

sodass eine gegenteilige Abrede der Parteien nicht berücksichtigt werden könnte. Es berief sich auf das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Konkursmasse Rich gegen Schweizerische Volksbank vom 1. Oktober 1925 (BGE 51 II 403). Allein die Sach- und Rechtslage war in jenem Falle anders als hier. Dort war vereinbart, dass bei der Teilung eines Grundstückes, welches mit anderen in einem Gesamtpfand verfangen war, jeder der Teile mit der ganzen Pfandhaft belastet bleiben sollte, was zur Folge gehabt hätte, dass ein Gesamtpfand auf mehreren Grundstücken gelastet hätte, die weder dem nämlichen Eigentümer noch mehreren solidarisch schuldenden Eigentümern gehörten. Dies war unzulässig, nicht nach Art. 833, sondern nach Art. 798 ZGB, wonach mehrere Grundstücke nur dann mit einem Gesamtpfand belastet werden können, wenn sie dem nämlichen Eigentümer gehören oder im Eigentum solidarisch verpflichteter Schuldner stehen. Nur auf diesen Fall bezieht sich das erwähnte Urteil, in welchem ausgeführt ist, dass Art. 833 für den Fall des Art. 798 keine Ausnahme darstelle, sondern ihn dahin ergänze, « dass bei einer Veräusserung eines derartig mit einem Gesamtpfand belasteten Grundstückes — um auch in diesem Falle das Prinzip des Art. 798 zu wahren — eine Verteilung des Gesamtpfandes auf die einzelnen Grundstücke erfolgen muss, wobei allerdings die Bestimmung, wie geteilt werden soll — aber auch nur diese — einer allfälligen Parteivereinbarung vorbehalten ist ». Im vorliegenden Falle spielt dagegen Art. 798 ZGB keine Rolle. Keine Partei verlangt, die Pfandhaft als Gesamtpfandhaft ungeteilt auf die verschiedenen Parzellen zu verlegen, sondern gestritten wird darum, ob sie auf dem den Klägern verbleibenden Teil allein weiterbestehen sollte oder verteilt werden müsse. Zu dieser Frage ist im zitierten Urteil nicht Stellung genommen.

Es besteht kein Grund, den Parteien zu verbieten, bei Teilung eines Grundstückes die ganze Pfandhaft auf den einen oder andern Teil zu verlegen, soweit dadurch nicht Vorschriften über die Maximalbelastung oder wohlbe-

gründete Rechte verletzt werden, was im vorliegenden Falle nicht zutrifft. Wenn das Gesetz eine Verlegung vorschreiben, aber die verhältnismässige Teilung dem Belieben der Parteien (« anderer Abrede », wie Art. 833 sagt) überlassen würde, könnten die Parteien ja vereinbaren, dass auf einen Teil ein Franken und auf den andern Teil der ganze Rest zu verlegen sei. Der fremde Gläubiger könnte sich dagegen nicht wehren, sondern einfach nach Art. 833 Abs. 2 die Zahlung der Pfandforderung innert Jahresfrist verlangen, falls er nicht vertraglich gebunden ist, die Pfandverlegung anzunehmen. Diese Überlegung zeigt, dass weder ein rechtlicher, noch ein praktischer Grund der Entlassung eines Teils unter Belastung des Restes mit der ganzen Pfandschuld entgegensteht.

Vgl. auch Nr. 36. — Voir aussi n° 36.

### III. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

#### 33. Urteil der I. Zivilabteilung vom 7. Juli 1942 i. S. Rheinisch-Westfälische Elektrizitätswerk A.-G. gegen Anglo Continentale Treuhand A.-G.

##### *Internationales Privatrecht.*

*Bestimmung des anwendbaren Rechtes* für die Erfüllung von Obligationen bei internationalen Anleihen: Massgebend ist das von den Parteien beim Vertragsschluss als anwendbar erklärte Recht, auch wenn verschiedene zusätzliche Erfüllungsorte (Zahlstellen) nach Wahl des Gläubigers vorgesehen sind.

*Ordre public*: Der schweizerische Richter hat auch die um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellten Bestimmungen des anwendbaren fremden Rechtes zu beachten, sofern sie nicht dem schweizerischen ordre public widersprechen. Nichtberücksichtigung der deutschen Devisenvorschriften durch das amerikanische Recht verstösst nicht gegen den schweizerischen ordre public, auch nicht unter dem Gesichtspunkt des deutsch-schweizerischen Verrechnungsabkommens.

