

86. Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Dezember 1921
i. S. Schweiz. Bankgesellschaft gegen Gamper y Mir.

Berufung. Rechtsanwendbarkeit, insbesondere bei Auftrag.

A. — Die Parteien standen im Frühjahr und Sommer 1919 miteinander in regem Devisengeschäftsverkehr, indem das beklagte Bankhaus Gamper y Mir von seinem Sitz in Barcelona aus die Klägerin, Schweiz. Bankgesellschaft, wiederholt beauftragte, grössere Markbeträge auf das Konto spanischer Abnehmer zu setzen, unter Belastung des Wertes in Pesetas. Diese Umsätze, die in wenigen Monaten 100 Millionen Mark überstiegen, wickelten sich glatt ab, bis auf zwei Posten von 50,000 Mk. (zu 36,50 Pes.) für einen gewissen Solano und von 30,000 Mk. (zu 36 Pesetas) für einen gewissen Macho.

Da Solano und Macho keine Deckung leisteten, verlangte die Klägerin von der Beklagten, dass sie als Käuferin der Mark hierfür aufkomme; die Beklagte nahm jedoch den Standpunkt ein, sie sei bei diesen Geschäften nur als Kommissionärin, nicht als Eigenkontrahentin tätig gewesen, weshalb sie weder selbst den Gegenwert der Mark zu zahlen, noch dafür einzustehen habe, dass Solano und Macho ihren Verpflichtungen nachkommen.

Am 6. November 1920 erwirkte die Klägerin in Zürich einen Arrest auf Aktiven der Beklagten. Gestützt hierauf leitete sie gegen die Beklagte zunächst Betreibung ein und hob, nach erfolgtem Rechtsvorschlag, beim Bezirksgericht Zürich die vorliegende Arrestanerkennungsklage an, mit dem Rechtsbegehren, die Beklagte habe ihr 29,046 Schweizerfranken, Valuta 29. Juli 1919, plus 6 ½ % Zins und ¼ % Kommission per Quartal zu zahlen.

B. — Beide kantonalen Instanzen haben den Standpunkt der Beklagten geschützt, und demgemäss die Klage gänzlich abgewiesen.

C. — Gegen das Urteil des Obergerichts vom 1. Oktober 1921 hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Es erhebt sich in erster Linie die Frage, ob die Sache unter Anwendung eidgenössischer Gesetze zu entscheiden sei. Hiebei ist davon auszugehen, dass nach ständiger Praxis des Bundesgerichts die der Regelung durch den Parteiwillen anheimgegebenen Wirkungen eines obligatorischen Rechtsgeschäfts nach demjenigen örtlichen Recht zu beurteilen sind, das die Parteien beim Geschäftsabschluss als massgebend betrachtet haben, oder dessen Anwendung sie doch vernünftiger- und billigerweise erwarten konnten und mussten.

Der vorliegende Prozess dreht sich darum, ob die Beklagte die Geschäfte Solano und Macho als Eigengeschäfte abgeschlossen, oder ob sie hiebei nur vermittelt habe, und Solano und Macho die Gegenkontrahenten der Klägerin seien; streitig ist also der Inhalt der Aufträge, welche die Beklagte der Klägerin erteilt hat. Zieht man nun in Betracht, dass die Beklagte eine in Barcelona niedergelassene spanische Firma ist, so erscheint es von vornherein als natürlicher, ihre Rechtsstellung als durch das spanische Recht beherrscht zu betrachten; es fehlt an genügenden Anhaltspunkten dafür, dass sie sich in ihren rechtlichen Beziehungen zu der Klägerin als dem schweizerischen Recht unterworfen erachtet habe. Die Anwendbarkeit spanischen Rechts ist um so eher anzunehmen, als es sich in der Hauptsache um die Auslegung des Vertragswillens handelt, und hiebei die Umstände mitzuberücksichtigen sind, unter denen die Aufträge gegeben wurden. Allerdings hat sich im Prozess die Klägerin auf schweizerisches Recht berufen; allein hierauf kann nicht entscheidend abgestellt werden (vergl. Urteile des Bundesgerichts vom 5. Juli

