[Briefkopf Anwaltskanzlei]

Einschreiben

Handelsgericht des Kantons Zürich

Postfach 2401

8021 Zürich

[Ort], [Datum]

Klageschrift

[Anrede]

In Sachen

[Firma der Gesellschaft] Klägerin

[Adresse], [Ort], Zürich

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

gegen

[Firma der Gesellschaft] Beklagte

[Adresse], [Ort], UK

vertreten durch Rechtsanwalt [Vorname] [Name], [Adresse], [Ort]

betreffend Forderung auf Schadenersatz

erhebe ich namens und mit Vollmacht der Klägerin

Klage

mit dem folgenden

Rechtsbegehren

* 1. Es sei die Beklagte unter ausdrücklichem Vorbehalt des Nachklagerechts zu verpflichten, der Klägerin CHF 250'000.00 zzgl. Zins von 5% ab dem 29. November 2014 zu bezahlen.
  2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Begründung

**I. Formelles**

* 1. Der Unterzeichnete ist von der Klägerin gehörig bevollmächtigt.

BO: Vollmacht vom [Datum] Beilage 1

* 1. Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt den Handel mit Spielzeugartikeln aller Art.

BO: Handelsregisterauszug der Klägerin vom [Datum] Beilage 2

* 1. Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in London, Vereinigtes Königreich, mit dem statutarischen Zweck, ferngesteuerte Spielzeugfahrzeuge zu produzieren und zu verkaufen.

BO: Ausdruck des Company House vom [Datum] Beilage 3a

BO: Memorandum und Articles of Association der Beklagten Beilage 3b

* 1. Die Klägerin mit Sitz in der Schweiz macht gegenüber der Beklagten mit Sitz im Vereinigten Königreich Schadenersatzforderungen infolge verspäteter Lieferung von Spielwaren aus einem Kaufvertrag geltend. Da es damit um eine gerichtliche Auseinandersetzung in Zivil- und Handelssachen in einem euro-internationalen Verhältnis geht, ist für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit der Gerichte das LugÜ anwendbar (Art. 1 Ziff. 1 LugÜ).
  2. Die Parteien haben vereinbart, dass die Klägerin die bestellten Spielwaren nach Zürich zu liefern hat. In Anwendung von Art. 5 Abs. 1 lit. a LugÜ sind damit die Gerichte von Zürich für die Beurteilung der Klage örtlich zuständig.

Bemerkung 1: Art. 5 Abs. 1 lit. a LugÜ bietet der Käuferin einer beweglichen Sache einen alternativen Klägergerichtsstand am Lieferort. Dieser Gerichtsstand besteht parallel zum allgemeinen Gerichtsstand am Sitz der Beklagten gemäss Art. 2 LugÜ (vgl. BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 N 7). Fallen Lieferort und Wohnsitz/Sitz der Käuferin zusammen, was in der Praxis häufig der Fall sein dürfte, wird die Käuferin aus prozesstaktischen Überlegungen in der Regel ein Gerichtsverfahren an ihrem Wohnsitz/Sitz einleiten.

Das revidierte LugÜ, welches am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist, sieht in Art. 5 Abs. 1 lit. b für Kaufverträge neu einen einheitlichen Erfüllungsort an dem Ort vor, an den die Kaufsache gemäss anwendbarem Recht zu liefern war. Damit schliesst das Übereinkommen neu unterschiedliche Gerichtsstände für die verschiedenen Ansprüche unter einem Kaufvertrag aus. Unter altem LugÜ war dagegen noch möglich, dass je nach streitgegenständlicher Verpflichtung (z.B. Kaufpreiszahlung, Warenlieferung, Gewährleistung) wegen unterschiedlicher Erfüllungsorte kein einheitlicher Gerichtsstand gegeben war. Vorbehalten bleiben aber nach wie vor vertraglich vereinbarte Erfüllungsorte (vgl. BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 N 164 ff.).

* 1. Gemäss Art. 6 ZPO i.V.m. § 44 GOG/ZH ist für die Beurteilung der vorliegenden Auseinandersetzung das Handelsgericht sachlich zuständig:
* Die Streitigkeit betrifft die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien, nämlich die Herstellung bzw. den Handel mit Spielwaren.
* Der vorliegende Streitgegenstand und Streitwert ermöglicht die Anrufung des Bundesgerichts mittels Beschwerde in Zivilsachen.
* Die Parteien sind im schweizerischen Handelsregister bzw. im englischen Company House, welches ein mit dem schweizerischen Handelsregister vergleichbares Register darstellt, eingetragen (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 2 und 3).

Bemerkung 2: Die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht ist in zivilrechtlichen, unter Umständen auch in schuldbetreibungs- und konkursrechtlichen (Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG) und öffentlich-rechtlichen (Art. 72 Abs. 2 lit. b BGG) Streitigkeiten mit einem Streitwert von CHF 30'000.00 (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) möglich. Zur Beurteilung der Frage, ob die Voraussetzungen der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht gegeben sind, richtet sich die Berechnung des Streitwerts nach Art. 51 ff. BGG und nicht nach der ZPO (vgl. zum Ganzen KUKO ZPO-Haas/Schlumpf, Art. 6 N 9 f.).

* 1. Das Schlichtungsverfahren ist in Fällen handelsgerichtlicher Zuständigkeit in Anwendung von Art. 198 lit. f i.V.m. Art. 6 ZPO sowie § 44 GOG ausgeschlossen.
  2. Das angerufene Gericht ist damit örtlich, sachlich und funktional zuständig.
  3. Der Streitwert der vorliegenden Klage beträgt CHF 250‘000.00. Aus diesem Grund ist das ordentliche Verfahren im Sinne von Art. 219 ff. ZPO anwendbar (vgl. Art. 243 und 248 ZPO *e contrario).*

Bemerkung 3: Der Streitwert zur Bestimmung der Verfahrensart ist nach den Regeln der ZPO zu bemessen (Art. 91 ff. ZPO). Massgeblich ist grundsätzlich der im Rechtsbegehren eingeklagte Betrag. Zinsen, Kosten des laufenden Verfahrens sowie Kosten im Zusammenhang mit einer allfälligen Publikation des Entscheids oder mit einem allfälligen Eventualbegehren werden nicht hinzugerechnet (Art. 91 ZPO). Der Wert von Sachleistungen wird vom Gericht festgesetzt, sofern diesbezüglich Uneinigkeit zwischen den Parteien besteht oder deren Angaben manifest unrichtig sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO).

* 1. Für ihre Sachverhaltsdarstellung offeriert die Klägerin den rechtsgenügenden Beweis, sofern und soweit sie die Beweislast trifft, und zwar auch dort, wo sie auf die Nennung von Beweismitteln einstweilen verzichtet. Die Klägerin behält sich die Bezeichnung weiterer Beweismittel ausdrücklich vor.
  2. Dokumente in englischer Sprache werden vorläufig ohne Übersetzung eingereicht. Auf entsprechende Aufforderung des Gerichts hin ist die Klägerin bereit, Übersetzungen nachzureichen.

II. Materielles

A. Sachverhalt

a) Vertragsabschluss zwischen den Parteien

* 1. Am 3. November 2014 stellte Herr Müller als Vertreter der Klägerin Herrn Stevens von der Beklagten eine E-Mail zu.

BO: E-Mail Herr Müller vom 03.11.2014 Beilage 4

* 1. In dieser E-Mail bestellte Herr Müller bei der Y Ltd. namens der Klägerin 20'000 ferngesteuerte Spielzeugautos des Typs Panther X4 und verlangte, dass diese bis spätestens am 14. November 2014 ins Lager der Klägerin in Zürich zu liefern seien.

BO: E-Mail Herr Müller vom 03.11.2014 Beilage 4

* 1. Weiter wies Herr Müller darauf hin, dass einerseits das Schweizer Obligationenrecht sowie andererseits die allgemeinen Einkaufsbedingungen der X AG (nachfolgend **AGB X AG)** das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien regeln sollen. Die AGB X AG hängte Herr Müller seiner E-Mail als pdf-Datei an.

BO: E-Mail Herr Müller vom 03.11.2014 Beilage 4

BO: AGB X AG vom 01.01.2011 Beilage 5

* 1. Ziffer 10 der AGB X AG sieht vor, dass die Verkäuferin bei Vorliegen eines Verzugs der Käuferin sämtliche Haftungsschäden inkl. gegenüber Drittabnehmern geschuldete Konventionalstrafen zu ersetzen hat.