##### *Droit international privé.*

*Droit applicable à l'exécution d'obligations découlant d'emprunts internationaux*: Est déterminant le droit que les parties ont

déclaré applicable lors de la conclusion du contrat, même si celui-ci prévoit divers lieux d'exécution supplémentaires (domiciles de paiement) au choix du créancier.

*Ordre public* : Le juge suisse doit aussi respecter les dispositions du droit étranger applicable qui ont été édictées en considération de l'ordre public, si elles ne sont pas contraires à l'ordre public suisse. Le fait que le droit américain ne tient pas compte des dispositions du droit allemand sur le trafic des devises n'est pas contraire à l'ordre public suisse, même au regard de la convention germano-suisse sur la compensation des paiements.

*Diritto internazionale privato.*

*Diritto applicabile* all'adempimento di obbligazioni derivanti da prestiti internazionali : determinante è il diritto che le parti hanno dichiarato applicabile al momento della conclusione del contratto, anche se quest'ultimo prevede diversi luoghi di adempimento supplementari (domicili di pagamento) a scelta del creditore.

*Ordine pubblico* : Il giudice svizzero deve rispettare le disposizioni del diritto estero applicabile emanate per motivi d'ordine pubblico, se esse non sono contrarie all'ordine pubblico svizzero. Il fatto che il diritto americano non tenga conto delle disposizioni del diritto tedesco in materia valutaria non è contrario all'ordine pubblico svizzero, anche per quanto riguarda la convenzione germano-svizzera sulla compensazione dei pagamenti.

A. — In den Jahren 1928 und 1930 nahm die Rheinisch-Westfälische Elektrizitätswerk A.-G. durch Vermittlung der National City Bank of New York als Treuhänderin zwei internationale Anleihen in Obligationen auf, die zum Teil auch in der Schweiz untergebracht wurden. Die Kapital- und Zinsschuld der Anleihen lautet auf amerikanische Golddollars und ist zahlbar (payable) in New York. Nach Wahl des Obligationeninhabers sind aber Kapital und Zinsen auch einlösbar (collectible) an verschiedenen ausländischen Plätzen in der Währung des betreffenden Landes, so auch bei der Schweizerischen Kreditanstalt in Zürich in Schweizerfranken. Jede Obligation enthält schliesslich die Bestimmung, dass die in ihr enthaltene Schuldverschreibung für alle Zwecke als Vertrag angesehen werden soll, der im Staate New York vollzogen wurde und zu erfüllen ist, und dass sie in Übereinstimmung mit den Gesetzen des genannten Staates ausgelegt werden soll.

B. — Die Anglo Continentale Treuhand A.-G. in Eschen (Fürstentum Lichtenstein) ist Inhaberin einer Anzahl von

Obligationen dieser beiden Anleihen. Unter Berufung auf die erwähnte Klausel betreffend die Einlösbarkeit machte sie 305 Zinscoupons für die Jahre 1937/38 im Gesamtbetrag von 9150 Golddollars, zum Kurse von Fr. 7.40 Schweizerfranken umgerechnet = Fr. 67,710.—, gegenüber der Anleihenschuldnerin bei der Schweizerischen Kreditanstalt in Zürich geltend.

Da die Schuldnerin die Zahlung verweigerte, reichte die Anglo Continentale Treuhand A.-G. gegen sie Klage ein in Zürich auf Bezahlung des Betrages von Fr. 67,710.— nebst Verzugszinsen.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage, im wesentlichen mit der Begründung, sie habe ihre Zahlungspflicht durch Einzahlung der Zinsen an die Konversionskasse für deutsche Auslandsschulden richtig erfüllt; eine andere Erfüllung sei ihr nach den deutschen Devisenvorschriften verboten und daher unmöglich. Ferner erhob sie Einwendungen gegen die Umrechnung der Zinsforderungen zum Goldwert.

C. — Das Bezirksgericht und das Obergericht Zürich hiessen die Klage im wesentlichen gut. Beide kantonalen Instanzen fällten ihren Entscheid in Anwendung des Rechtes des Staates New York.

