischen Geschäftsbank vorliege, mit der Massgabe, dass dieses Akkreditiv zahlbar sei bei der Auslieferung der Ware ab Fabrik und Vorlage der CMR-Papiere. Somit waren sich die Parteien auch über die Höhe der Anzahlung, die Auslieferungsfrist, den Zahlungsort und -Zeitpunkt sowie über die Zahlungsmodalitäten einig. Die Transportart und die Lieferfrist wurden schriftlich nicht vereinbart.

42

4.1

Beim Vertrag, den die Parteien am 17. Dezember 1993 abgeschlossen haben, handelt es sich um einen internationalen Warenkauf (Lieferung und Uebereignung von Ware gegen Entgelt), vom Typus her ein Gattungs- und Versendungskauf.

43

Bei internationalen Sachverhalten stellt sich die Frage nach dem anwendbaren Recht. Die Parteien haben keine Rechtswahl getroffen.

44

Wenn die Parteien des Kaufvertrages bei Vertragsschluss in verschiedenen Staaten ihre Niederlassung haben und wenn diese Staaten bereits in diesem Zeitpunkt Vertragsstaaten des Uebereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen

45

Warenkauf vom 11. April 1980 («Wiener Kaufrecht», WKR; SR 0.221.211.1) sind, gelangt das WKR zur Anwendung (Art. 1 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 100 Abs. 2 WKR). Aus Art. 10 lit. a WKR geht hervor, dass eine Niederlassung stets dort besteht, von wo aus eine erkennbare selbständige Handelstätigkeit entfaltet wird. Bei mehreren Niederlassungen ist diejenige entscheidend, die mit dem Vertrag und seiner Erfüllung am engsten verbunden ist.

Die Klägerin hat ihren Sitz in Oesterreich, die Beklagte ist eine Zweigniederlassung mit Sitz in der Schweiz. Das WKR ist für Oesterreich am 1. Januar 1989, für die Schweiz am 1. März 1991 in Kraft getreten. Da sich die Niederlassungen der Parteien demzufolge in Vertragsstaaten des WKR befinden, es sich um einen Vertrag über einen internationalen Warenkauf handelt und die Parteien die Anwendung des WKR gemäss Art. 6 WKR nicht ausgeschlossen haben, gelangt das WKR als Sonderrecht für internationale Kaufverträge unmittelbar zur Anwendung (vgl. *Keller/Siehr*, Kaufrecht, 3. überarbeitete und ergänzte Aufl., Zürich 1995, S. 163, 168 ff.; *Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Bern 1991, S. 100 f.).

46

4.2

Das von der Beklagten an die Klägerin gerichtete Angebot vom 17. Dezember 1993 war nach Art. 14 WKR genügend bestimmt (Bezeichnung der Ware, Festsetzung von Menge und Preis). Die Annahmeerklärung der Klägerin erfolgte, indem sie die Proforma-Rechnung unterschrieb und gleichentags an die Beklagte zurückschickte (vgl. Art. 18 WKR). Der Vertrag wurde somit am 17. Dezember 1993 geschlossen (vgl. Art. 23 WKR).

47

4.3

Zwischen den Parteien herrscht Uneinigkeit darüber, welches Transportmittel vereinbart wurde. Die Klägerin behauptet, sie habe gegenüber der Beklagten ganz klar zum Ausdruck gebracht, als Transportmittel kämen nur LKW in Frage. Dies sei ihr von der Beklagten telefonisch bestätigt worden. Erst nachdem die Klägerin die Anzahlung über US\$ 23'730.-- geleistet hatte, habe die Beklagte auf einmal vorgebracht, die Ware würde per Kombi-Verkehr nach Moskau geliefert. Die Beklagte ihrerseits behauptet, ihr sei zu keinem Zeitpunkt die Bedingung auferlegt worden, dass als Transportmittel ausschliesslich LKW in Frage kämen. Diese Bedingung hätte abgelehnt werden müssen, da während den Feiertagen ein LKW-Transport kaum organisierbar sei und mehr koste als ein Bahntransport. Bei der Unterzeichnung der Proforma-Rechnung hätte die Klägerin aufgrund des offerierten Preises erkennen müssen, dass kein ausschliesslicher LKW-Transport gemeint sein konnte.

In der Proforma-Rechnung vom 17. Dezember 1993 wurde die Transportart nicht ausdrücklich vereinbart. Der Aussage des Vertreters der Klägerin an der Sitzung vom 19. Juni 1996, dass mündlich ein LKW-Transport vereinbart wurde, steht die Aussage des Vertreters der Beklagten gegenüber, der seinerseits behauptet, ein LKW-Transport sei nie abgemacht worden, dieser Zusatzwunsch sei erst nach der Unterzeichnung der Proforma-Rechnung gestellt worden.

48

Die Klägerin hat mit Schreiben vom 8. Juli 1996 den Beweisantrag gestellt, Frau L[...] A[...] als Organ der Klägerin einzuvernehmen, da sie zur telefonischen Vereinbarung über den Transport mittels LKW aussagen möchte. Sie habe die verschiedenen Gespräche zwischen dem Vertreter der Klägerin (ihr Ehemann) und dem Vertreter der Beklagten über die dazu

49

geeignete Telefonanlage mitangehört. Dieser Antrag wurde abgelehnt. Zwar erscheint es glaubhaft, dass sie diese Gespräche mitangehört hat. Als Vertreterin der Klägerin hätte sie jedoch lediglich die vom Vertreter der Klägerin an der Sitzung vom 19. Juni 1996 gemachten Aussagen bestätigt. Dadurch wären zum bereits festgestellten Sachverhalt keine neuen Elemente dazugekommen. Die Aussagen der Gegenpartei wären dem weiterhin entgegengestanden und somit hätte sich an der Beweislage nichts geändert.

Dem Gericht stehen demzufolge nebst den gegenteiligen Aussagen der Parteien nur die Akten zur Verfügung, die allenfalls auf die vereinbarte Transportart hinweisen könnten:

a)

In der Proforma-Rechnung steht, der Preis von US\$ 339'000.-- verstehe sich CIF Moskau. Die Beklagte führt aus, diese Klausel bedeute «Kosten für Ware, Versicherung und Fracht bis Hauptbahnhof Moskau». Gemäss Incoterms 1990 bezieht sich die Klausel CIF auf den See- und Binnenschifftransport und bedeutet «Cost, Insurance and Freight ... (named port of destination)», wobei die Gefahr beim Lieferort, die Kosten beim Bestimmungsort übergehen und der Verkäufer die Ware versichern muss. Da Moskau keine Hafenstadt ist, konnte die CIF-Klausel hier nicht Schifftransport bedeuten. Die Klausel in der Proforma-Rechnung «der Preis versteht sich CIF Moskau» besagt somit einerseits, dass im Preis von US\$ 339'000.-- die Transportkosten inbegriffen sind, andererseits regelt sie den Lieferort, die Gefahr, die Kosten und die Versicherung der Ware, sie weist jedoch nicht auf die Art des Transportes hin.

