

fassung, dass die Frachtübernahmekundmachungen nicht Tarifcharakter haben, auch auf Art. 18 IUeG zu stützen, der vorschreibt, dass die Bahnen von Amtes wegen zu hohe Frachtkosten, die infolge unrichtiger Anwendung des Tarifs oder infolge von Fehlern bei der Festsetzung der Fracht erhoben wurden, zurückerstatten müssen. Eine solche Rückerstattung von Amtes wegen sehe die streitige Verfügung nun aber gerade nicht vor. Allein auch diese Argumentation ist nicht stichhaltig. Art. 18 IUeG steht mit dem vorliegenden Fall in gar keiner Beziehung, da ja nicht behauptet wird, dass der Tarif unrichtig angewendet oder ein Fehler in der Berechnung gemacht worden sei. Die Verfügung gibt lediglich dem Bahnbenützer das Recht, nachträglich die Anwendung eines andern, für ihn günstigeren Tarifs zu verlangen; die grundsätzliche Richtigkeit der ursprünglichen, auf Grund des Normaltarifes berechneten Fracht wird dadurch aber nicht berührt.

6. — Die Beklagten wenden weiter ein, mit der Klage werde die von Ziffer 2 der Verfügung E. A. 4/23 ausdrücklich ausgeschlossene Taxgleichstellung zwischen Chiasso und Pino verlangt. Auch dieser Einwand kann nicht gehört werden. Mit dem erwähnten Vorbehalt wollten die Beklagten lediglich zum Ausdruck bringen, dass es nicht statthaft sei, Waren via Chiasso-Gotthard nach der Schweiz oder umgekehrt zu senden und dann ein Rückvergütungsbegehren zu stellen mit der Begründung, der Transport über Pino wäre billiger gewesen. Eine Taxgleichstellung zwischen der Chiasso- und der Pinoroute dagegen, die sich durch die österreichischen Frachtübernahme-Kundmachungen unter Umständen ergeben kann, wird durch den Vorbehalt keineswegs ausgeschlossen.

7. — Zusammenfassend ist also festzustellen, dass die Klage grundsätzlich geschützt werden muss, sofern im übrigen die Voraussetzungen für die Anwendung des Frachtrückerstattungsversprechens der Beklagten erfüllt sind; die Vorinstanz, an welche die Streitsache nach Art. 82 OG zur Neuentscheidung zurückgewiesen wird, hat alle

für die materielle und quantitative Beurteilung des Klagebegehrens in Betracht fallenden, bisher unbeurteilten Fragen zu prüfen und zu entscheiden.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird in dem Sinne gutgeheissen, dass das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 15. Juni 1934 aufgehoben und die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

**70. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. November 1934**

**i. S. Ganz gegen Banque d'Alsace et de Lorraine.**

Anwendung schweizerischen Rechtes als sog. Ersatzrecht für ausländisches; Berufung ans Bundesgericht.

Die Frage, ob und unter welchen *Voraussetzungen* für das anwendbare ausländische Recht schweizerisches Recht als Ersatzrecht anzuwenden ist, bestimmt sich nach *kantonalem Prozessrecht*.

Der Beklagte ficht das vorinstanzliche Urteil unter dem Gesichtspunkt der örtlichen Rechtsanwendung an. Er behauptet die Anwendbarkeit französischen Rechtes, um daraus wegen angeblichen Formmangels die Ungültigkeit des streitigen Vergleiches vom Februar 1932 abzuleiten.

Die Vorinstanz bemerkt, dass als Abschlussort des Vergleiches möglicherweise Paris in Betracht fallen könnte. Die Frage, ob das zutreffe und ob demgemäss die Gültigkeit des Vergleiches sich nach französischem Recht richte, brauche aber nicht untersucht zu werden. Der Beklagte sei den Nachweis für seine Behauptung, dass der Code civil im Gegensatz zum schweizerischen Recht den Abschluss von Vergleichen an bestimmte Formvorschriften knüpfe, schuldig geblieben. Allerdings müssten nach Art. 1325 des Code civil Urkunden über synallagmatische Verträge in entsprechender Form und Anzahl ausgestellt