D. — Gegen das obergerichtliche Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Die Klägerin beantragt, es sei auf die Berufung nicht einzutreten.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Der Streit der Parteien geht um die Erfüllung von Zinsforderungen aus einem Obligationenanleihen. Es handelt sich also um Fragen, die auf die Erfüllung obligatorischer Verpflichtungen Bezug haben. Hiefür ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts und allgemein anerkannter Lehre dasjenige Recht massgebend, welchem die Parteien beim Vertragsschluss ihr Rechtsver-

hältnis zu unterstellen beabsichtigen (BGE 65 II 80, Erw. 8 a ; 63 II 43, 385).

Im Gegensatz zu zahlreichen andern Fällen hat bei den vorliegenden Verträgen eine ausdrückliche Willenseinigung über das anwendbare Recht stattgefunden. Die im Text jeder Obligation enthaltene Bestimmung, dass der Schuldvertrag, der bezüglich Kapital und Zinsen in New York zu erfüllen ist, in Übereinstimmung mit den Gesetzen dieses Staates auszulegen sei, kann offenbar keinen andern Sinn haben als den, dass die Parteien die Rechtswirkungen des Vertrages dem genannten Recht unterstellen wollten.

Dass dies zutrifft, anerkennt die Beklagte denn auch selber ausdrücklich in ihrer Eingabe zur Frage der Zulässigkeit der Berufung. Sie macht lediglich geltend, sie hätte sich mit dieser Unterstellung unter das amerikanische Recht nicht einverstanden erklärt, wenn sie vorausgesehen hätte, dass die Zahlstellen auf Grund der « collectible »-Klausel als Erfüllungsorte und Orte des Gerichtsstandes betrachtet würden. Dies vermag aber nichts daran zu ändern, dass die Unterstellung unter das amerikanische Recht tatsächlich doch vorgenommen worden ist und dem damaligen allein massgebenden Willen aller Beteiligten entsprach.

2. — Der Grundsatz der Anwendung des vereinbarten Rechtes soll nach der Meinung der Beklagten hinsichtlich der im Streite liegenden Ansprüche aus Zinscoupons eine Ausnahme erfahren mit Rücksicht auf die Bestimmung, dass Kapital und Zinsen ausser in New York nach Wahl des Inhabers noch an vier weiteren Orten, darunter auch in Zürich, einziehbar sind.

In der Vereinbarung dieser weiteren Zahlstellen ist nun zwar nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wie die Vorinstanz zutreffend entschieden hat, die Schaffung zusätzlicher Erfüllungsorte zu erblicken (BGE 59 II 355 ff.). Ferner hat das Bundesgericht im Anschluss an die im internationalen Privatrecht allgemein geltende Theorie schon wiederholt auch bei internationalen Anleihen für die

Frage der Rechtsanwendung den jeweiligen Erfüllungsort als massgebend erklärt. Auf diesen Grundsatz hat es selbst dann abgestellt, wenn nach dem Text der Schuldverschreibungen verschiedene Erfüllungsorte in Betracht kamen (BGE 54 II 257, 57 II 69, 62 II 142). Diese Entscheidungen zu Gunsten des Rechtes des Erfüllungsortes erfolgten indessen immer nur behelfsweise beim Mangel einer Parteivereinbarung über das anwendbare Recht auf Grund der Annahme, dass der tatsächliche oder vermutliche Wille der Parteien beim Vertragsschluss auf die Anwendung dieses Rechtes gerichtet gewesen sei, da es den engsten räumlichen Zusammenhang mit dem Rechtsverhältnis aufweise. Haben dagegen die Parteien den Vertrag ausdrücklich einem bestimmten Rechte unterstellt, so müssten schwerwiegende Gründe vorliegen, damit davon zu Gunsten des Rechtes eines allfälligen weiteren Erfüllungsortes abgewichen werden könnte. An solchen Gründen fehlt es aber im vorliegenden Falle. Insbesondere ist die von der Beklagten in Anlehnung an das in der Schweiz. Juristenzeitung, Band 37, S. 350 ff., publizierte Urteil des Obergerichtes Zürich vertretene Auffassung unhaltbar, dass selbst beim Vorliegen einer Vereinbarung über das anwendbare Recht die Wahl eines Spezialdomizils zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gleichzeitig die Unterstellung unter das dort geltende Recht bedeute. Zur Begründung dieser Ansicht wird vorgebracht, der Erwerber einer solchen Obligation dürfe die Anwendbarkeit des Domizilrechtes annehmen, weil für ihn nicht nur wichtig sei, dass er seinen Anspruch vor dem inländischen Richter geltendmachen könne, sondern auch, dass derselbe nach dem ihm bekannten inländischen Recht beurteilt werde. Diese Argumentation liesse sich allenfalls hören, wenn es sich darum handelte, mangels ausdrücklicher Rechtskürung zu ermitteln, welches Recht zur Anwendung zu gelangen habe. Sie versagt aber völlig, wie ohne weiteres einleuchtet, beim Vorliegen einer klaren Willenseinigung über das anwendbare Recht ; denn eine solche lässt keinen Raum für die