b)

Im Fax der Beklagten vom 21. Dezember 1993 steht bezüglich der Menge: 14'000 Fl./Container, 2 Container/LKW. Das Transportmittel ist hier klar bestimmt. Der Preis von DM 615'000 stimmt jedoch nicht mit dem in der Proforma-Rechnung vom 17. Dezember 1993 vereinbarten überein (bei einem Mittelkurs von DM/US\$ 1.7097 im Dezember 1993 entsprach dieser Betrag US\$ 359'712.20, d.h. US\$ 1.199 pro Flasche). Diese neue Offerte wurde von der Klägerin jedoch nicht angenommen.

c)

Aus dem Schreiben vom 27. Dezember 1993 der Dompaire (Auftraggeberin der Klägerin) an die Beklagte geht hervor, dass sich die Auftraggeberin über die Transportart noch nicht im Klaren war. Sie schliesst zwar einen Kombinationstransport Bahn-LKW klar aus, lässt jedoch die Transportart ohne Kombination noch offen. Denn in Ziff. 2 steht, die Ware dürfe nur mit einem LKW transportiert werden, *falls* sie sich für diese Transportmöglichkeit entscheide. Ausserdem erkundigt sich die Auftraggeberin nach den Bahnpreisen CIF Chop, CIF Moskau und CIF Irkutsk. Dass die Auftraggeberin der Beklagten den Ausdruck «CIF Moskau» für einen Bahntransport verwendet, zeigt entweder, dass die Abkürzung «CIF» hier überhaupt nichts über die Transportart aussagt oder könnte ein Hinweis dafür sein, dass auch in der Proforma-Rechnung vom 17. Dezember 1993 mit CIF Moskau ein Bahntransport gemeint sein konnte.

d)

In ihrem Schreiben vom 31. Dezember 1993 ersuchte die Klägerin die Beklagte, ihr ein Angebot CIF Moskau mit LKW zu machen, wobei der Preis für den Transport getrennt anzugeben sei.

Die Beklagte teilte ihr darauf mit, der Nettopreis für 1 Liter Alkohol ab Werk betrage US\$ 0.99. Ein LKW-Transport nach Moskau koste DM 12'000.-- bis DM 13'000.-- pro LKW. LKW seien jedoch kaum zu bekommen, deshalb käme für die Beklagte nur ein Bahntransport (Container) in Frage.

Mit Schreiben vom 7. Januar 1994 machte die Beklagte der Klägerin ein neues Angebot, wonach nur der Alkohol ab Werk zu einem Preis von US\$ 0.99 (total US\$ 297'000.--) der Klägerin verkauft würde, diese den Preis für den Transport von US\$ 0.24 hingegen direkt dem Transporteur bezahlen sollte. Die Beklagte begründete ihre neue Offerte damit, dass bei einem Preis von US\$ 0.99 zuzüglich Transportkosten von US\$ 0.24 (total US\$ 1.23) die Transportkosten nicht durch den vereinbarten Kaufpreis von US\$ 1.13 (total US\$ 339'000.--) gedeckt seien. Diese Offerte wurde von der Klägerin abgelehnt, weil sie nicht den vertraglichen Abmachungen vom 17. Dezember 1993 entsprach.

55

Die Klägerin forderte die Beklagte mit Schreiben vom 9. Januar 1994 auf, mit der «G[...] T[...] D[...] i A[...]» einen Vertrag für die Lieferung der 300'000 Liter Alkohol per LKW für einen Preis von US\$ 1.21 (total US\$ 363'000) abzuschliessen. Auf dieses Angebot ging die Beklagte nicht ein.

56

Das Verhalten der Parteien ab dem 21. Dezember 1993 (Fax der Beklagten) zeigt auf, dass sie bemüht waren, eine neue Einigung betreffend eines LKW-Transportes zu finden. Wegen Unstimmigkeiten bezüglich des Preises kam keine neue Vereinbarung zustande. Wenn man von einem festen Verkaufspreis des Alkohols von US\$ 297'000.-- ausgeht, kann festgestellt werden, dass die Transportkosten in den Offerten der Beklagten vom 21. Dezember 1993, vom 7. Januar 1994 und in der Offerte der Klägerin vom 9. Januar 1994 im Vergleich zu den Transportkosten der Proforma-Rechnung ca. US\$ 20'000.-- bis US\$ 30'000.-- teurer sind. Dies könnte ein Hinweis dafür sein, dass der Preis von US\$ 339'000.-- in der Proforma-Rechnung keinen LKW-Transport umfassen konnte.

57

Wie oben (Ziff. 4.3) ausgeführt wurde, stehen sich bezüglich der vereinbarten Transportart die gegenteiligen Aussagen der Parteien gegenüber. Aus den Akten ergeben sich zwar eher Hinweise dafür, dass die Parteien in der Proforma-Rechnung vom 17. Dezember 1993 keinen LKW-Transport vereinbarten. Das Gericht hat jedoch trotzdem keine Gewissheit über den in diesem Punkte strittigen Sachverhalt erlangen können. Deshalb gelangen die Beweislastregeln zur Anwendung.

58

Das WKR enthält keine Beweislastregeln, somit muss nach Art. 7 Abs. 2 Halbsatz 2 WKR auf das internationale Privatrecht des Forums zurückgegriffen werden (vgl. *Keller/Siehr*, Kaufrecht, 3. überarbeitete und ergänzte Aufl., Zürich 1995, S. 173). Gemäss Art. 118 IPRG i.V. mit Art. 3 Satz 2 des Haager Uebereinkommens vom 15. Juni 1955 (SR 0.221.211.4) gelangt schweizerisches Recht zur Anwendung. Nach Art. 8 ZGB hat, wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet.

59

Die Klägerin hat die rechtsbegründete Tatsache nicht bewiesen, dass im Vertrag vom 17. Dezember 1993 ein LKW-Transport vereinbart wurde und trägt demzufolge die Folgen der Beweislosigkeit (BGE 107 II 275). Somit gelten die dispositiven Regeln des WKR, in diesem Fall Art. 32 Abs. 2 WKR, der besagt: Hat der Verkäufer für die Beförderung der Ware zu sorgen, so hat er die Verträge zu schliessen, die zur Beförderung an den festgesetzten Ort mit den nach den Umständen angemessenen Beförderungsmitteln und zu den für solche Beförderungen üblichen Bedingungen erforderlich sind. In diesem Fall hatte die Beklagte für die Beförderung zu sorgen, das geht sowohl aus den Aussagen der Parteien an der Sitzung vom 19. Juni 1996 als auch aus ihrer Korrespondenz nach dem 17. Dezember 1993 hervor. Die Wahl der Transportmittel lag somit im Ermessen der Beklagten, die im Gegensatz zur Klägerin bereits Erfahrungen mit Alkoholgeschäften in Russland hatte. Ihr kann demzufolge kein antizipierter Vertragsbruch vorgeworfen werden, weil sie einen Bahntransport als Transportart wählte.

