

et de BECKER ad art. 58). En l'espèce, il s'agit d'une route de troisième classe. Exiger qu'une pareille voie de communication, destinée essentiellement au trafic local, soit construite et entretenue comme une autostrade, ce serait imposer à l'Etat ou à la commune des frais excessifs, hors de proportion avec ce que l'on peut raisonnablement réclamer de la part du propriétaire de l'ouvrage et sans rapport avec les avantages procurés aux usagers habituels de la route. Si, à la vérité, une autostrade doit être construite et maintenue dans un état répondant aux exigences d'une circulation rapide de véhicules à moteur, il n'en est pas de même pour les voies de communication ordinaires. Le propriétaire peut alors exiger un plus grand degré d'attention et de prudence de la part de ceux qui utilisent la route : ils doivent compter avec certains risques inhérents à ces sortes d'ouvrages et conduire leurs machines en conséquence.

Les fouilles comme celles de la route de Collex ne sont pas des travaux extraordinaires et les tassements et affaissements qu'elles occasionnent ne sont pas non plus exceptionnels. On sait par expérience qu'ils sont au contraire inévitables et qu'on ne peut y remédier d'emblée complètement. Il ne s'agit d'ailleurs pas de vices cachés. Les conducteurs de véhicules peuvent les reconnaître ; ils doivent s'y attendre et prendre des précautions pour les éviter ou les passer sans dommage. Comme le Tribunal fédéral l'a relevé dans l'affaire Bignens (RO 58 II p. 359), de telles dénivellations ne sont pas en général dangereuses en elles-mêmes ; elles ne le deviennent que si on ne les aborde pas avec la prudence voulue.

Le creux qui a causé en l'espèce le dérapage de la motocyclette ne présentait pas un danger particulier. Le juge du fait constate que l'entrepreneur et les cantonniers ont fait en sorte de diminuer dans la mesure du possible l'inégalité de niveau : la fouille a été creusée, remblayée et « colassée » (recouverte de Colas) dans les règles de l'art ; en automne 1929, des tassements s'étant produits, ils ont

été aussitôt rechargés ; et « il n'est pas possible de procéder à la réfection des tassements pendant la mauvaise saison ».

On doit dès lors admettre avec la Cour de Justice que l'Etat de Genève a fait tout ce qui lui incombait et n'en court point la responsabilité instituée par l'art 58 CO.

#### 60. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. November 1933 i. S. Märki gegen Krebs.

Pflicht des kantonalen Gerichtes, in dem der Berufung unterliegenden Urteil anzugeben, welches Recht es angewendet hat. OG Art. 63 Ziff. 3 (Erw. 1).

Darlehen und Abtretung der Darlehensrückforderung. anwendbares Recht. (Erw. 2 u. 3.)

Tatfragen können dem Bundesgericht, wenn Aktenwidrigkeitsrügen erhoben werden, immer nur im Hinblick auf bestimmte Rechtsfragen, nicht selbständig unterbreitet werden. OG Art. 81 (Erw. 3).

A. — Am 15. April 1926 schrieb der Beklagte, Fritz Maerki, der damals in Paris-Neuilly wohnhaften Frau Henri Müller von London aus einen Brief, der folgende Schuldanerkennung enthält :

« Ich anerkenne hiermit, für Ihre Rechnung 3250 Pfund Sterling erhalten zu haben, die ich als Anlage für den Ankauf meines Hauses « Danecroft » Rose Walk Purley (Surrey) verwendet habe. Ich bin also Ihr Schuldner für diesen Betrag geworden, für den ich Ihnen einen jährlichen Zins von 4 % entrichte, zahlbar jeweilen am Jahresende an einem von Ihnen zu bezeichnenden Orte. »

Am 6. November 1927 trat Frau Henri Müller die in diesem Schuldschein erwähnte Darlehensforderung von 3250 Pfund vorbehaltslos und in vollem Umfang an den heutigen Kläger, E. C. Krebs, ab. Die Zession ist in Neuilly in den Formen des französischen Rechtes erfolgt.

B. — Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger vom Beklagten Zahlung von 3250 Pfund nebst 4 % Zins seit 9. April 1926.