Annahme einer Partei, dass das an ihrem Domizil geltende, ihr bekannte Recht Anwendung finden solle. Der Entscheid BGE 53 III 196 ff., den die Beklagte in diesem Zusammenhang anruft, bezieht sich lediglich auf die Frage der Zulässigkeit der Betreibung am Spezialdomizil und bietet nicht den geringsten Anhaltspunkt für die von der Beklagten verfochtene Ansicht betreffend die Frage des anwendbaren Rechtes.

3. — Dass die von der Beklagten behauptete Ausnahme vorliege, wird zudem durch verschiedene weitere Momente widerlegt...

d) Entscheidend ist schliesslich die Überlegung, das man zur Anwendbarkeit von fünf verschiedenen Rechten käme, wenn man auf die von der Beklagten behauptete Ausnahme zu Gunsten des Rechtes am jeweils gewählten Erfüllungsort abstellen wollte. Das muss im Interesse der gleichmässigen Behandlung der Gläubiger abgelehnt werden und ist unmöglich als Parteiwille bei der Emission und Zeichnung der Anleihen zu vermuten. Die Sachlage drängt nach einer einheitlichen Rechtsanwendung im Sinne des vorgesehenen Rechtes, nicht nach einer Aufspaltung und verschiedenen Behandlung der Gläubigerrechte je nach der zufällig in Frage stehenden Zahlstelle. Es geht auch nicht an, das einmal festgesetzte Recht auszuschalten auf Grund des einseitigen Aktes eines Gläubigers und es zudem je nach der ihm freigestellten Wahl der Zahlstelle nachträglich einseitig in seine Hand zu geben, das anwendbare Recht von sich aus zu bestimmen. Damit würde die Rechtsunsicherheit, zu deren Beseitigung doch gerade die Unterstellung des Vertrages unter ein bestimmtes Recht vereinbart wurde, in einem unerträglichen Masse gesteigert. Selbst in Fällen, wo keine Vereinbarung über das anzuwendende Recht vorliegt, versucht denn auch die Rechtslehre bei internationalen Anleihen sich von dem oft rein zufälligen Erfüllungsort als Anknüpfungspunkt für die Rechtsanwendung frei zu machen und strebt nach einheitlichen Lösungen (vgl. SCHNITZER, Handbuch des inter-

nat. Handels-, Wechsel- und Checkrechts, S. 294 ff.).

4. — Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz daher die von der Beklagten erhobenen Einreden der Erfüllung, eventuell der Unmöglichkeit der Erfüllung, sowie die Frage des massgebenden Umrechnungskurses mit Recht nach Massgabe der einschlägigen Gesetzesbestimmungen des Staates New York entschieden. Denn alle diese Fragen beziehen sich auf den Inhalt der Gläubigerrechte, den Fortbestand und das Mass der Schuldpflicht und gehören mithin ausnahmslos zu den Wirkungen der streitigen obligatorischen Verpflichtungen. Ob die Vorinstanz dabei das amerikanische Recht richtig ausgelegt hat, kann dagegen vom Bundesgericht nicht nachgeprüft werden, da seine Kognitionsbefugnis nach Art. 56/57 OG sich auf das schweizerische Recht beschränkt.

5. — Es bleibt daher einzig noch zu prüfen, ob das schweizerische Recht nicht insofern verletzt sei, als ein in ihm enthaltener, um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellter Rechtssatz mit den an sich anwendbaren Bestimmungen des amerikanischen Rechtes in unverträglichem Gegensatz stehe (sog. Vorbehalt des *ordre public*; vgl. BGE 64 II 97 ff.).