60

4.4

Zwischen den Parteien herrscht auch Uneinigkeit darüber, welche Lieferfrist vereinbart wurde (vgl. oben Ziff. 3.3).

61

Die Parteien vereinbarten in der Proforma-Rechnung vom 17. Dezember 1993, dass die Auslieferung ab Fabrik spätestens bis zum 15. Januar 1994 erfolgen sollte, wenn der Beklagten am 17. Dezember 1993 eine Akonto-Zahlung von US\$ 23'730.-- geleistet und die Klägerin bis zum 30. Dezember ein Akkreditiv eröffnen würde, das bei Auslieferung der Ware ab Fabrik und Vorlage der CMR-Papiere zahlbar sei. Die Lieferzeit (Dauer des Transports) hingegen wurde nicht schriftlich vereinbart.

62

Beim Fax der Beklagten vom 21. Dezember 1993, wo eine Lieferzeit von maximal 10 bis 14 Tagen nach Eingang und Akzeptanz der Zahlungsgarantie aufgeführt ist, handelt es sich um eine neue Offerte für einen LKW-Transport, die nicht akzeptiert wurde. Die Klägerin kann deshalb nicht geltend machen, die Parteien hätten im Vertrag vom 17. Dezember 1993 eine Lieferfrist von 10 bis 14 Tagen vereinbart.

63

Die Lieferzeit steht im Zusammenhang mit dem Transportmittel. Die Beklagte hatte die Wahl der nach den Umständen angemessenen Beförderungsmittel (vgl. Ziff. 4.3). Da die Lieferzeit nicht schriftlich vereinbart wurde, hätte die Lieferfrist der Zeit nach der Auslieferung der Ware (welche bedingt war durch die Akkreditiveröffnung) entsprochen, die das gewählte Transportmittel normalerweise unter diesen Umständen für diese Strecke benötigt (vgl. Art. 33 lit. b WKR).

64

Es wird festgestellt, dass die Klägerin ihrer Pflicht, das Akkreditiv bis zum 30. Dezember 1993 zu eröffnen, nicht nachkam (weil sie auf einem LKW-Transport beharrte, die Wahl der Beförderungsmittel hatte jedoch die Beklagte), auch nicht, als ihr diese Frist von der Beklagten bis zum 3. Januar 1994, danach bis zum 10. Januar 1994 verlängert wurde. Deshalb hat die Beklagte die Auslieferung ab Fabrik auch nicht veranlasst und der Klägerin bis zum 28. Januar 1994 eine Frist gesetzt, um das Akkreditiv zu eröffnen und die Ware abzunehmen.

65

Infolge des pflichtwidrigen Verhaltens der Klägerin kam es zu einer Verzögerung der Auslieferung, diese wurde schlussendlich überhaupt nicht veranlasst und die Ware konnte nicht befördert werden. Der Beklagten kann somit nur aus dem Umstand, dass sie von einer anderen Lieferfrist ausging (Frist für einen Bahntransport, zu dessen Wahl die Beklagte berechtigt war) und dies der Klägerin mitteilte, keine antizipierte Vertragsverletzung vorgeworfen werden. 66

5. 67
Der Vertrag, den die Parteien am 17. Dezember 1993 abgeschlossen hatten, wurde von beiden Seiten nie erfüllt. Deshalb muss die Frage überprüft werden, wer vom Vertrag zurückgetreten ist, wer dazu berechtigt war und wann dies geschehen ist.

5.1 68
Die Klägerin bringt vor, dass sie nach der geleisteten Anzahlung (17. Dezember 1993), aber vor dem 21. Dezember 1993 vom Vertrag zurückgetreten sei. Was danach geschah seien neue Verhandlungen gewesen, um direkt zwischen der D[...] und der Beklagten zu vermitteln.

Das WKR spricht nicht von Rücktritt, sondern von der Aufhebung des Vertrages (Art. 49, 64 und 81 ff. WKR). Wer die Aufhebung des Vertrages wünscht, muss sie eindeutig und für den Vertragspartner erkennbar diesem gegenüber erklären. Der Erklärende übt – wie beim Rücktritt – ein Gestaltungsrecht aus, und dieses muss klar erkennbar sein (*Keller/Siehr*, Kaufrecht, 3. überarbeitete und ergänzte Aufl., Zürich 1995, S. 200). 69

Die Klägerin hat am 17. Dezember 1993 im Auftrag der D[...], aber in eigenem Namen einen Vertrag mit der Beklagten abgeschlossen. Aus den Akten ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin noch vor dem 21. Dezember 1993 vom Vertrag zurückgetreten ist. Auch das spätere Verhalten der Klägerin lässt nicht auf eine Vertragsaufhebung schliessen. Denn dazu hätte sie der Beklagten ausdrücklich mitteilen müssen, dass sie den Vertrag, den sie ja in eigenem Namen abgeschlossen hatte, aufheben wolle. Für die Beklagte war nicht klar erkennbar, dass das Verhalten der Klägerin nunmehr nur noch darauf abzielte, einen Vertrag zwischen der Beklagten und ihren Kunden zustandekommen zu lassen. Da die neuen Offerten der Beklagten ausserdem nicht angenommen wurden, wurde der Vertrag auch nicht im Sinne von Art. 29 Abs. 1 WKR geändert. 70

Mit Schreiben vom 15. Januar 1994 forderte die Klägerin ihre geleistete Anzahlung zurück, weil das Geschäft nicht realisierbar sei. Erst zu diesem Zeitpunkt war es für die Beklagte klar erkennbar, dass die Klägerin die Aufhebung des Vertrages wünschte. 71

Die Aufhebung des Vertrages wurde von der Klägerin erklärt, weil die Beklagte entgegen den Vertragsabmachungen die Ware nicht fristgerecht zum abgemachten Preis durch einen LKW-Transport nach Moskau befördern wollte. Wie bereits oben ausgeführt, wurde von der Klägerin nicht bewiesen, dass die Parteien im Vertrag vom 17. Dezember 1993 einen LKW-Transport vereinbarten. Demzufolge konnte die Beklagte nach Art. 32 Abs. 2 WKR die nach den Umständen angemessenen Beförderungsmittel wählen (vgl. Ziff. 4.3). Auch die Lieferfrist wurde nicht schriftlich vereinbart, so dass die Ware nach ihrer Auslieferung in der für das 72

gewählte Transportmittel üblichen Zeit hätte geliefert werden sollen (vgl. Ziff. 4.4). Die Auslieferung der Ware wurde von der Beklagten schliesslich nicht veranlasst, weil die Klägerin vertragswidrig die Eröffnung des Akkreditivs verzögerte.

