

ein Verschulden zur Last legen, so könnte dies doch nicht dazu führen, das Kind aus seiner bisherigen vertrauten Umgebung wegzureissen, um es dem ihm faktisch ganz fremden Vater und einer Stiefmutter zu übergeben. Ist somit die Klage im Gegensatz zu den Vorinstanzen abzuweisen, so ist doch dem Anspruch des Klägers auf Verkehr mit dem Kind dadurch angemessen Rechnung zu tragen, dass er berechtigt erklärt wird, das Kind jeden Monat einmal an einem Sonntag zu besuchen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. Juni 1917 aufgehoben und die Klage abgewiesen; dem Kläger wird das Recht eingeräumt, das Kind Luise Frida jeden Monat einmal an einem Sonntag zu besuchen.

II. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

62. Urteil der I. Zivilabteilung vom 16. Juli 1917.

i. S. Schmid, Kläger und Berufskl.,
gegen die Schweizer. Bundesbahnen, Bekl. und Berufsbekl.

Art. 58 O G: « In der letzten kantonalen Instanz erlassenes Haupturteil » im Falle, wo das kantonale Prozessrecht im Gegensatze zum O G keine Zusammenrechnung der einzelnen Klageforderungen gestattet und deshalb der erstinstanzliche Entscheid inappellabel ist. — Art. 12 Abs. 4 des internationalen Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr: Liegt eine « unrichtige Anwendung des Tarifes » darin, dass die Bahn nicht von sich aus den gebrochenen statt des direkten Tarifes anwendet, trotzdem jener wegen des Tiefstandes der Auslandsvaluta billiger ist? — Erlass einer ausländischen Bahn, wonach für ihre Strecken bei Transporten in die Schweiz die Fracht in Schweizerwährung zu bezahlen ist. Rechtsgültigkeit in Ansehung des J U e (art. 11 Abs. 1. Ziffern II und III des Schlussprotokoll). Begriff der « gehörigen Veröffentlichung » nach Art. 11 cit.

1. — Der Kläger Schmid verlangt als Zessionar einer grössern Zahl Drittpersonen unter Berufung auf Art. 12 Abs. 4 des internationalen Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890 die Rückerstattung angeblich seinen Zedenten zu viel berechneter Frachtgebühren für Warentransporte, die, sei es aus Deutschland, sei es aus andern Ländern durch Deutschland, von den deutschen Eisenbahnen auf ihrem Gebiete und hinsichtlich der Schlussstrecke von den Schweizerischen Bundesbahnen, der heutigen Beklagten, besorgt worden sind. Erhoben werden 136 solcher Frachtreklamationen und die zurückgeforderten Frachtbeträge belaufen sich auf zusammen 4225 Fr. 56 Cts., welche Summe nebst Verzugszins seit dem 1. Mai 1916 einge-

klagt ist. Die « unrichtige Anwendung des Tarifes » im Sinne des angerufenen Art. 12 Abs. 4 erblickt der Kläger darin, dass bei den fraglichen Sendungen der direkte, nicht der gebrochene Tarif angewendet worden sei, was dazu geführt habe, die auf die deutschen Strecken entfallenden Teilbeträge der Frachten zum normalen Markkurs von 1 Fr. 23,5 in Rechnung zu bringen, statt zu dem gegenwärtig geltenden, viel tiefern Markkurse. In vier der streitigen Fällen habe der Absender die Anwendung des gebrochenen Tarifes noch besonders verlangt, durch Begehren um Umkartierung in Konstanz. Aber auch bei allen andern Transporten sei die Beklagte zur Anwendung des gebrochenen Tarifes verpflichtet gewesen. Dies zunächst in den zahlreichen Fällen, in denen die Anwendung des « billigsten Tarifes » angebeht worden sei, als welchen sich in Hinsicht auf die gesunkene Markwährung der gebrochene Tarif darstelle, der im Gegensatz zum direkten die Rücksichtnahme auf den Tiefstand der Markwährung erfordere und gestatte. Sodann auch in den andern, zahlreichsten Fällen, wo der Absender keine Weisung mit Bezug auf den anzuwendenden Tarif erteilt habe; denn hier hätte die Bahn von sich aus den gebrochenen Tarif als den billigsten anwenden sollen. Letzteres gelte endlich aber auch noch von einigen, noch verbleibenden Fällen, wo der Absender die Bahn zur Anwendung bestimmter direkter Tarife (des direkter Kohlenausnahmetarifes oder der Spezialtarife 2 oder 3) angewiesen habe, da die Bahn durch eine solche un Zweckmässige Weisung von ihrer Verpflichtung, das Interesse des Absenders durch Anwendung des ihm günstigern Tarifes zu wahren, nicht entbunden worden sei.