BO: AGB X AG vom 01.01.2011 Beilage 5

* 1. Am 4. November 2014 bestätigte Herr Stevens namens der Beklagten die Bestellung, den Liefertermin vom 14. November 2014, den Lieferort (Lager der Klägerin in Zürich) sowie die Anwendbarkeit des Schweizer Obligationenrechts.

BO: E-Mail Herr Stevens vom 04.11.2014 Beilage 6

* 1. Zusätzlich wies Herr Stevens in dieser E-Mail darauf hin, die Lieferung erfolge unter den Allgemeinen Lieferbedingungen der Y Ltd. (nachfolgend **AGB Y Ltd.),** ohne diese jedoch der E-Mail anzuhängen oder der Klägerin sonstwie zugänglich zu machen. Stattdessen wies Herr Stevens lediglich darauf hin, die Klägerin könne die AGB Y Ltd. bei Interesse unter einer angegebenen Fax-Nummer bestellen. Der Inhalt dieser AGB war der Klägerin nicht bekannt.

BO: E-Mail Herr Stevens vom 04.11.2014 Beilage 6

BO: Herr Pirmin Müller, Verwaltungsratspräsident der Klägerin, zu laden über die Klägerin Parteibefragung,

evtl. Beweis-

aussage

b) Vertragsabschluss zwischen der Klägerin und der Z AG

* 1. Nachdem die Klägerin ihre Belieferung mit den 20'000 Panther X4-Fahrzeugen vermeintlich sichergestellt hatte, schloss sie am 7. November 2014 mit der Z AG, einer schweizweit tätigen Warenhauskette, einen Kaufvertrag über die Lieferung sämtlicher dieser Spielzeugartikel zu einem Kaufpreis von CHF 2.5 Mio. ab. Der Vertrag wurde auf Seiten der Klägerin von Herrn Müller und seitens der Z AG von Herrn Zurbriggen und Herrn Mahrer unterzeichnet.

BO: Handelsregisterauszug der Z AG vom [Datum] Beilage 7

BO: Kaufvertrag zwischen X AG und Z AG vom 07.11.2014 Beilage 8

* 1. Gemäss Ziffer 4 Abs. 2 dieses Vertrages verpflichtete sich die Klägerin, die Spielzeugfahrzeuge bis spätestens am 28. November 2014 zu liefern. Für den Fall einer verspäteten Lieferung sollte der Z AG gemäss Ziffer 4 Abs. 3 des Vertrages ein Anspruch auf Bezahlung einer Konventionalstrafe in Höhe von 10% des Kaufpreises erwachsen. Weiter sah die Bestimmung vor:

«Die Bezahlung der Konventionalstrafe befreit die Verkäuferin nicht von ihrer Erfüllungspflicht und die Käuferin kann zusätzlich zur Geltendmachung der Konventionalstrafe auf Erfüllung bzw. Unterlassung klagen. Die Geltendmachung eines höheren Schadens bleibt der Käuferin ebenfalls vorbehalten, wobei diesfalls die Konventionalstrafe an den Schaden angerechnet wird.»

BO: Kaufvertrag zwischen X AG und Z AG vom 07.11.2014 Beilage 8

* 1. Hintergrund dieser Bestimmung war, dass die Z AG angesichts des anstehenden Weihnachtsgeschäfts dringend auf eine rechtzeitige Lieferung der Panther X4-Fahrzeuge angewiesen war.

BO: Herr Peter Zurbriggen, c/o Z AG, [Adresse], [Ort] als Zeuge

BO: Herr Pirmin Müller, Verwaltungsratspräsident der Klägerin, zu laden über die Klägerin Parteibefragung,

evtl. Beweis-

aussage

c) Lieferverzögerungen der Y Ltd.

* 1. Als die Spielzeugfahrzeuge am 17. November 2014 immer noch nicht ins Lager der Klägerin geliefert worden waren, erkundigte sich Herr Müller mit E-Mail vom selben Tag an Herrn Stevens nach dem Verbleib der Ware und teilte diesem mit, dass die Klägerin trotz Verzugs der Beklagten nach wie vor an der Lieferung festhalte.

BO: E-Mail Herr Müller vom 17.11.2014 Beilage 9

Bemerkung 4: Ist im kaufmännischen Verkehr ein bestimmter Liefertermin verabredet und kommt die Verkäuferin in Verzug, so besteht in Anwendung von Art. 190 Abs. 1 OR eine gesetzliche Vermutung, dass die Käuferin auf die Lieferung verzichtet und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt.

Eine (wie hier vorliegende) Vereinbarung eines Erfüllungszeitpunkts hat demnach die widerlegbare Vermutung zur Folge, dass die Parteien ein relatives Fixgeschäft abgeschlossen haben und die Käuferin auf die nachträgliche Erfüllung verzichtet. Will die Käuferin auf der Leistung beharren, so hat sie dies gegenüber der Verkäuferin unverzüglich zu erklären. Unverzüglich ist die Anzeige, wenn sie am gleichen oder spätestens am folgenden Werktag erfolgt, wobei besondere Umstände eine Erstreckung der Frist rechtfertigen. Versäumt die Käuferin, unverzüglich die Erfüllung zu verlangen, so geht ihr Erfüllungsanspruch unter und sie kann Ersatz des positiven oder – gemäss herrschender Lehre – auch des negativen Vertragsinteressens verlangen (BSK OR I-Koller, Art. 190 N 4 f., 15 und 17).

* 1. Nachdem in der Folge eine Reaktion von Seiten der Beklagten ausblieb, erinnerte Herr Müller Herrn Stevens mit E-Mails vom 19. und 24. November 2014 an die Lieferpflichten der Beklagten und machte ihn insbesondere auch auf den zwischen der Klägerin und der Z AG abgeschlossenen Weiterverkaufsvertrag und die darin vorgesehene Konventionalstrafe für den Fall einer verspäteten Lieferung durch die Klägerin aufmerksam.

BO: E-Mail Herr Müller vom 19.11.2014 Beilage 10

BO: E-Mail Herr Müller vom 24.11.2014 Beilage 11

* 1. Am 24. November 2014 antwortete Herr Stevens schliesslich, dass die Y Ltd. die X AG nicht beliefern werde, da die Beklagte derzeit in Verhandlungen mit einer Konkurrentin der X AG stehe, welche sich um den exklusiven Vertrieb der Panther X4-Fahrzeuge im Schweizer Mark bemühe. Bei dieser Gelegenheit übermittelte die Y Ltd. auch gleich noch ihre AGB als pdf-Anhang zur entsprechenden E-Mail vom 24. November 2014.

BO: E-Mail Herr Stevens vom 24.11.2014 Beilage 12

BO: AGB Y Ltd. vom 01.08.2010 Beilage 13

* 1. Die Klägerin akzeptzierte den Standpunkt der Beklagten natürlich nicht und machte die Beklagte mit E-Mails von Herrn Müller an Herrn Stevens vom 26. und 28. November 2014 noch einmal auf ihre unbedingte Lieferpflicht aufmerksam, die unabhängig von allfälligen Vertragsverhandlungen mit einer Konkurrentin der X AG bestand.

BO: E-Mail Herr Müller vom 26.11.2014 Beilage 14

BO: E-Mail Herr Müller vom 28.11.2014 Beilage 15

* 1. Leider blieben alle diese Vorbringen und Ermahnungen der Klägerin an die Beklagte fruchtlos, so dass die Lieferung der Ware auch am 28. November 2014 ausblieb.

BO: Herr Pirmin Müller, Verwaltungsratspräsident der Klägerin, zu laden über die Klägerin Parteibefragung,

evtl. Beweis-

aussage

* 1. Da die Klägerin folglich nicht in der Lage war, die Z AG am 28. November 2014 vertragsgemäss zu beliefern, machte Letztere mit Schreiben vom 1. Dezember 2014 die Bezahlung der vertraglich vereinbarten Konventionalstrafe von CHF 250'000.00 geltend und verlangte die unverzügliche Belieferung mit den Spielzeugfahrzeugen.