Der Beklagten kann aus den gezeigten Gründen keine antizipierte Vertragsverletzung vorgeworfen werden. Die Klägerin war somit nicht berechtigt, am 15. Januar 1994 die Aufhebung des Vertrages im Sinne von Art. 72 Abs. 1 WKR zu erklären. Art. 49 Abs. 1 lit. b i.V. mit Art. 47 Abs. 1 WKR gelangt ebenfalls nicht zur Anwendung, da die Rückzahlung der Anzahlung von US\$ 23'730.-- keine Vertragspflicht der Beklagten darstellte. Dass die Klägerin der Beklagten in ihrem Schreiben vom 15. Januar eine Nachfrist bis zur 3. Kalenderwoche 1994 setzte und die Beklagte mit Schreiben vom 25. Januar 1994 mahnte (und erst jetzt vom Vertrag «zurücktrat»), war demzufolge unerheblich. Wie oben dargestellt, war jedoch auch die Berufung auf eine antizipierte Vertragsverletzung (Art. 72 Abs. 1 WKR) nicht möglich.

73

5.2

Die Parteien vereinbarten am 17. Dezember 1993, die Klägerin habe bis zum 30. Dezember 1993 ein Akkreditiv zu eröffnen, welches bei Auslieferung der Ware ab Fabrik und Vorlage der CMR-Papiere zahlbar sei. Die Beklagte verlängerte mehrmals die Frist zur Akkreditiv-eröffnung, zunächst bis zum 3. Januar 1994, darauf bis zum 7. Januar und 10. Januar 1994. Mit Schreiben vom 15. Januar 1994 setzte die Beklagte der Klägerin eine Frist bis zum 28. Januar 1994, um entweder den Kaufpreis zu bezahlen oder das Akkreditiv zu eröffnen und die Ware abzunehmen. Wenn die Klägerin dieser Aufforderung nicht nachkommen sollte, würde die von der Klägerin geleistete Anzahlung von US\$ 23'730.-- als Schadenersatz verfallen und die Leistung sowie Abnahme durch die Klägerin abgelehnt. Damit setzte die Beklagte der Klägerin eine Nachfrist zur Erfüllung ihrer Pflichten bis zum 28. Januar 1994 und erklärte gleichzeitig die Aufhebung des Vertrages (Verweigerung der Leistung und Abnahme), falls die Klägerin ihrer Aufforderung nicht nachkäme.

74

Zur Pflicht des Käufers, den Kaufpreis zu zahlen, gehört es auch, die Massnahmen zu treffen und die Formalitäten zu erfüllen, die nach Vertrag oder Gesetz erforderlich sind, damit Zahlung geleistet werden kann (Art. 54 WKR). Die Klägerin hat ihre vertragliche Pflicht, das Akkreditiv bis zum vertraglich vereinbarten Termin (30. Dezember 1993, mehrmals verlängert bis zum 10. Januar 1994) zu eröffnen, nicht erfüllt.

75

Der Verkäufer kann nach Art. 63 Abs. 1 WKR dem Käufer eine angemessene Nachfrist zur Erfüllung seiner Pflichten setzen. Er kann die Aufhebung des Vertrages verlangen, wenn der Käufer nicht innerhalb der vom Verkäufer gesetzten Nachfrist seine Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises oder zur Annahme der Ware erfüllt (Art. 64 Abs. 1 lit. b Teilsatz 1 WKR). Dies hat die Beklagte mit Schreiben vom 15. Januar 1994 eindeutig und für die Klägerin klar erkennbar getan. Dazu war sie berechtigt, da die Klägerin ihrer Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises (Zahlungsmodalitäten) nicht nachgekommen ist.

76

Der von den Parteien am 17. Dezember 1993 abgeschlossene Vertrag wurde demzufolge von der Beklagten am 28. Januar 1994 aufgehoben.

77

5.3

78

Die Aufhebung des Vertrages befreit beide Parteien von ihren Vertragspflichten, mit Ausnahme etwaiger Schadenersatzpflichten (Art. 81 Abs. 1 Satz 1 WKR). Hat eine Partei den Vertrag ganz oder teilweise erfüllt, so kann sie ihre Leistung von der anderen Partei zurückfordern (Art. 81 Abs. 2 Satz 1 WKR).

In der Proforma-Rechnung vom 17. Dezember 1993 vereinbarten die Parteien, dass die Klägerin der Beklagten unter anderem am 17. Dezember 1993 eine Akonto-Zahlung von US\$ 23'730.-- leisten solle. Mit am 17. Dezember 1993 datierten Zahlungsauftrag wurde diese Anzahlung auf das Konto der Beklagten überwiesen. Die Klägerin hat somit einen Teil des Kaufpreises bezahlt. Dies wird von der Beklagten nicht bestritten, da sie diese Anzahlung mit ihrem erlittenen Schaden (US\$ 39'000.--) verrechnen will. Die Beklagte wird demzufolge verpflichtet, der Klägerin die Anzahlung von US\$ 23'730.-- zurückzuzahlen.

79

Die Beklagte hingegen hat ihre Lieferungspflicht nicht erfüllt und kann demzufolge nichts zurückfordern.

80

5.4

81

Hat der Verkäufer den Kaufpreis zurückzuzahlen, so hat er ausserdem vom Tag der Zahlung an auf den Betrag Zinsen zu zahlen (Art. 84 Abs. 1 WKR). Wie hoch der Zinssatz ist, regelt das WKR nicht. Die Höhe bestimmt sich nach dem Recht des Staates, das nach dem IPR des Forumstaates als Vertragsstatut berufen wird (Art. 7 Abs. 2 Teilsatz 2 WKR). Gemäss Art. 118 IPRG i.V. mit Art. 3 Satz 2 des Haager Uebereinkommens vom 15. Juni 1955 (SR 0.221.211.4) gelangt schweizerisches Recht zur Anwendung. Nach Art. 73 Abs. 1 OR beträgt der Zinssatz 5%. Nicht zur Anwendung gelangt Art. 104 Abs. 3 OR, da es sich hier nicht um Verzugszinsen handelt. Die Beklagte war einerseits mit der Erfüllung ihrer Pflicht nicht in Verzug, andererseits bestand ihre Pflicht nicht in der Zahlung einer Geldschuld, sondern in der Lieferung der Ware. Erst als die Beklagte die Aufhebung des Vertrages erklärte, wurde sie zur Rückgabe der geleisteten Anzahlung der Klägerin nebst Zins vom Tag der Zahlung an verpflichtet.

Die Beklagte wird demzufolge verpflichtet, der Klägerin den Betrag von US\$ 23'730.-- nebst Zins zu 5% seit dem 17. Dezember 1993 zu bezahlen.

82

6.