C. — Das Bezirksgericht Zürich und das Obergericht des Kantons Zürich haben die Klage entgegen dem Antrag des Beklagten gutgeheissen, dieses mit Urteil vom 4. Februar 1933.

D. — (Nichtigkeitsbeschwerde).

E. — Gegen das obergerichtliche Urteil hat der Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und um Abweisung der Klage, eventuell Rückweisung des Prozesses gestützt auf Art. 64 OG und zur Erhebung der beantragten Beweise ersucht.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Das kantonale Gericht hat nach Art. 63 Ziff. 3 OG in seinem Urteil anzugeben, inwieweit die Entscheidung auf der Anwendung eidgenössischer, kantonaler und ausländischer Gesetzesbestimmungen beruht. Der Beklagte macht in seiner Berufungserklärung geltend, dass das Obergericht dieser Vorschrift nicht nachgelebt habe und dass die Sache deshalb zur Verbesserung gemäss Art. 64 OG zurückzuweisen sei. Wenn nun auch eine ausdrückliche Feststellung, welches Recht anwendbar sei, in dem angefochtenen Urteil zu Unrecht nicht enthalten ist, geht doch aus Erw. 1 b und Erw. 2 hervor, dass die Vorinstanz die materiellrechtlichen Fragen nach französischem Recht beurteilt hat, sodass für einmal noch von der durch das Gesetz vorgesehenen Rückweisung zur Verbesserung des formellen Mangels abgesehen werden kann.

2. — Das Darlehen ist nach französischem Recht ein Realvertrag, der erst durch die Hingabe der Geldsumme zustande kommt (Cc Art. 1892/93, PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil* 8<sup>e</sup> éd. II N° 2048 p. 650); nach englischem Recht ist das Darlehen ein hinkender Nominalvertrag, indem gegen den Darlehensgeber nicht auf Erfüllung der Auszahlungspflicht und auch auf Schadenersatz nur bei Verzinslichkeit geklagt werden kann (vgl. SCHIRMMEISTER-PROCHOWNICH, *Das Bürgerliche Recht Englands* II S. 430-432, *Digeste de Droit civil Anglais* par

JENKS et cons. 2<sup>e</sup> éd. I Art. 442/43). Nach schweizerischem Recht dagegen ist das Darlehen ein echter Nominalvertrag, OR Art. 312. Wollte man nun das Darlehen als Realvertrag behandeln, so wäre die im vorliegenden Fall streitige Frage, ob es ausbezahlt worden sei, identisch mit der Frage, ob der Darlehensvertrag zustande gekommen sei, und es wäre darauf nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes das Recht des Abschlussortes anwendbar. Der Abschlussort befindet sich im vorliegenden Fall im Ausland (vgl. BGE 44 II S. 280, 46 II S. 493). Wollte man dagegen das Darlehen als Nominalvertrag behandeln, so wäre auf die streitige Rückzahlungspflicht, d. h. auf die Wirkung eines obligatorischen Vertrages, nach der bundesgerichtlichen Praxis das Recht anwendbar, auf welches die Parteien von Anfang an verwiesen haben oder das sie beim Geschäftsabschluss entweder als massgebend betrachteten oder dessen Anwendung sie doch vernünftiger- und billigerweise erwarten konnten und mussten, d. h. im Zweifel das Recht des Erfüllungsortes. Nach dem allgemeinen Grundsatz des internationalen Privatrechtes, wonach dem Richter die Kollisionsnorm durch seine nationale Gesetzgebung oder durch die Rechtsprechung seines Landes dargeboten wird (vgl. NUSSBAUM, *Deutsches Internationales Privatrecht* S. 41), ist in casu davon auszugehen, dass das Darlehen ein Nominalvertrag ist und dass infolgedessen nicht das Recht des Abschlussortes, sondern — angesichts des Fehlens einer abweichenden Parteivereinbarung — das Recht des Erfüllungsortes anzuwenden ist. Die Unterscheidung ist übrigens hier nicht von Bedeutung, weil beide Orte sich im Ausland befinden, wie noch zu zeigen sein wird.