BO: Schreiben Z AG vom 01.12.2014 Beilage 16

* 1. Die Klägerin sah sich vor diesem Hintergrund veranlasst, ein Massnahmeverfahren einzuleiten, in welchem sie vom angerufenen Gericht die superprovisorische Anordnung einer umgehenden vertragsgemässen Belieferung durch die Beklagte verlangte. Das Massnahmegericht folgte nach Anhörung der Beklagten in seinem Entscheid vom 12. Dezember 2014 der Auffassung der Klägerin, stellte eine Verletzung des Kaufvertrags durch die Y Ltd. fest und wies diese unter Androhung von Ungehorsamstrafe an, die 20'000 Panther X4-Fahrzeugen innert drei Werktagen ins Lager der Klägerin in Zürich zu liefern.

BO: Entscheid des Massnahmegerichts vom 12.12.2014 Beilage 17

* 1. Am 17. Dezember 2014 wurden die Spielzeugfahrzeuge schliesslich ins Lager der Klägerin geliefert und die Klägerin sorgte umgehend für die Weiterlieferung derselben an die Z AG, bei welcher die Ware am 18. Dezember 2014 schliesslich eintraf. Dies bestätigte die Z AG mit Schreiben vom selben Tag, in welchem sie aber die Geltendmachung weiteren (zusätzlich zur bereits eingeforderten Konventionalstrafe) Schadenersatzes mit dem Argument ankündigte, dass die Zeit vor den Festtagen nicht mehr ausreiche, um sämtliche Modelle der Panther X4-Fahrzeuge zu vertreiben. Zudem habe sie für den vorweihnachtlichen Verkauf erhebliche Werbekosten auf sich genommen, die sich nun zumindest teilweise als unnütz erweisen.

BO: Schreiben Z AG vom 18.12.2014 Beilage 18

B. Rechtliches

a) Anwendbares Recht

* 1. Gemäss vorliegendem Sachverhalt verpflichtete sich ein englischer Verkäufer, einem Schweizer Käufer Waren gegen Bezahlung eines Kaufpreises zu übertragen. Es liegt damit ein internationaler Sachverhalt vor und für die Bestimmung des anwendbaren Rechts ist das IPRG heranzuziehen.
  2. Gemäss Art. 118 IPRG ist für die Bestimmung des auf einen internationalen Kaufvertrag über bewegliche körperliche Sachen anwendbaren Rechts das Haager Übereinkommen vom 15. Juni 1955 heranzuziehen (nachfolgend **Haager Übereinkommen).**

Bemerkung 5: Beim Haager Übereinkommen betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche Sachen anwendbare Recht vom 15. Juni 1955 handelt es sich um einen erga omnes wirkenden multilateralen Staatsvertrag (BSK IPRG-Amstutz/Wang, Art. 118 N 1 und 3).

* 1. Art. 2 des Haager Übereinkommens sieht vor, dass für die Bestimmung des anwendbaren Rechts primär eine Rechtswahl der Parteien zu beachten ist. Diese Rechtswahl muss ausdrücklich sein oder sich eindeutig aus dem Vertrag oder aus den Umständen ergeben. Sie kann damit grundsätzlich auch stillschweigend bzw. konkludent vereinbart werden.

Bemerkung 6: Bei einer Rechtswahl wird auch von einem Verweisungsvertrag gesprochen. Dieser kann in Anwendung des Haager Übereinkommens explizit oder stillschweigend abgeschlossen werden, wobei die Voraussetzungen für die Gültigkeit einer stillschweigenden bzw. konkludenten Rechtswahl dieselben sind, wie sie Art. 116 Abs. 2 Satz 1 IPRG umschreibt (BSK IPRG-Amstutz/Wang, Art. 118 N 9 mit Verweis auf BGer 4A\_58/2008 vom 28.04.2008): Es muss eine übereinstimmende Willensbekundung beider Parteien vorliegen, aus der **zweifelsfrei** ersichtlich ist, dass beide ein und dieselbe Rechtsordnung auf ihr Vertragsverhältnis angewendet wissen wollen (BGE 81 II 175 E. 3). Infolge dieser erhöhten Anforderung an die Feststellung des Parteiwillens verlangen Lehre und Rechtsprechung, dass diesbezüglich ein **wirklicher** Parteiwille vorzuliegen hat, das Abstellen auf einen bloss hypothetischen (mutmasslichen) Parteiwillen für die Annahme einer Rechtswahl mithin nie ausreichend ist (BGE 119 II 173 E. 1 sowie BSK IPRG-Amstutz/Wang, Art. 116 N 39).

Mangels gültiger Rechtswahl untersteht der Kaufvertrag (oder Werklieferungsvertrag) in Anwendung des Haager Übereinkommens dem innerstaatlichen Recht des Landes, in dem der Verkäufer (oder Unternehmer bei einem Werklieferungsvertrag) beim Empfang der Bestellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte; wird die Bestellung von einer Geschäftsniederlassung des Verkäufers entgegengenommen, so ist das innerstaatliche Recht am Ort der Zweigniederlassung einschlägig. Der Kaufvertrag untersteht jedoch dem innerstaatlichen Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Käufers (oder Bestellers bei einem Werklieferungsvertrag) oder am Ort der Geschäftsniederlassung, die die Bestellung aufgegeben hat, sofern die Bestellung in diesem Land vom Verkäufer oder seinem Vertreter entgegengenommen wurde (Art. 3 Abs. 1 und 2 des Haager Übereinkommens). Der Verkäufer soll nämlich das Rechtsanwendungsrisiko tragen, wenn er sich für den Abschluss des Vertrags in das Land des Käufers begibt (BSK IPRG-Amstutz/Wang, Art. 118 N 11).

* 1. Vorliegend hat die Klägerin in ihrer E-Mail vom 3. November 2014 der Verkäuferin das Angebot unterbreitet, das Rechtsverhältnis Schweizer Recht zu unterstellen (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 14 sowie Beilage 4) und die Beklagte hat dieses Angebot mit E-Mail vom 4. November 2014 akzeptiert (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 16 sowie Beilage 6). Damit liegt eine ausdrückliche und damit auf jeden Fall wirksame Rechtswahl zugunsten von Schweizer Recht vor.
  2. Mit dem ausdrücklichen Verweis auf die Anwendbarkeit des Schweizer Obligationenrechts haben die Partien zudem die Geltung des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (CISG) im Sinne von Art. 6 CISG ausreichend klar ausgeschlossen. Der Rechtsstreit ist folglich unter Heranziehung des innerstaatlichen Schweizer Rechts, insbesondere des OR, zu beurteilen.

Bemerkung 7: Nach Art. 1 CISG gelten dessen Regeln nicht nur für Warenverkäufe zwischen Parteien, die ihre Niederlassungen beide in Vertragsstaaten des CISG haben, sondern bereits auch dann, wenn die Regeln des internationalen Privatrechts des Forum-Staates zur Anwendung des Rechts eines CISG-Vertragsstaates führen. Das CISG stellt damit materielles Schweizer Recht dar.

Nachdem vorliegend das internationale Privatrecht der Schweiz unter Berücksichtigung der Rechtswahl der Parteien Schweizer Recht für anwendbar erklärt und das CISG wie gesehen Schweizer Recht darstellt, wäre grundsätzlich das CISG einschlägig, sofern die Parteien dessen Geltung nicht im Sinne von Art. 6 CISG ausgeschlossen haben. Ein solcher Ausschluss kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen – ein stillschweigender Ausschluss darf aber nur angenommen werden, wenn die entsprechende Absicht der Parteien unzweideutig zum Ausdruck kommt (vgl. Komm UN-Kaufrecht-Siehr, Art. 6 N 5 f.).

Die blosse Bestimmung eines nationalen Rechts («Schweizer Recht ist anwendbar») als Vertragsstatut ist für die Annahme eines stillschweigenden Ausschluss des CISG gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung nicht ausreichend klar. In den Vertragsstaaten des CISG gilt nämlich wie gesehen für internationale Kaufverträge dieses Abkommen, so dass die blosse Verweisung auf das Recht eines Vertragsstaates eben auch das CISG umfasst bzw. in diesem Zusammenhang zumindest mehrdeutig ist. Aus diesem Grund schliesst eine Rechtswahl zugunsten des Schweizer Rechts die Geltung des CISG nicht aus (vgl. BGer 4C.94/2006 vom 17.07.2007 E. 4; Komm UN-Kaufrecht-Siehr, Art. 6 N 5 f.; CISG Kommentar-Ferrari, Art. 6 N 22; Brunner, Art. 6 CISG N 2; HGer SG, 03.12.2002, CISG-online 727 E. 3; a.A. Stoffel, S. 172 f.; BezGer Weinfelden, 23.11.1998, CISG-online 428 E. 3.b).