83

Die Beklagte macht geltend, sie sei gezwungen gewesen, den Alkohol zu verkaufen, um weiteren Schaden abzuwenden, nachdem sie der Klägerin eine Frist zur Abnahme der bestellten Ware gesetzt hatte, welche diese unbenutzt verstreichen liess. Den Alkohol habe sie am 17. Dezember 1993 nach Eingang der Anzahlung bei der Firma B [...] C[...] L[...] (nachfolgend B[...]) zu einem Preis von US\$ 339'000.-- bestellt, der Alkohol sei für US\$ 300'000.-- verkauft worden. Der Schaden der Beklagten belaufe sich bezüglich des entgangenen Gewinnes auf US\$ 39'000.--. Die insgesamt entstandenen Umtriebe für die verschiedenen Offerten und die gesamte mit der Klägerin geführte Korrespondenz (inklusive Telefonate nach P[...]) wie die nicht eingeplanten Lagerkosten könnten auf zusätzliche Fr. 3'000.-- veranschlagt werden.

6.1

84

Art. 61 Abs. 2 WKR stellt ausdrücklich dar, dass der Verkäufer das Recht, Schadenersatz zu verlangen, nicht dadurch verliert, dass er andere Rechte ausübt. Die Vertragsaufhebung schliesst also die Geltendmachung von Schadenersatz nicht aus. Hat in diesen Fällen der vertragstreue Verkäufer einen Deckungsverkauf in angemessener Weise und innerhalb eines angemessenen Zeitraumes nach der Aufhebung vorgenommen, so kann er den Unterschied zwischen dem ursprünglich vereinbarten Preis und dem Preis des Deckungsgeschäftes sowie jeden weiteren Schaden (z.B. verursacht durch Aufwendungen für die Aufbewahrung der Ware, die der Käufer nicht abnahm) verlangen (Art. 75 WKR; vgl. *Keller/Siehr*, Kaufrecht, 3. überarbeitete und ergänzte Aufl., Zürich 1995, S. 217 f.). Der Verkäufer hat den Schaden zu beweisen.

6.2

85

Aus dem Beleg vom 18. Dezember 1993, den die Beklagte als Beweis ihrer Bestellung eingereicht hat, geht hervor, dass sie am 17. Dezember 1993 bei der B[...] 300'000 Liter Alkohol 96% «Royal» Feinsprit bestellt habe. Der Preis betrage CIF Moskau US\$ 339'000.-- und die Beklagte müsse der B[...] eine Anzahlung von US\$ 39'000.-- bezahlen. Mit Schreiben vom 8. März 1994 teilte die B[...] der Beklagten mit, dass sie die 300'000 Liter Alkohol, welche die Beklagte am 17. Dezember 1993 zu einem Preis von US\$ 339'000.-- bestellt hatte, einem Käufer zu einem Preis von US\$ 300'000.-- verkauft habe. Da die Beklagte und ihre Käuferin (die Klägerin) ihre Rechnung nicht bezahlt hätten, gehe die Differenz zu Lasten der Beklagten. Die Differenz sei dabei durch die Anzahlung der Beklagten gedeckt.

Die Proforma-Rechnung wurde von der Klägerin am 17. Dezember 1993 unterschrieben an die Beklagte zurückgeschickt und mit am 17. Dezember 1993 datierten Zahlungsauftrag wurde der Beklagten die Anzahlung von US\$ 23'730.-- geleistet. Die Beklagte behauptet, sie hätte den Alkohol direkt nach Erhaltung der Anzahlung bestellt (gemäss act. 13/6 gleichentags, am 17. Dezember 1993), bevor das Akkreditiv eröffnet worden war. Es erscheint eher als unglaubwürdig, dass die Beklagte bei der B[...] eine so grosse Menge Alkohol bestellte und dabei eine Anzahlung von US\$ 39'000.-- leistete, nachdem sie von der Klägerin lediglich eine Anzahlung von US\$ 23'700.-- erhalten hatte und das Akkreditiv noch nicht eröffnet worden war. Gegen die Beklagte spricht auch das Verhalten ihres Vertreters an der Sitzung vom 19. Juni 1996, an der er sich weigerte, den Namen des italienischen Lieferanten zu nennen, bei dem die B[...] den Alkohol bestellt haben sollte. Den Nachweis, dass die B[...] 300'000 Liter Alkohol beim italienischen Lieferanten effektiv bestellt hat, kann die Beklagte nicht erbringen. Ihre Behauptungen stützen sich lediglich auf das Schreiben der B[...] vom 18. Dezember 1993, welches ausserdem nicht unterschrieben worden ist.

86

Nachdem die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 31. Dezember 1993 ersucht hatte, ihr ein Angebot ohne den Transport der Ware zu machen, teilte ihr die Beklagte mit, der Netto-Preis für einen Liter Alkohol 96% Royal ab Werk Norditalien betrage US\$ 0.99, total US\$ 297'000.--. Zu diesem Preis kamen also jeweils die Transportkosten dazu, die je nach Transportart variierten. Die Beklagte selbst hat ausgeführt, dass sich ihre Offerte vom 21. Dezember 1993 verteuerte, weil sie im Gegensatz zur Offerte vom 17. Dezember 1993 auf einem LKW-Transport basierte. Bei einem Mittelkurs für den Monat Dezember 1993 von

87

DM/US\$ 1.7097 verteuerte sich die Offerte vom 21. Dezember 1993 um US\$ 20'712.-- (bei einem Alkoholverkaufspreis von US\$ 297'000.-- betragen die Transportkosten in der Offerte vom 17. Dezember 1993 US\$ 42'000.--). In der Offerte vom 7. Januar 1994, bei der die Klägerin den LKW-Transport direkt an den italienischen Transporteur hätte bezahlen sollen, beliefen sich die Transportkosten auf US\$ 0.24 pro Liter Alkohol, total US\$ 72'000.--, also US\$ 30'000.-- mehr als in der Proforma-Rechnung. Die Beklagte wäre sogar einverstanden gewesen, dass die Kunden der Klägerin selbst den Transport organisiert hätten.

Aufgrund der späteren Offerten der Beklagten ist ersichtlich, dass der Alkoholpreis (US\$ 297'000.--) ein fixer Preis war, die Beklagte hingegen mit einer Abänderung des Vertrages bezüglich des Transportes und somit je nach Transportart auch des Gesamtpreises einverstanden gewesen wäre. Im Schreiben der B[...] vom 18. Dezember 1993 steht, die Beklagte habe den Alkohol für den Preis von US\$ 339'000.-- bestellt. Die Transportkosten sind also in dieser Bestellung bereits inbegriffen. Die Beklagte hat im Schreiben an die D[...] jedoch selbst klargestellt, dass ihr die Wahl der Liefermittel zustehe und sie einen zuverlässigen italienischen Transporteur habe. Es ist auch unwahrscheinlich, dass die B[...] oder der italienische Verkäufer den Transport für die Beklagte übernehmen sollten, dies geht aus der Bereitschaft der Beklagten, immer wieder neue Offerten betreffend der Transportart zu unterbreiten, hervor. Dadurch wäre auch der Gesamtpreis von US\$ 339'000.-- der behaupteten Bestellung bei der B[...] geändert worden. Es ist demnach nicht nachvollziehbar, wieso die Bestellung der Beklagten an die B[...] bereits die Transportkosten hätte umfassen sollen, und nicht lediglich den Verkaufspreis des Alkohols von US\$ 297'000.--, da ja die Beklagte den Transport hätte übernehmen sollen.