Die Beklagte hat auf Abweisung des Klagebegehrens angetragen, im allgemeinen deshalb, weil sie rechtlich nicht verpflichtet gewesen sei, bei der Tarifanwendung zu Gunsten des Absenders auf die Valutaverhältnisse und deren Fluktuationen Rücksicht zu nehmen. In Betreff der Fälle, in denen Umkartierung in Konstanz verlangt

wurde, macht sie im besondern noch geltend, die Umkartierung sei tatsächlich erfolgt, habe aber die Fracht gegenüber der nach dem direkten Tarif berechneten nicht ermässigen können, weil die Generaldirektion der badischen Staatseisenbahnen durch Erlass vom 24. März 1916 verfügt habe, die Berechnung und Erhebung der Fracht im Verkehr mit der Schweiz habe künftig in Frankenwährung zu geschehen. Letzterm gegenüber bestreitet der Kläger die Rechtsgültigkeit und Verbindlichkeit jenes Erlasses der Badischen Bahnen.

Die Vorinstanz, der Gerichtspräsident III von Bern, hat das Klagebegehren durch Urteil vom 16. März 1917 in vollem Umfange abgewiesen. Der Berufungskläger erneuert es nunmehr vor Bundesgericht.

2. — Die Berufung ist zulässig, im besondern auch was den Streitwert anlangt. Die geltend gemachten Rückforderungsansprüche übersteigen zusammengerechnet 4000 Fr. und der Streitwert wird nach Art. 59 OG durch ihre Summe gebildet. Für die kantonale Appellationsinstanz verhält es sich freilich anders, indem das bernische Prozessrecht laut den Ausführungen des angefochtenen Entscheides hier eine solche Zusammenrechnung bei der Ermittlung des Streitwertes nicht vorsieht. Die dadurch bedingte Unzuständigkeit des Appellationsgerichtes hat aber anderseits zur Folge, dass der Entscheid des Gerichtspräsidenten den Charakter eines « in der letzten kantonalen Instanz erlassenen Urteils » im Sinne von Art. 58 OG annimmt und dadurch berufungsfähig wird.

3. — In der Sache selbst stellt sich die zu entscheidende Frage in allen zu beurteilenden Einzelfällen, mit Ausnahme der unten besonders zu erörternden, die sich auf die Anwendung des Erlasses der badischen Bahnen vom 24. März 1916 beziehen, dahin, ob eine « unrichtige Anwendung des Tarifes » im Sinne von Art. 12 Abs. 4 des internationalen Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr darin zu erblicken sei, dass die

Beklagte, die Schweizerischen Bundesbahnen, der Berechnung der streitigen Frachtbeträge den direkten und nicht den gebrochenen Tarif zu Grunde gelegt haben. Und zwar scheidet der Kläger die Anwendung des direkten Tarifes lediglich aus dem Grunde als unrichtig an, weil nach diesem die auf die deutsche Transportstrecke entfallende Frachtquote zum normalen Markkurse von 1 Fr. 23,5 zu bezahlen ist, während nach dem gebrochenen Tarif die Bezahlung zu dem gegenwärtig viel tieferen effektiven Markkurse erfolgen kann. Unbestritten ist, dass die Beklagte zur Anwendung des gebrochenen Tarifes dann verpflichtet gewesen wäre, wenn die Absender es ausdrücklich verlangt hätten, und es fragt sich nur, ob die Beklagte jeweilen auch ohne ein solches Begehren diesen Tarif hätte anwenden sollen, um so von sich aus das Interesse des Frachtschuldners daran zu wahren, seine Schuld, soweit sie sich auf Grund der Markwährung bestimmt, zu einem billigeren Ansatz begleichen zu können.