Ein unzweideutiger Ausschluss des CISG liegt hingegen vor, wenn sich der Verweis nicht bloss generell auf ein nationales Recht beschränkt, sondern das spezifisch anwendbare nationale Sachrecht bezeichnet, also beispielsweise das Schweizer Obligationenrecht (vgl. Komm UN-Kaufrecht-Siehr, Art. 6 N 6; CISG Kommentar-Ferrari, Art. 6 N 22; OGer Aargau, 03.03.2009, CISG-online 2013 E. 5.2.1 am Ende).

b) Einschlägige AGB

Wirksame Übernahme der AGB X AG

* 1. Die X AG AGB wurden von den Parteien wirksam in ihren Kaufvertrag übernommen.

Bemerkung 8: AGB einer Partei haben keine allgemeine Verbindlichkeit wie Gesetze oder Verordnungen und sind auch keine Rechtsquellen eigener Art. Für ihre Geltung ist deshalb immer der diesbezüglich Konsens beider Parteien erforderlich. Es gilt der Grundsatz: Keine Geltung ohne Übernahme (BGer 4C.282/2003 vom 15.12.2003 E. 3.1; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 1124). Man spricht hinsichtlich der Vereinbarung der Geltung von AGB auch von einem Übernahmevertrag.

* 1. So legte die Klägerin ihrem mit E-Mail vom 3. November 2014 übermittelten Angebot ihre eigenen AGB zugrunde, unterbreitete der Beklagten also mithin die Offerte, den Kaufvertrag ihren eigenen Einkaufsbedingungen zu unterstellen (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 14 sowie Beilage 4). Zudem waren diese AGB der entsprechenden E-Mail als pdf-Datei angehängt und die Beklagte konnte sich von ihrem Inhalt in zumutbarer Weise Kenntnis verschaffen.

Bemerkung 9: AGB können nach dem Vertrauensprinzip nur dann als vom Konsens der Parteien erfasst gelten, wenn die zustimmende Partei die Möglichkeit hatte, sich von ihrem Inhalt in zumutbarer Weise Kenntnis zu verschaffen. Nicht erforderlich ist, dass der AGB-Gegner dies auch tatsächlich tut. Nimmt der AGB-Gegner im konkreten Einzelfall vom Inhalt der AGB Kenntnis und versteht er diesen, spricht man von einer Vollübernahme. Andernfalls liegt eine Globalübernahme vor, die grundsätzlich ebenfalls ausreichend ist, bei der jedoch besondere Regeln zur Anwendung kommen (Stichwort: Unklarheitsregel; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 1134 sowie III. Ergänzende Hinweise).

Das im Zusammenhang mit der möglichen Kenntnisnahme angewendete Zumutbarkeitskriterium bietet dabei dem Rechtsanwender Spielraum bei seinem Entscheid, ob er die AGB als vom Parteikonsens erfasst betrachten will. Dabei kann er die Geschäftserfahrenheit der Gegenseite sowie die spezifische Erscheinungsform der AGB mitberücksichtigen (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 1134).

Bei einer Übermittlung von AGB in Form eines pdf-Anhangs zu einer E-Mail wird in der Lehre zum Teil verlangt, der AGB-Verwender habe sicherzustellen, dass die Gegenpartei diesen auch tatsächlich lesen kann, also insbesondere im Besitz der notwendigen Software ist, um das Attachement zu öffnen. Deshalb sei es angezeigt, in der E-Mail einen Link zur Website zur Verfügung zu stellen, auf welcher die Vertragsgegenseite die aktuelle Version des Adobe Acrobat Reader – der Software, die zum Öffnen von pdf-Dateien benötigt wird – unentgeltlich beziehen kann (Schwab, S. 80 f.).

Solche Anforderungen gehen aber in der heutigen Zeit u.E. – zumindest im Verkehr zwischen geschäftserfahrenen Kaufleuten – zu weit. So hat denn auch das Bundesgericht einen kantonalen Entscheid bestätigt, der ganz grundsätzlich und ohne irgendwelche Vorbehalte davon ausging, dass die Kenntnisnahme von AGB, die einer E-Mail als pdf-Dokument angehängt sind, zumutbar ist (BGer 4D\_43/2014 vom 19.11.2014 E. 3.1).

In BGE 139 III 345 E. 4.4.1 ging das Bundesgericht noch einen Schritt weiter und stellte klar, dass bei Vorliegen von E-Mail-Korrespondenz nur ein vernachlässigbarer Unterschied bestehe zwischen dem Öffnen eines der E-Mail angehängten Dokuments, das die AGB enthält, und dem Aufrufen der Internetseite des AGB-Verwenders, auf welcher die AGB publiziert sind.

Im Sinne dieser Rechtsprechung ist es also zumindest im kaufmännischen Verkehr ausreichend, wenn der AGB-Verwender die AGB seiner E-Mail als Anhang beifügt oder in der entsprechenden E-Mail entweder einen Link auf die einschlägige Internetseite einfügt bzw. die spezifische www-Adresse nennt, auf welcher die AGB heruntergeladen werden können.

* 1. Die Beklagte hat dieses Angebot mit E-Mail vom 4. November 2014 bestätigt (vgl. III. Klageschrift, Begründung, Ziff. 16 und Beilage 6) und somit nicht nur dem Abschluss des Kaufvertrages sondern auch der Übernahme der AGB X AG zugestimmt und diese damit akzeptiert.

Bemerkung 10: Während Art. 1 OR den Grundsatz aufstellt, dass Willenserklärungen ausdrücklich oder konkludent abgegeben werden können, wird im AGB-Recht die Frage kontrovers diskutiert, ob ein Übernahmevertrag auch konkludent abgeschlossen werden kann (vgl. die Zusammenstellung in BK OR-Kramer, Art. 1 N 187 ff.).

Eine ausdrückliche (und damit unproblematische) AGB-Übernahme liegt dann vor, wenn im Vertragsangebot ausdrücklich auf die Geltung der AGB verwiesen wird und die Vertragsgegenseite dieses Angebot ausdrücklich annimmt. Dabei kann es nicht relevant sein, ob auch die Annahmeerklärung noch einmal explizit auf die AGB des Offerenten Bezug nimmt oder das Angebot lediglich generell akzeptiert (vgl. BK OR-Kramer, Art. 1 N 188 und 192).

Schwieriger zu beurteilen sind Fälle, in denen der AGB-Verwender in seinem Angebot einen ausdrücklichen Hinweis auf die Geltung seiner AGB unterlässt und der Übernahmevertrag damit nur konkludent zustande kommen könnte.

Nach wohl herrschender Lehre ist eine konkludente Übernahme von AGB im Verhältnis mit Konsumenten nicht oder nur ganz ausnahmsweise möglich (CHK OR-Kut, Art. 1 N 56 m.w.H.).

Im Verkehr unter Kaufleuten ist die Möglichkeit eines konkludenten Abschlusses eines AGB-Übernahmevertrags aber grundsätzlich anerkannt (vgl. BK OR-Kramer, Art. 1 N 187 ff.) und vom Bundesgericht bestätigt (vgl. BGE 77 II 154 E. 4). Von einer konkludenten Übernahme wird vor allem dann auszugehen sein, wenn die Geltung der AGB in vorausgehenden Rechtsgeschäften zwischen denselben Parteien jeweils ausdrücklich anerkannt wurde und bloss im streitrelevanten Rechtsgeschäft der AGB-Verwender versehentlich den Verweis auf die Geltung seiner AGB unterliess (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 1128a).

Im vorliegenden Fall liessen sich zweifellos gute Argumente dafür finden, dass der Verweis der Beklagten auf die Geltung der eigenen AGB als implizite Ablehnung der Übernahme der AGB der Klägerin zu werten ist (Schwenzer, OR AT, Rz 28.43). Zur Wirksamkeit der AGB Y Ltd. vgl. aber die Ausführungen sogleich.

Keine wirksame Übernahme der AGB Y Ltd.

* 1. Die Beklagte hat zwar in ihrer Annahmeerklärung vom 4. November 2014 den zusätzlichen Hinweis angebracht, ihre Lieferung erfolge unter den AGB Y Ltd. (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 17 und Beilage 6). Diese AGB waren der Klägerin beim Vertragsabschluss jedoch weder bekannt noch wurde ihr zu diesem Zeitpunkt die Möglichkeit eingeräumt, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Y Ltd. Kenntnis zu nehmen – sei es beispielsweise durch Zustellung der AGB in elektronischer Form oder mittels Einfügung eines elektronischen Links zum Herunterladen der AGB auf dem Internet (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 17).
  2. Das blosse Angebot der Beklagten, ihre AGB der Klägerin zuzustellen, falls diese mittels Fax einen entsprechenden Antrag stelle, ist für eine wirksame Übernahme der AGB Y Ltd. nicht ausreichend.