88

Die Beklagte behauptet, sie habe die Ware nach Ablauf der Abnahmefrist, die der Klägerin gesetzt wurde, zu einem Preis von US\$ 300'000.-- verkaufen müssen. Aus dem Schreiben der B[...] vom 8. März 1994 geht hervor, dass die B[...] (und nicht die Beklagte) die Ware verkauft habe. Dass die B[...] die Ware beim italienischen Verkäufer für die Beklagte tatsächlich bestellt hat, wurde nicht nachgewiesen, ebensowenig, dass sie den Alkohol an einen Käufer zum Preis von US\$ 300'000.-- weiterverkaufen musste. Welchem Käufer der Alkohol verkauft und wohin er geliefert worden sein soll, ist auch nicht bekannt. Der Preis des Alkohols ab Werk betrug wie oben gezeigt US\$ 297'000.--. Ob im Preis von US\$ 300'000.-- auch die Transportkosten inbegriffen sind, und wenn ja, wieviel sie ausmachen, geht aus dem Schreiben vom 8. März 1994 auch nicht hervor. Da nicht bekannt ist, wohin und ob der Alkohol überhaupt von der B[...] geliefert werden musste und sie deshalb die Transportkosten zu tragen hatte, kann auch nicht bestimmt werden, wie gross der allfällige Verlust der B[...] tatsächlich war (denn in der ersten Bestellung vom 17. Dezember 1993 waren die Transportkosten und auch die Provision an die Beklagte in den US\$ 339'000.-- ja inbegriffen, vgl. act. 23/11). Ebenfalls auf die Fragwürdigkeit des Schreibens der B[...] vom 8. März 1994 weist der Umstand hin, dass die Differenz des Deckungsverkaufs mit dem ursprünglichen Preis (zufälligerweise?) genau die von der Beklagten angeblich geleistete Anzahlung ausmacht und das Schreiben nicht unterzeichnet ist.

89

Aus den aufgezeigten Gründen hat die Beklagte weder bewiesen noch glaubhaft gemacht, dass sie die 300'000 Liter Alkohol bei der B[...] bereits bestellt hatte, eine Anzahlung von

90

US\$ 39'000.-- leistete, die Ware mit Verlust weiterverkauft werden musste und sie deshalb einen Schaden erlitt.

6.3

Die Beklagte bringt vor, ihr Schaden belaufe sich bezüglich des *entgangenen Gewinnes* auf US\$ 39'000.--. Wie in Ziff. 6.2 dargestellt wurde, hat nicht die Beklagte, sondern allenfalls die B[...] die Ware mit Verlust verkauft, was jedoch nicht bewiesen wurde. Durch die Anzahlung von US\$ 39'000.--, welche die Beklagte angeblich geleistet hatte und von der B[...] zurückbehalten worden sein soll, hätte der Beklagten allenfalls ein Schaden im Sinne einer Vermögensverminderung (*damnum emergens*) entstehen können, nicht jedoch im Sinne eines entgangenen Gewinnes (*lucrum cessans*).

91

Der Vertreter der Beklagten hat an der Sitzung vom 19. Juni 1996 ausgesagt, der Gewinn der Beklagten sei im Betrag von US\$ 339'000.-- inbegriffen gewesen, als Provision seien 10% abgemacht worden, was jedoch eine rein theoretische Marge darstelle. Die Provision wäre von der B[...] ausbezahlt worden. Es ist nicht klar, ob diese Aussage so zu verstehen ist, dass die Provision 10% von US\$ 339'000.-- ausgemacht hätte, also US\$ 33'900.--, oder dass die Provision bereits im Betrag von US\$ 339'000.-- mitenthalten war. Für den Beweis, dass eine Provision abgemacht war, wie hoch der Prozentsatz gewesen wäre und auf welchen Betrag, fehlen jegliche Belege. Auch im Schreiben der B[...] vom 18. Dezember 1993 steht nichts von einer Provision, die bei Durchführung des Geschäftes von der B[...] ausbezahlt worden wäre. Hingegen verlangt die B[...] eine Anzahlung von US\$ 39'000.--.

92

Die beiden Schreiben der B[...] vom 18. Dezember 1993 und vom 8. März erweisen sich somit als ungenügend, um einen möglichen entgangenen Gewinn der Beklagten zu beweisen. Eine Forderung der Beklagten über US\$ 39'000.-- besteht somit nicht und kann nicht mit der Anzahlung von US\$ 23'730.-- verrechnet werden.

93

6.4

Die Beklagte macht ausserdem Fr. 3'000.-- geltend für die entstandenen Umtriebe für die verschiedenen Offerten, die gesamte mit der Klägerin geführte Korrespondenz (inklusive die Telefonate nach P[...]) und die nicht eingeplanten Lagerkosten.

94

Gemäss den Ausführungen in Ziff. 6.2 hat die Beklagte nicht nachgewiesen, dass sie die Ware bereits bestellt hatte. Dass sie nicht eingeplante Lagerkosten zu tragen hatte, ist demzufolge unwahrscheinlich. Die Beklagte hat keine Belege eingereicht, aus denen ersichtlich ist, wo und wie lange sie die Ware lagern musste und zu welchem Preis.

95

Aus den Akten geht hervor, dass die Beklagte die Proforma-Rechnung vom 17. Dezember 1993 erstellte, der Klägerin auf ihre Anfrage hin eine Abbildung der Flasche sowie eine Kopie der Etikette zuschickte und sie über die Verpackungsart informierte. Am 21. Dezember 1993 arbeitete sie eine neue Offerte für einen LKW-Transport aus, darauf folgte weitere Korrespondenz mit der D[...] und der Klägerin. Am 31. Dezember 1993 sagte die Beklagte der Klägerin zu, ein weiteres Angebot für den Alkohol ohne Transport ab Werk zu unterbreiten und teilte der Klägerin mit Schreiben vom 3. Januar 1994 den Netto-Preis für einen

96

Liter Alkohol ab Werk mit. Am 7. Januar 1994 unterbreitete die Beklagte der Klägerin ein neues Angebot für den Verkauf der Ware direkt ab Werk und teilte der Klägerin mit Schreiben vom 10. Januar 1994 mit, welche Auslieferungen ihr der Abfüllbetrieb bestätigt habe. Nachdem die Beklagte die Klägerin immer wieder dazu aufgefordert hatte, die Akkreditiveröffnung zu veranlassen und dies nicht erfolgte, setzte sie der Klägerin schliesslich am 15. Januar 1994 eine Frist bis zum 28. Januar 1994, um die Ware abzunehmen und das Akkreditiv zu eröffnen oder den Kaufpreis zu bezahlen.