3. — Ein Erfüllungsort ist hier nicht vereinbart worden. Maerki hat im Gegenteil wenigstens hinsichtlich der Zinsen an Frau Müller geschrieben, dass sie den Erfüllungsort jeweilen noch zu bestimmen habe. Mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung eines Erfüllungsortes und da nicht aus den Umständen zu schliessen ist, dass der Wohnsitz

des Borgers gemeint war, muss nach der Bestimmung des Art. 74 OR und der bundesgerichtlichen Praxis für die Rückzahlungspflicht der Wohnsitz des Darleihers als Erfüllungsort angesehen werden (vgl. OSER-SCHÖNENBERGER, Kommentar zum OR, Allg. Einleitung, N 117). Dieser Erfüllungsort befindet sich im vorliegenden Fall im Ausland, denn die Klägerschaft hat Wohnsitz in Frankreich. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist in der Literatur allerdings angefochten worden und es ist verlangt worden, dass auf das Recht am Domizil des Darleihers als der im Vertrag präponderierenden Partei für die Beurteilung überhaupt sämtlicher Verpflichtungen der Kontrahenten abzustellen sei (OSER-SCHÖNENBERGER, a.a.O. N 118, der sich auch auf BECKER, N 20 zu Art. 312 beruft). Diese Kontroverse ist aber im vorliegenden Fall ohne Bedeutung, da wie gesagt auch nach der Praxis des Bundesgerichtes hier der Wohnsitz des Darleihers als Erfüllungsort in Betracht kommt.

Der Umstand, dass die Forderung abgetreten worden ist, ändert nichts daran, dass auf die Rückzahlungspflicht ausländisches Recht anwendbar ist. Erstens hat auch der Neugläubiger seinen Wohnsitz im Ausland, sodass der Erfüllungsort ohnehin nicht in's Inland verlegt worden sein konnte, und zweitens wechselt bei Änderung des Erfüllungsortes durch Zession das materiell auf die Verpflichtung anwendbare Recht überhaupt nicht (VON TUHR, OR II S. 443 N 26, OSER-SCHÖNENBERGER a.a.O. N 95 der Allg. Einleitung, BECKER, N 11 zu Art. 74 OR).

Wird die Rückzahlungspflicht aber durch das ausländische Recht beherrscht, so kann das Bundesgericht auf die vorliegende Berufung nicht eintreten. Die Frage, ob die Schuldsumme seinerzeit wirklich ausbezahlt worden sei, ist allerdings eine reine Tatfrage, und das Bundesgericht wäre nach Art. 81 OG an die Entscheidung der Vorinstanz, dass eine Auszahlung stattgefunden habe, ohnehin gebunden gewesen. Die Anwendbarkeit des ausländischen Rechtes führt nun aber dazu, dass auch auf die von dem

Beklagten erhobenen Aktenwidrigkeitsrügen nicht eingetreten werden kann. Das Bundesgericht hat nicht zu untersuchen, ob die Feststellungen der Vorinstanz in bezug auf die Auszahlung des Darlehens mit den Akten im Widerspruch stehen und ob das Darlehen am Ende doch nicht ausbezahlt worden sei, denn eine Tatfrage kann dem Bundesgericht, auch wenn Aktenwidrigkeitsrügen erhoben werden, ohnehin nur im Hinblick auf eine bestimmte Rechtsfrage unterbreitet werden; hier aber ist diese Rechtsfrage diejenige der Rückzahlungspflicht des Beklagten, die eben vom ausländischen Recht beherrscht wird.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Auf die Berufung gegen das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 4. Februar 1933 wird nicht eingetreten.

#### IV. URHEBERRECHT

##### DROIT D'AUTEUR

**61. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. Oktober 1933 i. S. Kollektivgesellschaft J. und W. Kunz gegen Stadtgemeinde Zürich.**

**Urheberrecht:** Ein Stadtplan genießt urheberrechtlichen Schutz, wenn er eine eigenartige Geistesschöpfung von individuellem Gepräge darstellt. Art. 1 des Urheberrechtsgesetzes.

**Verjährung der Ansprüche aus Verletzung eines Urheberrechtes.** Art. 44 des Urheberrechtsgesetzes in Verbindung mit Art. 60 OR.

*Aus dem Tatbestand :*

Die Beklagte hat im Juni 1931 unter dem Titel « Zürich in der Westentasche » ein Strassenverzeichnis der Stadt Zürich mit einem in 8 Blätter zerlegten Stadtplan im