Bemerkung 11: AGB können wie gesehen (vgl. II. Klageschrift, Bemerkung 9) nur dann als vom Konsens der Parteien erfasst gelten, wenn die zustimmende Partei die Möglichkeit hatte, sich von ihrem Inhalt in zumutbarer Weise Kenntnis zu verschaffen.

Es ist in der Lehre umstritten, inwieweit den AGB-Gegner eine Erkundigungsobliegenheit trifft, wenn ein Vertragsangebot auf die Geltung von AGB verweist, diese ihm aber nicht offengelegt werden.

Die Lehre scheint sich einig zu sein, dass zumindest den Konsumenten keine Erkundigungsobliegenheit trifft (Giger, Geltungskontrolle, S. 52 f.; Schwenzer, OR AT, Rz 45.02).

Ein Teil der Lehre geht jedoch davon aus, dass man wenigstens von einen Kaufmann erwarten könne, dass er die Aushändigung der AGB verlange, wenn er deren Inhalt prüfen wolle (Giger, Geltungskontrolle, S. 52; Perrig, AGB, S. 296 ff.; entgegen der in der entsprechenden Lehre teilweise vertretenen Auffassung stützt BGE 77 II 154 diese Ansicht jedoch u.E. nicht, ging es in diesem Entscheid doch lediglich um die Frage der Möglichkeit, einen Übernahmevertrag konkludent abzuschliessen und nicht um die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme von AGB).

Andere Lehrmeinungen verlangen ganz generell, dass AGB-Verwender dem AGB-Gegner aktiv Kenntnis vom Inhalt der AGB verschaffen müssen (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 1134). Dies steht einer Erkundigungsobliegenheit der AGB-Gegner klar entgegen.

Das Bundesgericht lehnte eine Erkundigungsobliegenheit des AGB-Gegners mit der zutreffenden Begründung ab, das Interesse am Einbezug der AGB in den Vertrag gehe vom AGB-Verwender aus, weshalb Letzterer seinem Vertragspartner eine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme der AGB zu verschaffen habe. Eine blosse Bestellmöglichkeit über Fax sei wesentlich umständlicher als die elektronische Zurverfügungstellung und komme einer Erkundigungsobliegenheit sehr nahe, da der AGB-Gegner zur Nachfrage beim AGB-Verwender gezwungen sei und nicht ohne dessen Zutun von den AGB Kenntnis nehmen könne. Zudem seien Fax-Geräte nicht mehr so verbreitet wie elektronische Geräte mit Internetzugang. Folglich stelle der Hinweis, die AGB könnten unter einer bestimmten Faxnummer bestellt werden, keine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme dar (BGE 139 III 345 E. 4.3 und 4.4.2).

Allerdings ist zu beachten, dass das Bundesgericht in BGE 139 III 345 die Wirksamkeit einer in AGB enthaltenen Gerichtsstandklausel vor dem Hintergrund von Art. 23 Abs. 1 lit. a LugÜ zu überprüfen hatte. Die entsprechende Bestimmung des LugÜ stellt für die Gültigkeit von Gerichtsstandklauseln ein Schriftformerfordernis auf und das Bundesgericht verneinte die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme der AGB mittels Bestellung über ein Fax-Gerät (auch) mit dem Argument, dass eine solche Möglichkeit den strengen Formerfordernissen des Art. 23 Abs. 1 lit a LugÜ nicht genüge (BGE 139 III 345 E. 4.3 und 4.4.2). Es ist somit nicht restlos geklärt, inwieweit diese Rechtsprechung ganz generell für die wirksame Übernahme von AGB gilt. U.E. besteht jedoch kein Grund, sie auf Klauseln zu beschränken, die einem Formerfordernis unterliegen. Die überzeugende bundesgerichtliche Argumentation verdient eine ganz grundsätzliche Anwendung im AGB-Recht.

* 1. Dasselbe gilt hinsichtlich der nachträglichen, d.h. nach Abschluss des Vertrages erfolgten elektronischen Zustellung der AGB Y Ltd. durch die Beklagte mittels E-Mail vom 24. November 2014 (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 23 und Beilage 12). Auch sie kann keine Wirkung entfalten.

Bemerkung 12: Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung werden AGB, die dem AGB-Gegner erst nach Vertragsabschluss zugänglich gemacht wurden, nicht Vertragsinhalt (CHK OR-Kut, Art. 1 N 59; BGE 98 Ia 314 E. 5.b).

* 1. Es liegt somit zwischen den Parteien kein Vertragsabschluss betreffend Geltung der AGB Y Ltd. vor.

Zwischenfazit

* 1. Damit haben die Parteien vorliegend die Übernahme der AGB X AG, jedoch nicht die Übernahme der AGB Y Ltd. vereinbart. Erstere sind deshalb bei der Feststellung der vertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien heranzuziehen, letztere nicht.

Bemerkung 13: Es lassen sich zweifellos gute Argumente dafür finden, dass – trotz Unwirksamkeit der Übernahme der AGB Y Ltd. – der Verweis der Beklagten auf die Geltung der eigenen AGB zumindest als implizite Ablehnung der Wirksamkeit der AGB der Klägerin zu werten ist (vgl. auch Schwenzer, OR AT, Rz 28.43).

Aus taktischen Gründen sollte jedoch im Hauptstandpunkt auf die Anwendbarkeit der eigenen AGB gepocht und in der Alternativbegründung aufgezeigt werden, dass auch in Anwendung des dispositiven Gesetzesrechts das gleiche Resultat erzielt würde (vgl. dazu die Ausführungen sogleich).

Eventualbegründung: Bei Annahme einer wirksamen Übernahme der AGB Y Ltd. bzw. bei Annahme einer Nicht-Übernahme der AGB X AG wäre auf das dispositive Gesetzesrecht zurückzugreifen

* 1. Für den unwahrscheinlichen Fall, dass das angerufene Gericht der klägerischen Argumentation in Ziff. 37 ff. nicht folgen und zum (nach Meinung der Klägerin unzutreffenden) Ergebnis gelangen sollte, dass die Parteien nicht nur die Übernahme der AGB X AG, sondern auch der AGB Y Ltd. vereinbart haben, läge eine sogenannte *«battle of forms»* vor. Von einer solchen wird immer dann gesprochen, wenn jede Partei bei Vertragsabschluss (die eine in der Offerte, die andere in der Annahmeerklärung) auf die Geltung ihrer eigenen AGB verwiesen hat (vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 1130).
  2. Widersprechen sich in einem solchen Fall die AGB der Parteien in einem objektiv wesentlichen Punkt, so ist mangels Konsens kein Vertrag zustande gekommen (vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 1130a). Betrifft der Dissens jedoch lediglich einen subjektiv wesentlichen Vertragspunkt, wird ein solcher Mangel durch Ausführung des Vertrags in Kenntnis des partiellen Dissens geheilt. In diesem Fall ist – wie auch bei Vorliegen von Widersprüchen zu weder objektiv noch subjektiv wesentlichen Punkten – von einem gültigen und wirksamen Vertragsabschluss auszugehen und gelten die AGB beider Parteien, soweit sie sich nicht widersprechen. Im Übrigen, d.h. hinsichtlich widersprüchlich geregelter Punkte, sind beide AGB unverbindlich und der insoweit lückenhafte Vertrag muss nach den allgemeinen Regeln, insbesondere unter Rückgriff auf das dispositive Gesetzesrecht, ergänzt werden (Koller, Obligationenrecht, § 23 Rz 62 f.; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 1130a und 1247a ff.).

Bemerkung 14: Vereinzelt wird in der Lehre bei Vorliegen einer «battle of form» die oben beschriebene «Restgültigkeitstheorie» («knock-out rule») abgelehnt und stattdessen die «Theorie des letzten Wortes» («last shot rule») verfochten, nach welcher die AGB des Akzeptanten diejenigen des Offerenten ausschliessen sollen, wenn sich der Offerent vorbehaltlos auf die Vertragsabwicklung einlässt, obwohl der Akzeptant den Vertrag nur unter Zugrundlegung seiner eigenen AGB abschliessen will. Dies zumindest dann, wenn der Offerent nicht (zum Beispiel in seinen AGB) zum Vornherein klarstellt, dass er abweichende AGB des Akzeptanten nicht anerkennen wird (ZK OR-Jäggi/Gauch, Art. 18 N 469; CR CO I-Dessemontet, Art. 1 N 48).