Daraus ist ersichtlich, dass der Beklagten durch das Ausarbeiten der verschiedenen neuen Offerten für einen LKW-Transport einerseits, andererseits durch den Umstand, dass das Akkreditiv durch die Klägerin nicht eröffnet wurde, zusätzliche Auslagen entstanden, die auf das unschlüssige Verhalten der Klägerin zurückzuführen sind. Denn diese zusätzlichen Umtriebe hätte die Beklagte nicht tragen müssen, wäre das Akkreditiv wie vereinbart eröffnet und hätte die Lieferung gemäss Proforma-Rechnung durchgeführt werden können. Das Gericht ist deshalb der Ueberzeugung, dass der Beklagten durch die zusätzlichen Auslagen ein Schaden entstanden ist.

97

Die Beklagte macht einen pauschalen Betrag von Fr. 3'000.-- für die entstandenen Umtriebe und Lagerkosten geltend. Die Beklagte hat nicht nachgewiesen, dass sie die Ware überhaupt bestellt hatte und dass ihr Lagerkosten entstanden (vgl. Ziff. 6.4). Wie hoch diese behaupteten Lagerkosten gewesen sein sollen, ist nicht bekannt, ein genauer Betrag für die übrigen geltend gemachten Auslagen wurde auch nicht angegeben. Der Schaden der Beklagten ist demzufolge nicht ziffernmässig nachweisbar.

98

Das WKR regelt die Frage des nicht ziffernmässig nachweisbaren Schadens nicht. Nach Art. 118 IPRG i.V. mit Art. 3 Satz 2 des Haager Uebereinkommens betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche Sachen anzuwendende Recht vom 15. Juni 1955 (SR 0.221.211.4) ist schweizerisches Recht anwendbar. Im OR wird der Rücktritt vom Vertrag (welcher der Aufhebung des Vertrages im WKR entspricht) und der daraus geschuldete Schadenersatz in Art. 109 Abs. 1 und 2 OR geregelt. Zur Bestimmung des Umfanges des Schadenersatzes ist von der Verweisung des Art. 99 Abs. 3 OR auszugehen. Danach bemisst sich die Grösse des geschuldeten Ersatzes grundsätzlich nach dem Recht der unerlaubten Handlung, auch wenn es um eine Schadenersatzpflicht nach Art. 97 ff. OR geht (*Gauch/Schlupe*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, Band II, 6. Aufl., Zürich 1995, N 2786). Nach Art. 42 Abs. 2 OR ist der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen (vgl. *Brehm*, Berner Kommentar, N 46 ff. zu Art. 42 OR). Die Akten enthalten wie gezeigt genügend Anhaltspunkte, die geeignet sind, auf einen Schadenseintritt seitens der Beklagten schliessen zu lassen. Eine genaue zahlenmässige Berechnung des Schadens ist hier jedoch nicht möglich, da es sich um Korrespondenz, Telefonate und Umtriebe für das Ausarbeiten der verschiedenen Offerten handelt. Der von der Beklagten erlittene Schaden wird deshalb nach Ermessen des Gerichtes auf Fr. 1'500.-- geschätzt (vgl. auch *Vogel*, Grundriss des Zivilprozessrechts, Dritte stark erweiterte Aufl., Bern 1992, S. 168). Der Schadenszins ist vom Eintritt des schädigenden

99

Ereignisses an geschuldet, in diesem Fall vom 28. Januar 1994 an. (Vertragsaufhebung durch die Beklagte). Der Zinssatz beträgt 5% (*Gauch/Schluemp*, a.a.O., N 2791).

Die Klägerin wird demzufolge verpflichtet, der Beklagten den Betrag von Fr. 1'500.-- nebst Zins zu 5% seit dem 28. Januar 1994 zu leisten. **100**

6.5 **101**

Mit Schreiben vom 14. März 1994 (nicht in den Akten) habe die Beklagte den Betrag über US\$ 15'270.-- bei der Klägerin einverlangt, nachdem sie ihren geltend gemachten Schaden von US\$ 39'000.-- mit der Anzahlung von US\$ 23'730.-- verrechnete. Die Beklagte hat in ihren Rechtsbegehren konkludent die Verrechnung der geforderten US\$ 39'000.-- mit der von der Klägerin geltend gemachten US\$ 23'730.-- erklärt (sie fordert den Betrag von US\$ 15'270.--). Ihre Forderung von Fr. 3'000.-- will sie ausserhalb einer Verrechnung durchsetzen.

Das Verrechnungsrecht wird durch einseitige Willenserklärung des Verrechnenden ausgeübt. Die Erklärung (Gestaltungsgeschäft) richtet sich an den Verrechnungsgegner, ist mithin empfangsbedürftig. Es gilt der Grundsatz: Ohne Verrechnungserklärung keine Verrechnungswirkung (*Gauch/Schluemp*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 6. Aufl., Zürich 1995, Nr. 3370). Die Erklärung nur gegenüber dem Richter ist ungenügend (BGE 35 I 488). **102**

In der Erhebung einer Widerklage liegt nicht ohne weiteres eine konkludente Verrechnungserklärung. Denn der Widerkläger kann ein Interesse haben, seine Forderung ausserhalb einer Verrechnung durchzusetzen. Das Ergebnis, dass sowohl Klageforderung als auch Widerklageforderung gutgeheissen werden, ist nicht grundsätzlich stossend, sondern kann im konkreten Fall dem Willen der Parteien entsprechen. Diesen Willen hat der Richter zu respektieren (*Aeppli*, Zürcher Kommentar, Zürich 1991, N 66 zu Art. 124 OR). **103**

Die Beklagte hat ihr Verrechnungsrecht für ihre Forderung von Fr. 3'000.-- nicht ausgeübt. Sie hat weder die Verrechnung gegenüber der Klägerin erklärt noch diesen Willen sonstwie in konkludenter Weise zu erkennen gegeben (vgl. Rechtsbegehren der Beklagten, act. 12/2). Die Beträge, welche den Parteien zugesprochen werden, können somit nicht verrechnet werden. **104**

7. **105**

Die Klägerin hat den Antrag gestellt, in der Betreuung Nr. 679'374 des Betreibungsamtes des Saanebezirkes sei für den Betrag von Fr. 29'876.05 nebst Zins zu 8% seit dem 1. Februar 1994 sowie für die Kosten des Zahlungsbefehls von Fr. 111.80 die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.