Die Lösung der Streitfrage zu Gunsten des Klägers würde zunächst voraussetzen, dass eine « unrichtige Anwendung » des Tarifes im Sinne von Art. 12 Abs. 4 nicht nur dann vorliege, wenn die Bahn einen bestimmten, einzig in Betracht kommenden Tarif unrichtig angewendet, sondern auch dann, wenn sie von mehreren Tarifen, die als solche, für sich allein betrachtet, auf Transporte der betreffenden Art Anwendung finden können, unrichtiger Weise den einen statt eines andern angewendet hat. Ferner würde die Gutheissung der Klage voraussetzen, dass in diesen Fällen, wo es sich um eine solche Wahl zwischen zwei Tarifen handelt, die Anwendung des einen von ihnen schon deshalb eine « unrichtige » im Sinne der angerufenen Bestimmung sei, weil die Anwendung eines konkurrierenden Tarifes einen geringeren Frachtsatz ergäbe. Eine Prüfung in Hinsicht auf die erste Voraussetzung erübrigt sich laut den nachstehenden Ausführungen gänzlich. Aber auch die zweite Voraussetzung bedarf hier keiner grundsätzlichen und allseitigen Erör-

terung, insofern nämlich für die Entscheidung der Streit Sache nicht ausschlaggebend ist, ob eine Verletzung von Art. 12 Abs. 4 überhaupt darauf gegründet werden könne, dass die Anwendung eines andern, ebenfalls zutreffenden Tarifes billiger zu stehen komme. Auch wenn man das mit dem Entscheide der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes in Sachen der heutigen Parteien vom 13. Juli 1916 bejaht (von der Erwägung aus, dass Art. 6 litt. I Ue. analoger Weise für den vorliegenden Tatbestand gelte), so ist doch anderseits, in Uebereinstimmung mit dem genannten Entscheide und in Anschluss an seine Ausführungen hierüber (vergl. auch die im allgemeinen Tarifanzeiger für Eisenbahn- und Dampfschiffahrt der österreichisch-ungarischen Monarchie, Jahrgang 1916, unter N° 7, 8 und 9 abgedruckten Urteile des Bezirksgerichtes Wien für Handelssachen und des Handelsgerichtes Wien als Berufungsgericht), davon auszugehen, dass eine gegen Art. 12 Abs. 4 verstossende « unrichtige Tarifierung » jedenfalls nicht schon dann vorliegt, wenn der Umstand, dass die Anwendung des einen Tarifes gegenüber der des andern zu einem geringeren Frachtbetrage führt, lediglich in den jeweiligen Valutaverhältnissen seinen Grund hat. Die Abweichung des geltenden vom normalen Geldkurse und deren Umfang bildet ein Moment, das nicht zum rechtlichen Inhalt der Tarifvorschriften gehört und daher bei der tarifmässigen Berechnung des Frachtsatzes ausser Betracht bleiben kann. Die Bahn hat also bei Sendungen aus Deutschland in die Schweiz einfach den auf die deutsche Transportstrecke entfallenden Betrag aus der Mark in die Frankenwährung umzurechnen, beim direkten Tarif auf Grund des normalen, beim gebrochenen auf Grund des effektiven Kurses. Zu mehr ist sie nicht verpflichtet und sie macht sich keiner « unrichtigen Anwendung des Tarifes » schuldig, wenn sie nicht von sich aus prüft, ob der im gegebenen Falle an sich anwendbare — und für den Empfänger sonst vorteilhaftere — direkte