und begeben werden, während nach Art. 1326 private Schuldanererkennungen vom Schuldner von Anfang bis Ende eigenhändig niederzuschreiben oder doch von ihm mit dem ausdrücklichen Vermerk « bon » oder « approuvé » zu unterzeichnen seien. Allein bei vergleichsweise vorgenommenen Feststellungen von Schuldsummen handle es sich nicht um « actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques » im Sinne von Art. 1325, und die Bestimmung des Art. 1326 über die Form privater Schuldversprechen gelte nicht für den kaufmännischen Verkehr. Und dass eine andere Vorschrift des französischen Rechtes für Vergleiche der erwähnten Art die Schriftform als Formerfordernis aufstellen würde, werde nicht einmal behauptet, geschweige denn dargetan. Sache des einheimischen Richters könne es jedoch nicht sein, von Amtes wegen das ausländische Recht auf derartige Einzelheiten zu untersuchen.

Die Vorinstanz erklärt also nicht, ob sie schweizerisches oder französisches Recht zur Anwendung bringe. Sollte effektiv französisches Recht gelten, so fragt sich daher, ob nicht in diesem Falle gemäss Art. 79 Abs. 2 OG (vgl. BGE 60 II 324) das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung, nach französischem Recht, an die Vorinstanz zurückgewiesen werden müsste. Die Frage ist zu verneinen. Die Vorinstanz stellt sich in den oben angeführten Erwägungen ausdrücklich auf den Standpunkt, dass Art. 1325 und 1326 des Code civil français der Gültigkeit des Vergleiches nicht entgegenstehen. Dass sich aber die Ungültigkeit aus andern Bestimmungen des französischen Rechtes ergebe, müsste nach ihrer Feststellung vom Beklagten dargetan werden, was nicht geschehen sei. Unter diesen Umständen wäre die Rückweisung zum vorneherein zwecklos; denn wie sich aus den zitierten Erwägungen ergibt, würde die Vorinstanz auch dann, wenn sie zweifelsfrei nach französischem Recht zu entscheiden hätte, zu keinem andern Ergebnis gelangen als in dem vorliegenden Urteil.

Freilich untersucht sie unmittelbar nur die Art. 1325 und 1326 des Code civil français. Im übrigen geht sie, da der Beklagte nicht das Gegenteil dargetan habe, davon aus, dass sich das französische Recht mit dem schweizerischen decke, wendet also für den Fall, dass französisches Recht gelte, den Inhalt des schweizerischen als französisches Recht an. Dem steht aber von Bundesrechts wegen nichts entgegen. Denn wenn auch die Frage, ob schweizerisches oder ausländisches Recht anwendbar sei, selbstverständlich vom Bundesrecht beherrscht ist, so entscheidet sich doch die Art und Weise, wie das ausländische Recht prozessual anzuwenden ist, nichtsdestoweniger nach dem kantonalen Prozessrecht; insbesondere bleibt diesem die Entscheidung darüber überlassen, ob der kantonale Richter das ausländische Recht von sich aus untersuchen muss, oder ob es Sache der Partei sein soll, welche sich darauf beruft, ihm dessen Kenntnis zu verschaffen, mit der Wirkung, dass er den Inhalt des schweizerischen Rechtes als ausländisches anwenden kann, wenn die betreffende Partei keine Abweichung nachweist. Diese Grundsätze entsprechen der ständigen Praxis des Bundesgerichtes — vgl. u. a. BGE 49 II 224 Erw. 2; 58 II 436 ff. —, die noch jüngst in einem Urteil vom 18. September 1934 in Sachen Desinfecta A.-G. gegen Kipfer (BGE 60 II 324) bestätigt worden ist. Vgl. hiezu auch HOMBERGER, Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht nach der Praxis des Bundesgerichtes, S. 76.

Der Beklagte wendet heute ein, die Klägerin habe vom französischen Recht, das tatsächlich anwendbar sei, gar nicht gesprochen und sei somit insoweit der ihr für die Klage obliegenden Substantiierungspflicht nicht nachgekommen. Was das besagen soll, ist nicht erfindlich. Nicht die Klägerin, sondern der Beklagte wollte ja das französische Recht angewendet wissen; deshalb war es an ihm und nicht an ihr, sich darauf zu berufen.

Ob aber wirklich französisches Recht gilt, kann nach dem, was oben gesagt wurde, dahingestellt bleiben. Sollte

es gelten, so wäre durch das vorinstanzliche Urteil die Gültigkeit des Vergleiches für das Bundesgericht auf jeden Fall bereits in verbindlicher Weise festgestellt. Das lässt für die Rückweisung, die allein in Betracht fallen könnte, zum vornherein keinen Raum. Auf die Berufung ist daher nicht einzutreten.