Diese Auffassung wird jedoch in der mittlerweile klar herrschenden Lehre u.E. zu Recht abgelehnt (vgl. Koller, Obligationenrecht, § 23 Rz 61; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 1130a m.w.H.). Selbst die Neuauflage von ZK-Jäggi/Gauch, d.h. ZK OR-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 N 524 f., lehnt die in der Vorauflage verfochtene «Theorie des letzten Wortes» mit dem überzeugenden Argument ab, dass der Offerent durch Verweis auf seine AGB in der Offerte zum Ausdruck gebracht habe, wie er die strittigen Punkte geregelt haben wolle, so dass sein blosses Schweigen auf den Gegenantrag des Akzeptanten gemäss Art. 6 OR nicht so verstanden werden dürfe, es habe beim Offerenten ein Sinneswandel stattgefunden und dieser stimme nun plötzlich den abweichenden Geschäftsbedingungen des Akzeptanten zu.

Die Frage des Vorrangs der «knock-out rule» bzw. der «last shot rule» wurde jedoch in der Schweiz soweit ersichtlich höchstrichterlich bis heute noch nicht geklärt.

* 1. Vorliegend sehen die AGB X AG in Ziffer 10 eine Haftung der Beklagten für den von der Klägerin erlittenen Verzugsschaden vor (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 15 und Beilage 5). Demgegenüber schliessen die AGB Y Ltd. eine solche Haftung in Ziffer 8.1 aus (vgl. Beilage 13). Es liegen somit zwei sich widersprechende AGB-Klauseln vor.
  2. Die vertragliche Regelung der Haftung der Verkäuferin für den Verzugsschaden der Käuferin stellt zweifellos keinen objektiv wesentlichen Punkt dar.

Bemerkung 15: Objektiv wesentliche Vertragspunkte umfassen den unentbehrlichen Geschäftskern eines Vertrages, d.h. diejenigen Punkte, bezüglich derer notwendigerweise ein tatsächlicher Konsens zwischen den Parteien bestehen muss, damit der Vertrag ein sinnvolles Ganzes ergibt, weil es für sie keine substituierbaren Regeln des Gesetzes-, Gewohnheits- oder Richterrechts gibt (Gauch/Schluep/ Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 332 ff.).

* 1. Auch das Vorliegen einer subjektiven Wesentlichkeit kann verneint werden bzw. wäre ein Dissens bzgl. subjektiv wesentlicher Punkte nachträglich geheilt worden, hat doch die Beklagte die Lieferung ausgeführt, obwohl sie Kenntnis von den abweichenden Bestimmungen zur Verzugshaftung in den jeweiligen AGB hatte und hat die Klägerin die entsprechende Lieferung entgegengenommen.
  2. Vor diesem Hintergrund müsste selbst bei einer ungerechtfertigten Beachtung der AGB Y Ltd. der darin enthaltene Haftungsausschluss für Verzugsschäden unberücksichtigt bleiben. Stattdessen wäre für die Frage der Haftung der Beklagten für den Verzugsschaden der Klägerin auf das dispositive Gesetzesrecht zurückzugreifen.
  3. Dieselbe Rechtsfolge würde schliesslich auch dann eintreten (d.h. Anwendung des dispositiven Gesetzesrechts), wenn man fälschlicherweise davon ausginge, der Verweis der Beklagten auf die eigenen AGB in ihrer Annahme vom 4. November 2014 habe zumindest eine implizite Ablehnung des Angebots zum Übernahmevertrag betreffend der AGB X AG zur Folge gehabt, so dass nicht von einer gültigen Übernahme der AGB X AG ausgegangen werden könnte. Auch unter dieser Annahme läge hinsichtlich der Haftung der Verkäuferin für den Verzugsschaden der Käuferin ein lückenhafter Vertrag vor, der nach den allgemeinen Regeln, also insbesondere unter Rückgriff auf das dispositive Gesetzesrecht, zu ergänzen wäre.

Subeventualbegründung: Keine Wirksamkeit des Haftungsausschlusses in den AGB Y Ltd.

* 1. In Ziffer 8.1 der AGB Y Ltd. wird vorgesehen, dass angegebene Liefertermine blosse Richtwerte darstellen würden und der Käuferin bei späterer Lieferung keine Schadenersatzansprüche zustünden (vgl. Beilage 13).
  2. Gemäss Vertrag vom 3./4. November 2014 haben die Parteien jedoch auf individueller Basis vereinbart, dass die Beklagte die bestellten 20'000 Spielzeugfahrzeuge am 14. November 2014 ins Lager der Klägerin in Zürich zu liefern habe (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 12, 13 und 16 sowie Beilagen 4 und 6). Diese Individualvereinbarung geht der in Ziffer 8.1 der AGB Y Ltd. enthaltenen Bestimmung vor und schliesst die Wirksamkeit derselben aus, selbst wenn die AGB Y Ltd. grundsätzlich Geltung beanspruchen könnte, was bestritten bleibt (BGE 135 III 225 E. 1.4). Dies nicht nur hinsichtlich der in den AGB Y Ltd. vorgesehenen Unverbindlichkeit von Lieferterminen, sondern auch hinsichtlich des Haftungsausschlusses, weil sich Letzterer nicht in die individuell vereinbarte Bestimmung (Lieferung bis spätestens am 14. November 2014 ins Lager der Klägerin in Zürich) einfügen lässt bzw. diese nicht harmonisch ergänzt. Ziffer 8.1 der AGB Y Ltd. ist deshalb insgesamt unwirksam (vgl. ZK OR-Jäggi/Gauch/Hartmann, Art. 18 N 527).

Bemerkung 16: Vereinbaren die Parteien in ihrem individuell ausgehandelten Vertrag vom Inhalt der AGB abweichende Bestimmungen, so geniessen die Bestimmungen der Individualabrede den Vorrang. Dieser Vorrang basiert auf dem Konsensprinzip: Unter Berücksichtigung des Vertrauensprinzips kann der Inhalt von AGB gar nicht gewollt sein, wenn die Parteien einen abweichenden Willen durch Individualabrede manifestiert haben (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 1131 f.: Vorrang der Individualabrede).

Der Vorrang des individuell Vereinbarten gilt nach wohl herrschender Lehre auch dann, wenn eine Individualabrede einer AGB-Klausel zwar nicht ausdrücklich widerspricht, jedoch schlecht zu ihr passt, d.h. wenn die AGB-Klausel gewissermassen «die Teleologie der Individualabrede unterlaufen würde» (BK OR-Kramer, Art. 1 N 212).

Fazit

* 1. Gemäss richtiger Auffassung richtet sich die Haftung der Beklagten für den der Klägerin entstandenen Verzugsschaden nach Ziffer 10 der AGB X AG (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 34–41). Sollte diese Auffassung zu Unrecht abgelehnt werden, wäre die entsprechende Haftung in Anwendung von Art. 103 ff. OR zu prüfen. Der in Ziffer 8.1 der AGB Y Ltd. vorgesehene Haftungsausschluss muss auf jeden Fall unberücksichtigt bleiben (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 42–50).
  2. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, haftet die Beklagte für den eingeklagten Verzugsschaden der Klägerin, und zwar unabhängig davon, ob man die AGB X AG oder das dispositive Gesetzesrecht zur Beurteilung der Frage heranzieht.

c) Anspruch auf Ersatz des eingeklagten Verzugsschadens

* 1. Die Verkäuferin, die sich verschuldeterweise in Verzug befindet, hat der Käuferin den Schaden zu ersetzen, den diese infolge der Verspätung adäquat kausal erlitten hat. Dies gilt sowohl unter Berücksichtigung der einschlägigen AGB X AG als auch in Anwendung des dispositiven Gesetzesrechts (Art. 103 OR sowie Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 2670). Folgende Voraussetzungen müssen folglich erfüllt sein:
* Schuldnerverzug
* Schaden
* Adäquater Kausalzusammenhang zwischen Schuldnerverzug und Schaden
* Verschulden