Tarif wegen des besondern Umstandes der Markentwertung einen grössern Frachtbetrag ergebe, als der gebrochene, und wenn sie daher auch davon absieht, je nach dem Resultat einer solchen Prüfung diesen Tarif an Stelle jenes zu wählen. Auf das rein wirtschaftliche Moment einer anormalen Gestaltung der Währungsverhältnisse beim Abschluss und der Vollziehung des Frachtvertrages Bedacht zu nehmen, kann ihr um so weniger zugemutet werden, als dies in zuverlässiger Weise nicht möglich ist, indem der Kurs oft raschen und unerwarteten Fluktuationen untersteht. Der Währungsstand kann in den verschiedenen Zeitpunkten der Abwicklung des Transportverhältnisses ganz verschieden sein und die Bahn wäre so vielfach in der Ungewissheit darüber, welcher der Tarife, zwischen deren Anwendung sie zu wählen hätte, sich als der billigste erweisen werde. Diese Gründe vermag der Kläger auch nicht mit seiner Einwendung zu entkräften, die gegenwärtige, durch die Kriegsereignisse bewirkte Entwertung der Mark gegenüber dem Schweizerfranken sei ein Zustand von gewisser Dauer und Stabilität, der früher zwar anormal gewesen wäre, bis auf weiteres aber, solange sich eine Aenderung nicht voraussehen lasse, als der normale gelten müsse. Entscheidend bleibt, dass die fraglichen Tarifvorschriften auf Grund der seinerzeitigen ordentlichen Valutaverhältnisse erlassen wurden und daher im Sinne dieser ausgelegt und angewendet werden müssen. Wollte man von dieser Grundlage abgehen, so würden sich Schwierigkeiten ergeben, indem sich die Frage erhöhe, von wo an das Mass der Entwertung der Mark als bedeutend genug anzusehen sei, um von der Bahn verlangen zu können, dass sie von sich aus bei der Tarifierung auf diese Entwertung Rücksicht nehme. Andererseits schliesst die hier vertretene Auslegung des Art. 12 Abs. 4 eine erhebliche Gefährdung berechtigter Interessen des Publikums nicht in sich. Denn es steht jedermann frei, die Anwendung des gebrochenen an Stelle des sonst zur Anwendung gelangenden direkten Tarifes

(unter den gesetzlichen Voraussetzungen) zu verlangen und sich auf diese Weise die Vorteile, die ihm die Markentwertung in Hinsicht auf die Frachtkosten zu bieten vermag, zu eigen zu machen, wobei er dann andererseits die Risiken allfälliger verfehlter Kursspekulationen solcher Art tragen muss. Im übrigen kennt wohl die Grosszahl der beim Eisenbahnfrachtverkehr beteiligten Geschäftsleute und Privaten die finanzielle Bedeutung, die dem derzeitigen Tiefstand der Mark in Betreff der Anwendung konkurrierender Tarife zukommt, und soweit diese Kenntnis einzelnen Kreisen der Bevölkerung nicht zuzumuten ist, so vermöchte das nach dem Gesagten doch die angebliche Verpflichtung der Bahn, von sich aus den in Ansehung des Valutastandes günstigeren Tarif auszusuchen, nicht zu begründen. Eine Abhülfe müsste und könnte auch wohl nur dadurch geschaffen werden, dass solche Personen durch vorherige Bekanntmachung in den Stand gesetzt werden, beim Abschluss des Frachtvertrages über die Bedeutung der Kursverhältnisse für die Tarifierung und Frachtberechnung unterrichtet zu sein, um die ihnen obliegende Wahl des anzuwendenden Tarifes besser treffen zu können.

Dies führt zur Abweisung der Klage in Betreff aller Fälle, in denen der Absender die Anwendung des «billigsten Tarifes» verlangt hatte, da die Bahn, wie gesagt, nicht zu prüfen brauchte, ob der gebrochene Tarif in Hinsicht auf die gesunkene Markwährung billiger sei als der direkte. Um so mehr muss eine solche Prüfungspflicht sodann auch für die beiden andern Arten der streitigen Fälle verneint werden, wo der Absender eine Weisung über den anzuwendenden Tarif unterlassen oder sogar die Anwendung bestimmter direkter Tarifes vorgeschrieben hatte.