### 71. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 18. Dezember 1934 i. S. Brändle gegen Caroli.

Gewährleistung für Rechtsmängel eines verkauften Hauses, welche dessen Wohnbarkeit (u. Vermietbarkeit) ausschliessen oder beschränken. Art. 197 ff. in Verb. mit Art. 221 OR.

1. Vertragliche Zusicherung der Wohnbarkeit. Erw. 2.
2. Die Wohnbarkeit als vorausgesetzte Eigenschaft des Hauses. Erw. 3.
3. Wegbedingung der Gewährleistung. Die Formel «Gewährleistung ist wegbedungen» im zürcherischen Grundstücksverkehr. Erw. 4.

4. — Durch öffentlich beurkundeten Vertrag vom 16. August 1928 kaufte der Kläger vom Beklagten die Liegenschaft zum «Schäfli», Brauerstrasse 10 in Zürich 4. Der Vertrag enthält u. a. folgende Bestimmungen:

« 1. Der Kaufsantritt ... findet am 1. Oktober 1928 statt.

2. Gewährleistung ist wegbedungen.

5. ... Die bestehenden Mietverträge werden vom Käufer übernommen, mit Zinsgenuss ab 1. Oktober 1928.

Die Renovation der Wohnung im vierten Stock ist vor dem Antrittstermin zu beendigen und die Wohnung bezugsbereit zu halten. »

Der unter Ziffer 5 erwähnte vierte Stock ist der Dachstock, wo eine Vierzimmerwohnung eingebaut war. Zur Zeit des Kaufabschlusses liess der Beklagte in dieser Dachwohnung anstelle der bisher vorhandenen schrägen Fenster fünf Dachlukarnen erstellen. Eine Bewilligung der Baupolizei hatte er dafür nicht eingeholt.

Die Dachlukarnen wurden fertig erstellt, und der Kläger trat die Liegenschaft auf den 1. Oktober 1928 an.

B. — Am 25. Juli 1929 verfügte der Bauvorstand der Stadt Zürich unter Androhung von Zwangsvollzug, dass der Kläger bis spätestens zum 31. Dezember 1929 die Dachlukarnen zu beseitigen, die Dachwohnung aufzuheben, die Türen der Dachzimmer und der Küche durch Lattentüren zu ersetzen und die Räume künftig nur als Estrichräume zu benützen habe. Die Verfügung wurde damit begründet, dass ohne Bewilligung fünf Dachlukarnen erstellt und eine Vierzimmerwohnung eingerichtet worden seien; die Grenz- und Gebäudeabstände der Dachlukarnen, die lichte Höhe der abgeschrägten Dachzimmer, der Rauminhalt der Zimmer und die Treppenbreite seien zu gering, es fehle ein feuersicherer Zugang zur Wohnung, der Abort besitze kein stehendes Fenster und die Isolation der Wohnung gegen Kälte, Wärme und Feuchtigkeit sei ungenügend.

Der Kläger liess am 15. August 1929 beim Stadtrat gegen die Verfügung Einsprache erheben.

Am 9. Oktober 1929, noch bevor der Stadtrat über die Einsprache entschieden hatte, verkaufte der Kläger die Liegenschaft an den jetzigen Eigentümer Suter, ohne ihm von der Verfügung des Bauvorstandes etwas mitzuteilen. Als Suter von der Verfügung Kenntnis erhielt, machte er gegen den Kläger wegen Wegfalls der Dachwohnung einen Minderwert der Liegenschaft im Betrage von 16,000 Fr. geltend.

Der Kläger wandte sich an den Beklagten, der es ablehnte, sich mit der Sache zu befassen. Darauf trat der Kläger in Verhandlungen mit der Baupolizei, die zu einem Entgegenkommen bereit war, aber erhebliche Abänderungen im Innern der Dachwohnung, insbesondere den Umbau der Vier- in eine Zweizimmerwohnung verlangte. Der vom Kläger beigezogene Architekt erstellte die entsprechenden Pläne, auf die hin die Behörde durch Beschluss vom 25. Juli 1930 die Baubewilligung erteilte unter der Bedingung, dass der Umbau bis spätestens zum 31. De-