Tatbestand des Schuldnerverzugs erfüllt

* 1. Der in Art. 103 OR geregelte Schuldnerverzug weist folgende Tatbestandsvoraussetzungen auf: (i) Fälligkeit der Forderung der Gläubigerin, (ii) Nichtleistung durch Schuldnerin trotz Leistungsmöglichkeit, (iii) Vorliegen eines Verfalltagsgeschäfts oder einer Mahnung sowie (iv) Pflichtwidrigkeit der Nichtleistung (vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 2657). Es ist davon auszugehen, dass Ziffer 10 der AGB X AG den Verzugstatbestand identisch regelt.
  2. Diese Tatbestandselemente waren ab dem 15. November 2015 erfüllt.
  3. Der Anspruch der Klägerin auf Lieferung der bestellten Spielzeugfahrzeuge wurde am 14. November 2014 fällig, haben die Parteien doch den entsprechenden Termin als Lieferdatum vereinbart (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 13 ff.).
  4. Die Beklagte wäre durchaus in der Lage gewesen, die versprochene Ware am 14. November 2014 zu liefern. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass sie die Lieferung gemäss eigenen Angaben nur deshalb zurückhielt, weil sie sich zu jener Zeit in Vertragsverhandlungen bezüglich des Abschlusses eines Exklusivliefervertrages mit einer Konkurrentin der Klägerin befand (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 23 und Beilage 12). Zum andern belegt auch die nach der entsprechenden richterlichen Anordnung vom 12. Dezember 2014 unmittelbar erfolgte Lieferung vom 17. Dezember 2014 (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 27 f. und Beilage 17 und 18), dass die Beklagte jederzeit hätte liefern können.
  5. Die Klägerin musste vorliegend die Beklagte zudem nicht mittels Mahnung in Verzug setzen, weil die Parteien für die Lieferung der Spielzeugfahrzeuge einen bestimmten Verfalltag, d.h. den 14. November 2014, vereinbart hatten. Bei einem solchen Verfalltagsgeschäft reicht für das Vorliegen des Schuldnerverzugs die Fälligkeit der Forderung aus (Art. 102 Abs. 2 OR).

Bemerkung 17: Ein bestimmter Verfalltag liegt insbesondere vor bei einer genauen Nennung des Erfüllungsdatums im Vertrag oder wenn die Möglichkeit besteht, ein solches Datum anhand des Vertragsinhalts klar zu ermitteln (BSK OR I-Wiegand, Art. 102 N 10).

Die gleiche Wirkung haben (i) ein durch Kündigung ausgelöster Verfalltag, und zwar sowohl bei vertraglichen als auch bei gesetzlichen Kündigungsmöglichkeiten, (ii) die unmissverständliche Erklärung der Schuldnerin, sie werde nicht leisten, (iii) die besonderen Umstände, in welchen nur die Schuldnerin erkennen kann, wann sie leisten muss, sowie (iv) weitere spezifische Einzelfälle (BSK OR I-Wiegand, Art. 102 N 10 f.).

* 1. Die nicht rechtzeitige Lieferung durch die Beklagte war zudem schliesslich *per se* pflichtwidrig, weil weder ein Gläubigerverzug noch allfällige Einreden der Beklagten den Verzug rechtfertigen konnten.
  2. Aus diesem Grund befand sich die Beklagte ab dem 15. November 2015 in Verzug.

Schaden

* 1. Zum Verspätungsschaden, den die Verkäuferin zu ersetzen hat, gehören nicht nur der wegen der Verzögerung entgangene Gewinn und Nutzen der Käuferin, sondern auch eine Wertminderung der geschuldeten Leistung während des Verzugs sowie die durch den Verzug resultierenden Kosten und Auslagen der Käuferin. Ersatzfähig sind also insbesondere auch Leistungen, welche die Käuferin infolge des Verzugs gegenüber Dritten zu erbringen hat, etwa gestützt auf eine Dritthaftung wegen der verspäteten Lieferung, z.B. infolge Verfalls einer Konventionalstrafe (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 2672 f.). Man spricht in diesem Zusammenhang von einem Haftungsschaden.
  2. Diese Rechtslage wird auch durch Ziffer 10 AGB X AG bestätigt, welche ausdrücklich vorsieht, dass im Falle eines Verzugs der Verkäuferin die von der Klägerin gegenüber Drittabnehmern geschuldeten Konventionalstrafen von der Verkäuferin zu ersetzen sind (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 15 und Beilage 5). Die Rechtslage gemäss AGB X AG und OR stimmt folglich überein.
  3. Dabei ist es für das Vorliegen eines Haftungsschadens der Käuferin nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung irrelevant, wann diese einen Verlust ihres Barvermögens erleidet bzw. ob der Drittgläubiger der Käuferin bereits konkrete Inkassomassnahmen angedroht oder solche eingeleitet hat. Sobald eine Haftung gegenüber dem Drittgläubiger besteht, ist der Schaden im Rechtssinne eingetreten (BGE 116 II 441 E. 3).
  4. Vorliegend hat sich die Klägerin gegenüber der Z AG zur Zahlung einer Konventionalstrafe von 10% des Kaufpreises von CHF 2.5 Mio. verpflichtet, falls sie die Spielzeugfahrzeuge nicht bis spätestens am 28. November 2014 zu liefern in der Lage sein sollte (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 19 und Beilage 8). Es ist vor diesem Hintergrund nicht ernsthaft bestreitbar, dass die Klägerin gegenüber der Z AG die Bezahlung dieser Konventionalstrafe schuldet, war sie doch manifest nicht in der Lage, rechtzeitig zu liefern. Die Z AG hat denn auch wenig überraschend mit Schreiben vom 1. Dezember 2014 die Bezahlung der Konventionalstrafe eingefordert (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 26 und Beilage 16). Entsprechend ist der Klägerin ein Haftungsschaden von CHF 250'000.00 entstanden.

Bemerkung 18: Gemäss Art. 78 ZPO kann eine Partei, die für den Fall ihres Unterliegens in einem Zivilprozess eine dritte Person belangen will oder den Anspruch einer dritten Person befürchtet, diese auffordern, sie im Prozess zu unterstützen. Man spricht in diesem Zusammenhang von einer Streitverkündung.

Obwohl der klassische Fall der Streitverkündung vom Beklagten eines Hauptprozesses ausgeht, der für den Fall eines negativen Verfahrensausgangs auf einen Dritten Regress nehmen will, steht die Streitverkündung auch dem Kläger des Hauptprozesses zur Verfügung, der für den Fall einer drohenden Belangung durch den Dritten mögliche Einreden und Einwendungen wahren will (BK ZPO-Zuber/Gross, Art. 78 N 7).

Dabei bezweckt die Streitverkündung neben dem Ziel, die streitberufene Partei zur Unterstützung im Hauptprozess zu bewegen, die Herbeiführung der sogenannten Interventionswirkung: Geht der Hauptprozess verloren, sichert die Streitverkündung die Rechtsposition des Streitverkünders in einem Zweitprozess, in welchem sich der Streitberufene weitgehend das Ergebnis des Erstprozesses entgegenhalten lassen muss. Damit wird verhindert, dass der Streitverkünder einen doppelten Prozessverlust aus sich logisch widersprechenden Gründen erleidet (ZPO Komm-Takei, Art. 78 N 5).

Die Streitverkündung ist grundsätzlich während des ganzen Prozesses möglich (BK ZPO-Zuber/Gross, Art. 78 N 22). Allerdings bringt eine verzögerte Streitverkündung das Risiko mit sich, dass sich die streitberufene Partei später gegen die Interventionswirkung des Ersturteils mit dem Argument zur Wehr setzen kann, sie sei durch die Lage des Prozesses zur Zeit ihres Eintritts verhindert gewesen, relevante Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen zu können (Art. 80 i.V.m. Art. 77 ZPO).

Im vorliegenden Fall erscheint es angesichts der schwierig zu bestreitenden Haftung der Klägerin aus dem Verfall der Konventionalstrafe nicht angezeigt, der Z AG bereits mit Einreichung der Klageschrift den Streit zu verkünden (vor Eintritt der Rechtshängigkeit der Klage wäre eine Streitverkündung nach einem Teil der Lehre gar nicht möglich, vgl. ZPO Komm-Takei, Art. 78 N 11). Sollte der entsprechende Anspruch der Z AG von der Beklagten in ihrer Klageantwort wider Erwarten bestritten werden, müsste die Klägerin jedoch auf ihren Entscheid zurückkommen und der Z AG sofort den Streit verkünden. Da die Z AG anschliessend nach Vornahme einer Nebenintervention anlässlich des zweiten Parteivortrags ohne Einschränkungen Noven in den Prozess einführen könnte (vgl. Art. 229 ZPO), wäre es für sie kaum möglich, später zu behaupten, ihr seien infolge einer verspäteten Streitverkündung Nachteile erwachsen, so dass sie die Interventionswirkung nicht gegen sich gelten lassen müsse.