1921 i. S. Pirot gegen Eidenbenz und vom 5. Dezember 1921 i. S. Kosmos gegen Fleischner). Die Haltung der Parteien im Prozess wäre für die Rechtsanwendung nur dann massgebend, wenn aus ihr geschlossen werden müsste, dass die Parteien von Anfang an und übereinstimmend das streitige Rechtsverhältnis dem schweizerischen Recht unterstellen wollten. Ein solcher Schluss darf, im Gegensatz zur Auffassung der Vorinstanz, hier nicht gezogen werden, zumal da nur die Klägerin Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts angerufen hat. Dazu kommt, dass der Zürcher Gerichtsstand ja nur durch den von der Klägerin erwirkten Arrest begründet worden ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

**87. Urteil der staatsrechtlichen Abteilung
vom 16. Dezember 1921**

i. S. Grünzweig gegen Eidgenossenschaft.

Tötung einer Zivilperson durch im aktiven Grenzdienst stehende Soldaten bei der ihnen übertragenen Unterstützung der Ueberwachung des Warenverkehrs an der Grenze. (Abgabe von Schüssen zur Anhaltung eines schmuggelverdächtigen Automobils.) Keine Haftung des Bundes.

A. — Am 6. Juni 1917 übernahm die Dragonerschwadron 18 unter Hauptmann Hürlimann den Grenzdienst bei der Ortschaft Benken und wurde hiefür dem Kommandanten des Grenzdetaachements Nordostschweiz unterstellt. Auf Grund von Meldungen über starken nächtlichen, offenbar dem Schmuggel dienenden Automobilverkehr aus der Gegend von Marthalen und Laufen bis

nach Ellikon gegen den Rhein hin, erhielt die Schwadron 18 den Befehl, diesen Verkehr zu überwachen. Hauptmann Hürlimann ordnete darauf am 2. Juli 1917 die Aufstellung eines Unteroffizierpostens bei der Kreuzung der Strassen Benken-Uhwiesen und Benken-Dachsen an, um allfällig vorbeifahrende Automobile aufzuhalten. Der Posten sollte sich in drei Staffeln von ungefähr 50 m Abstand gliedern, wovon die erste durch lautes Rufen, durch Zeichen und eventuell durch Schreckschüsse, die zweite ebenfalls durch Rufen und durch Schüsse auf Räder und Motor versuchen sollten, die Fahrzeuge zum Stehen zu bringen. Die dritte Staffel sodann hatte die Weisung, durch Schüsse auf den unteren Teil der Fahrzeuge und nötigenfalls auf die Insassen die Wagen unbedingt anzuhalten. Die Organisation des Postens wurde dem Feldweibel Tanner, das Kommando dem Korporal Bühler übertragen.

Am gleichen Nachmittage war dem Hauptmann Hürlimann der Befehl des Generalstabchefs über den Waffengebrauch im Grenzdienst vom 30. Juni 1917 zugegangen. Hürlimann übergab denselben dem Feldweibel Tanner, der ihn seinerseits dem Korporal Bühler teilweise verlas und aushändigte. Der Befehl hält in Ziff. 1 die Bestimmungen der Art. 202 ff. des Dienstreglementes für die schweizerische Armee auch im Grenzdienste grundsätzlich aufrecht und gestattet in allen Fällen von Notwehr, tätlichem Angriff, Bedrohung der Bewegungsfreiheit und Widerstand bei Ausführung von Befehlen den Waffengebrauch. Ziff. 2 sieht vor, dass Grenzposten und Patrouillen allgemein bei Nacht, sofern ihnen sich nähernde Personen nicht erkennbar seien und dem Ruf « Halt » nicht Folge leisten, von der Schusswaffe Gebrauch zu machen haben. Dagegen sollen nach Ziff. 3 die im Polizei- und Zollwachtdienst tätigen Posten gegenüber als solchen erkennbaren Zivilpersonen von der Schusswaffe nicht Gebrauch machen, sondern die Anhaltung auf andere Weise zu erreichen suchen. Ziff. 6 endlich bestimmt.