4. — Damit verbleiben noch jene Fälle, in denen vom Absender durch Begehren um *Umkartierung* in Konstanz die Anwendung des gebrochenen Tarifes besonders verlangt wurde. Hier erweist sich die Klage

deshalb als unbegründet, weil auch bei der Anwendung des gebrochenen Tarifes ein Kursgewinn für den Frachtschuldner nicht erzielbar war. Vor der Ausführung der fraglichen Transporte, am 24. März 1916, hat nämlich die Generaldirektion der badischen Staatseisenbahnen (welch' letztere diese Transporte, soweit es sich um die deutschen Strecken handelt, besorgten) verfügt, dass künftig die Fracht bei allen über die genannten Staatsbahnen nach der Schweiz gehenden Sendungen in Frankenwährung zu berechnen sei und dass diese Berechnung auch insofern Anwendung finde, als dabei der badische Binnengüterverkehr in Betracht komme. Dies macht für die badischen Bahnstrecken die Berechnung in Frankenwährung bei der Anwendung nicht nur des direkten, sondern auch des gebrochenen Tarifes erforderlich. Allerdings wird vom Kläger die Rechtsgültigkeit der erwähnten Verfügung bestritten. Das Bundesgericht hat diese Einwendung soweit zu prüfen, als es sich fragt, ob der angefochtene Erlass vor dem I. Ue. Bestand habe. Dies aber ist zu bejahen: Nach Art. 11 Abs. 1 des I. Ue. war die Fracht zu berechnen « nach Massgabe der zu Recht bestehenden, gehörig veröffentlichten Tarife ». Die durch den streitigen Erlass aufgestellte Tarifbestimmung, wonach die Fracht in Franken- statt (wie vorher) in Markwährung berechnet werden soll, ist als eine « zu Recht bestehende » anzusehen. Denn inhaltlich widerspricht sie in keiner Weise dem I. Ue. das nichts darüber vorschreibt, ob und unter welchen Umständen eine Bahnverwaltung die auf ihre Strecken entfallenden Frachtbeträge statt in der einheimischen in ausländischer Währung festsetzen könne. Auch in dieser Beziehung verbleibt es vielmehr bei der Tarifhoheit der einzelnen Verbandsstaaten, die im Grundsatz durch das I. Ue. nicht eingeschränkt wird (vergl. die Ziffern II und III des Schlussprotokolles vom 14. Oktober 1890 zum I. Ue.). Nach Art. 4 abs. 2 des I. Ue. aber haben « Bedingungen der besondern Tarife der Eisen-

bahnen » in Hinsicht auf den dem I. Ue. unterstehenden Transportverkehr « insoweit Geltung, als sie diesem Uebereinkommen nicht widersprechen ». Was sodann das Erfordernis der « gehörigen Veröffentlichung » betrifft, so behält das I. Ue. die Art und Weise der Tarifveröffentlichung der Regelung eines jeden Verbandsstaates vor und stellt mit jenem Erfordernis lediglich ein gewisse Minimalmass auf. Diesem genügt aber die hier vorgenommene Veröffentlichung, die darin bestanden hat, dass der fragliche Erlass durch Schalteranschlag und durch Herausgabe eines Nachtrages (N° 8) zum gemeinsamen Heft N° 200 für den Wechselverkehr deutscher Bahnen bekanntgegeben wurde. Ob damit auch den Anforderungen des internen deutschen Frachtrechts hinreichend Genüge geleistet worden sei, ist vom Bundesgericht als Berufungsinstanz in Zivilsachen nicht zu prüfen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 19. März 1917 bestätigt.

63. Sentenza 13 settembre 1917 della II^a sezione civile
nella causa **Rezzonico**, attore,
contro **Banca della Svizzera Italiana**, convenuta.

Domanda di annullazione della vendita di azioni per preteso dolo del venditore. La sola scienza in esso che gli affari della società, che ha emesso i titoli venduti, non sono floridi e che essa si trova, momentaneamente, in istrettezze finanziarie, non vizia il contratto nel senso dell'art. 28 CO. Ammissibilità di errore essenziale concernente gli elementi necessari del contratto giusta l'art. 24 cif. 4 CO.

A. — Nel novembre 1913 Attilio Rimoldi, agente in Locarno della Banca della Svizzera italiana in Lugano,