* 1. Zusätzlich macht die Z AG gegenüber der Klägerin zurzeit weitere Schadenersatzansprüche geltend (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 28 und Beilage 18), jedoch ohne ihre Anspruchsgrundlage näher zu begründen bzw. die Schadenshöhe zu quantifizieren, geschweige denn zu substantiieren. Vor diesem Hintergrund ist die Klägerin zum heutigen Zeitpunkt nicht in der Lage, die Begründetheit und Höhe dieser angeblichen Ansprüche zu beurteilen und die Anhebung einer Schadenersatzklage gegen die Beklagte in diesem Zusammenhang ist deshalb (noch) nicht angezeigt. Die Klägerin behält sich aber selbstverständlich vor, von der Beklagten die Bezahlung weiteren Schadenersatzes zu verlangen, sollten solche Ansprüche der Z AG gegen sie tatsächlich bestehen.

Adäquater Kausalzusammenhang

* 1. Der klägerische Schaden (Haftung für Zahlung der Konventionalstrafe im Umfang von CHF 250'000.00 an die Z AG) wurde adäquat kausal durch den Verzug der Beklagten verursacht.
  2. So führt die verspätete Belieferung eines Zwischenhändlers, der die Ware an den Einzelhandel weiterverkaufen will, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung durchaus dazu, dass der Zwischenhändler gegenüber seinen Geschäftspartnern schadenersatzpflichtig wird.
  3. Insbesondere war es für die Beklagte vorhersehbar, dass die Klägerin bei verspäteter Belieferung ihrer Kunden diesen eine Konventionalstrafe zu bezahlen hat. So wies Ziffer 10 der AGB X AG ausdrücklich auf ein solches Haftungsrisiko hin (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 15 sowie Beilage 5). Selbst wenn das Gericht fälschlicherweise zum Schluss kommen sollte, dass die AGB X AG nicht Vertragsbestandteil geworden sind, war die Beklagte unbestreitbar im Besitz dieses Dokuments (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 14) und hatte damit Kenntnis vom entsprechenden Haftungsrisiko. Die Höhe der Konventionalstrafe (10% des Kaufpreises) bewegt sich zudem im Rahmen des Üblichen.

Bemerkung 19: Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist im Zusammenhang mit einem Haftungsschaden einer Käuferin aus dem Verfall einer Konventionalstrafe im Rahmen der Adäquanz zu prüfen, ob der Vertragspartner nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung mit der im Folgevertrag vereinbarten Konventionalstrafe rechnen musste. In diesem Zusammenhang warf das Bundesgericht auch die Frage auf, ob unter gewissen Umständen das Vorliegen von Folgeverträgen mit erheblichen Konventionalstrafen eine Anzeige- bzw. Mahnpflicht gegenüber dem Vertragspartner begründe (BGE 116 II 441 E. 3.b).

Die schweizerische Lehre bestätigt grundsätzlich die Ersatzfähigkeit des Haftungsschadens, unabhängig davon, ob er auf einer Schadenersatzhaftpflicht der Käuferin oder auf dem Verfall einer Konventionalstrafe basiert. Dabei setzt sie sich jedoch nicht oder zumindest nicht explizit mit der Frage der Voraussehbarkeit dieses Schadens für den Haftpflichtigen auseinander (Gauch/Schluep/ Schmid/Emmenegger, OR AT, Rz 2673; BK OR-Weber, Art. 103 OR N 29; BSK OR I-Wiegand, Art. 103 N 6).

Demgegenüber widmet sich die Literatur zum CISG eingehend dieser Problematik. Die herrschende Lehre geht dabei davon aus, dass Haftungsschäden einer Käuferin für eine Verkäuferin zumindest dann voraussehbar sind, wenn der Verwendungszweck der Ware (Weiterverkauf) erkennbar war und die Käuferin dem Dritten nach Gesetz aufgrund deliktischer oder – ohne Vorliegen einer haftungsverschärfenden Klausel – vertraglicher Haftung ersatzpflichtig ist. Wird die Käuferin demgegenüber aufgrund von besonderen Abmachungen haftpflichtig, etwa infolge der Vereinbarung einer Konventionalstrafe oder sonstiger strengerer vertraglicher Haftungsbestimmungen, ist der entsprechende Schaden für die Verkäuferin nur – aber immerhin – dann voraussehbar, wenn solche Klauseln den Gepflogenheiten oder den Gebräuchen der Branche entsprechen und in einem angemessenen Umfang bleiben bzw. wenn die Verkäuferin den Inhalt solcher Klauseln aus anderen Gründungen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kannte oder hätte kennen müssen (CISG Kommentar-Schwenzer, Art. 74 N 56; Komm UN-Kaufrecht-Schönle/Koller, Art. 74 N 35; UN-Kaufrecht CISG-Brunner, Art. 74 N 42).

* 1. Damit hat der Verzug der Beklagten adäquat kausal den Haftungsschaden der Klägerin verursacht und dieser Schaden war für die Beklagte im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses durchaus vorhersehbar.

Verschulden

* 1. Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung findet in analoger Anwendung von Art. 97 OR auch bei der Haftung für Verzugsschäden hinsichtlich der Verschuldensfrage eine Umkehr der Beweislast statt und es ist an der Schuldnerin zu beweisen, dass sie im Zusammenhang mit dem Verzugseintritt kein Verschulden trifft (BGE 130 III 312 E. 7.1; 123 III 241 E. 4.b; BGer 4C.344/2000 vom 14.05.2000 E. 4.b). Ziffer 10 der AGB X AG sieht keine Abweichung von dieser Rechtslage vor.
  2. Den entsprechenden Exkulpationsbeweis wird die Beklagte vorliegend nicht erbringen können, hat sie doch den Verzug nicht einmal bloss fahrlässig, sondern sogar mit direktem Vorsatz verursacht: Wie sie in ihrer E-Mail vom 24. November 2014 selber einräumte, unterliess sie die Belieferung der Klägerin aus dem einzigen Grund, weil sich eine Konkurrentin der Klägerin um den exklusiven Vertrieb der vertragsgegenständlichen Spielzeugfahrzeuge in der Schweiz bemühte und die Beklagte diese Vertragsverhandlungen nicht durch eine (vertraglich geschuldete) Belieferung der Klägerin gefährden wollte (vgl. II. Klageschrift, Begründung, Ziff. 23 sowie Beilage 12). Dieses Vorgehen war unhaltbar und kann die eklatante Vertragsverletzung zweifellos nicht entschuldigen.

Fazit

* 1. Damit hat die Klägerin aufgezeigt, dass ihr in Anwendung sowohl von Ziffer 10 der AGB X AG als auch von Art. 103 OR ein Anspruch gegen die Beklagte auf Ersatz des erlittenen Haftungsschadens von CHF 250'000.00 zusteht.

d) Anspruch auf Bezahlung eines Zinses von 5%

* 1. Der Zinsanspruch der Klägerin basiert nicht auf einem Anspruch auf Verzugszins sondern auf Schadenszins. Entsprechende Ansprüche werden mit dem Eintritt des Schadens fällig und eine Mahnung im Sinne von Art. 102 OR ist nicht erforderlich (vgl. Koller, Obligationenrecht, § 55 Rz 52 ff.; BSK OR I-Wiegand, Art. 102 N 11).
  2. Vorliegend entstand die Verpflichtung der X AG zur Zahlung der Konventionalstrafe von CHF 250'000.00 an die Z AG und damit der Schaden mit dem Eintritt des Verzugs gegenüber der Z AG am 29. November 2014. Ab diesem Zeitpunkt ist deshalb der in Art. 104 Abs. 1 OR vorgesehene Verzugszins von 5% geschuldet.

Aus all diesen Gründen bitten wir höflich um Gutheissung der eingangs gestellten Rechtsbegehren.

[Unterschrift des Rechtsanwaltes der Klägerin]

[Name des Rechtsanwaltes der Klägerin]

im Doppel

Beilage: Beweismittelverzeichnis mit den Urkunden im Doppel