7.1 **106**

Die Klägerin hat ihre Forderung nach Art. 79 SchKG auf dem ordentlichen Prozessweg geltend gemacht. Dieses Verfahren steht ausserhalb der Schuldbetreibung, im Gegensatz zum eigentlichen (formellen) Rechtsöffnungsverfahren. Verlangt der Gläubiger in diesem Forderungsprozess ausdrücklich die Beseitigung der Wirkungen des Rechtsvorschlages, so erübrigt das Zivilurteil in der Sache das besondere Rechtsöffnungsverfahren. Das im

Zivilprozess ergangene Urteil ermächtigt den Gläubiger, indem es mit dem Sachentscheid zugleich die Rechtsöffnung ausspricht, ohne weiteres die Fortsetzung der Betreuung zu verlangen (*Amonn*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, fünfte, überarbeitete und auf den neuesten Stand der Gesetzgebung und der Rechtsprechung gebrachte Aufl., Bern 1993, S. 129 f.; *Walder*, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, Dritte, überarbeitete und ergänzte Aufl., Zürich 1984, S. 225; BGE 107 III 60).

7.2

Die Beklagte ist eine Zweigniederlassung der «D[...] e C[...]» in [...] Liechtenstein mit Sitz in der Schweiz.

107

Wenn der Inhaber einer Geschäftsniederlassung in der Schweiz im Ausland wohnt, kann er für die auf Rechnung der letzteren eingegangenen Verbindlichkeiten am Sitze derselben betrieben werden, selbst ohne Eintragung im hiesigen Handelsregister (Art. 50 Abs. 1 SchKG, BGE 114 II 6). Dabei ist unter dem Ausdruck «Geschäftsniederlassung» eine «Zweigniederlassung» im Sinne von Art. 935 Abs. 2 OR zu verstehen. Die schweizerische Niederlassung der «D[...] u C[...]» in M[...] begründet für die auf ihre Rechnung eingegangenen Verbindlichkeiten einen Betreibungs- bzw. Konkursort (vgl. dazu. *Walder*, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, Dritte, überarbeitete und ergänzte Aufl., Zürich 1984, S.112; *Amonn*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, fünfte, überarbeitete und auf den neuesten Stand der Gesetzgebung und der Rechtsprechung gebrachte Aufl., Bern 1993, S. 87; *Giroud*, Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, zweite, überarbeitete Aufl., Zürich 1986, S. 156 f.).

108

Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den Betrag von US\$ 23'730.-- nebst Zins zu 5% seit dem 17. Dezember 1993 zu bezahlen (vgl. Ziff. 5.4). In der Betreuung Nr. 679'374 des Betreibungsamtes des Saanebezirkes ist demzufolge für den Betrag von Fr. 29'876.05 (Tageskurs am 31. Januar 1995, Betreibungsdatum) nebst Zins zu 5% seit dem 1. Februar 1994 sowie für die Kosten des Zahlungsbefehls von Fr. 111.80 die definitive Rechtsöffnung zu gewähren.

109

7.3

Die Klägerin stellte mit Schreiben vom 8. Juli 1996 die Beweisanträge, es sei eine Handelsregisterbestätigung über den Eintrag der Beklagten als Zweigniederlassung in F[...] von Amtes wegen zu bestellen und im Sinne einer superprovisorischen Massnahme das Handelsregisteramt anzuweisen, die Eintragung der Beklagten im Handelsregister in F[...] nicht zu löschen, solange der Prozess dauere. Die Klägerin begründete ihr Begehren damit, der Vertreter der Beklagten habe an der Sitzung vom 19. Juni 1996 zu Protokoll gegeben, es werde bald der Antrag gestellt, dass die Firma im Handelsregister in F[...] gelöscht werde. Dies sei unbedingt zu verhindern. Diese Anträge wurden mit Verfügung vom 21. November 1996 abgewiesen.

110

Nach Art. 77 Abs. 2 lit. b HRegV werden die Zweigniederlassungen von Amtes wegen gelöscht, wenn sich der Hauptsitz im Ausland befindet, sofern festgestellt ist, dass der Geschäftsbetrieb

111

der Zweigniederlassung aufgehört hat, und die Hauptniederlassung der Aufforderung des Registerführers zur Löschung der Zweigniederlassung nicht nachkommt oder selbst erloschen ist. Der Gerichtsstand am Ort der Zweigniederlassung besteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes auch nach der Löschung der Zweigniederlassung für die vorher entstandenen und mit ihrem Geschäftsbetrieb zusammenhängenden Verbindlichkeiten weiter. Die Löschung setzt die Tilgung der aus dem Geschäftsbetrieb entstandenen Schulden nicht voraus (BGE 98 Ib 100 ff.).

Es ist ausserdem nicht erforderlich, dass die Geschäftsniederlassung in der Schweiz eines im Ausland wohnenden Schuldners im Handelsregister eingetragen ist, um den schweizerischen Betreuungsort zu begründen (BGE 114 III 8 ff.).

112

8.

Die Klägerin ist mit ihrer Klage weitgehend durchgedrungen. Die Widerklage der Beklagten wurde nur bis zum Betrag von Fr. 1'500.-- gutgeheissen. Zudem wurde der Antrag der Klägerin auf eine superprovisorische Anweisung des Handelsregisteramtes abgewiesen. Das Verfahren hat zudem ergeben, dass der Klägerin der Beweis für einen ausschliesslichen LKW-Transport nicht gelang. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend, rechtfertigt es sich, die Kosten zu 1/5 der Klägerin und zu 4/5 der Beklagten aufzuerlegen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

113

Das Verfahren verursachte einen mittleren Aufwand (zwei Sitzungen von gesamthaft 3 Stunden und 10 Minuten Dauer, Studium der Rechtsschriften, umfangreiche Urteilssitzung und -begründung). Der Streitwert beträgt US\$ 23'730.--.

Daher ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 2'700.-- festzusetzen (Art. 10 Abs. 1 des Tarifs der Gerichtskosten in Zivilsachen, SGF 135.11).

geurteilt:

1. Die Klage wird gutgeheissen.

Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin einen Betrag von US\$ 23'730.-- nebst Zins zu 5% seit dem 17. Dezember 1993 zu bezahlen.

2. In der Betreuung Nr. 679'374 des Betreibungsamtes des Saanebezirkes wird für den Betrag von Fr. 29'876.05 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Februar 1994 sowie für die Kosten des Zahlungsbefehls von Fr. 111.80 die definitive Rechtsöffnung erteilt.

3. Die Widerklage wird teilweise gutgeheissen.

Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten einen Betrag von Fr. 1'500.-- nebst Zins zu 5% seit dem 28. Januar 1994 zu bezahlen.

Im übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

4. Die Gerichts- und die übrigen Parteikosten werden der Klägerin zu einem Fünftel und der Beklagten zu vier Fünfteln auferlegt.

Die dem Staat geschuldeten Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- (Gerichtsgebühr Fr. 2'700.--; Auslagen Fr. 300.--) werden von beiden Parteien hälftig bezogen. Die Beklagte hat der Klägerin Fr. 900.-- zu erstatten.

Dieses Urteil wird den Parteien je gegen Empfangsbestätigung zugestellt.