In diesem Zusammenhang wendet sich die Beklagte in erster Linie dagegen, dass die Vorinstanz die Einrede der Erfüllung, eventuell der Unmöglichkeit der Erfüllung auf Grund des *ordre public* des Staates New York verworfen hat. Dies soll deshalb unzulässig sein, weil der schweizerische Richter sich nicht auf die öffentliche Ordnung eines fremden Staates stützen könne. Diese Ansicht trifft jedoch nicht zu. Der *ordre public* eines fremden Staates ist Bestandteil dessen materiellen Rechtes, und wenn das Recht dieses Staates zur Anwendung zu bringen ist, so gilt dies deshalb auch für die seiner Rechtsanschauung innewohnenden Grundsätze, die um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt sind und darum absolute Geltung beanspruchen. Dabei versteht sich allerdings von selbst, dass auch die Anwendung des ausländischen *ordre public* seine Schranken

findet am einheimischen ordre public des schweizerischen Richters. Steht eine Bestimmung des ausländischen Rechtes, die aus Gründen des dortigen ordre public Geltung beansprucht, ihrerseits mit dem schweizerischen ordre public in Widerspruch, so ist ihre Berücksichtigung ausgeschlossen. Wird dieser Vorbehalt beachtet, so ist die Auffassung der Beklagten unbegründet, dass in der Anwendung des ordre public eines fremden Staates durch den schweizerischen Richter eine Preisgabe der Souveränität des eigenen Staates zu Gunsten derjenigen des fremden Staates liege.

Die Nichtberücksichtigung der deutschen devisenrechtlichen Bestimmungen durch das amerikanische Recht aus Gründen seines ordre public wäre deshalb nur dann nicht mit in Rechnung zu stellen, wenn sie mit zwingenden schweizerischen Rechtsauffassungen unvereinbar wäre. Dies trifft jedoch im vorliegenden Fall nicht zu. Wenn das amerikanische Recht von seinem Standpunkt aus die deutschen Devisenvorschriften, die einem Erfüllungsverbot gleichkommen, als nicht beachtlich erklärt zu Gunsten der Aufrechterhaltung des Grundsatzes «pacta sunt servanda», so widerspricht es damit unserer einheimischen Auffassung nicht. Dies müsste selbst dann gelten, wenn nach schweizerischer Rechtsauffassung die deutschen Devisenbestimmungen zu berücksichtigen wären. Denn das Festhalten am Grundsatz der Vertragstreue dürfte dem fremden Rechte selbst dann nicht verwehrt werden.

Für ihre Auffassung, dass der Schutz der Klage auf Grund der Bestimmungen des amerikanischen Rechtes gegen den schweizerischen ordre public verstosse, glaubt die Beklagte sich ferner auf das Verrechnungsabkommen zwischen der Schweiz und Deutschland berufen zu können. Sie macht geltend, durch Zusprechung der Klage werde die Klägerin als ausländische Gläubigerin eines deutschen Schuldners, die vom Verrechnungsabkommen nicht erfasst werde, besser gestellt als schweizerische Gläubiger mit gleichartigen Forderungen, die sich dem Abkommen unter-

zogen hätten. Dies, obwohl die Schweiz im Abkommen mit Deutschland ausdrücklich verlangt und auch zugebilligt erhalten habe, dass Gläubiger, die dem Abkommen nicht beitreten, nicht besser behandelt würden als diejenigen Gläubiger, die sich dem Abkommen unterziehen.

Der Umstand, dass bei Gutheissung von Klagen wie der vorliegenden ein Kreis einheimischer Rechtsgenossen wirtschaftlich weniger günstig dastünde als Gläubiger ausländischer Nationalität, ist aber keine rechtliche Grundlage zur Aufstellung eines Satzes öffentlicher Ordnung des Inhalts, dass solche Klagen von Ausländern nicht gutgeheissen werden dürften. Damit würden rein wirtschaftliche und zudem nur einen Teil der einheimischen Gläubiger berührende Verhältnisse zum Ausgangspunkt genommen für die Aufstellung von Normen öffentlicher Ordnung, was grundsätzlich nicht angeht. Das dem ausländischen Anleiensgläubiger nach der anwendbaren Rechtsordnung unzweifelhaft zustehende Recht und dessen richterlicher Schutz kann nicht deshalb verkümmert werden, weil ein Teil einheimischer Gläubiger derselben Anleihe sich zufolge der Annahme des mit Deutschland getroffenen Abkommens schlechter stellen soll. Dieses Abkommen bezieht sich übrigens nur auf den Transfer, auf die Befriedigung von deutsch-ausländischen Gläubigern aus dem Transferfonds auf dem zwischenstaatlichen Verrechnungswege. Auch die schweizerischen Gläubiger, welche das im Verrechnungsabkommen vorgesehene Angebot nicht annehmen wollen, behalten ihre vollen Ansprüche, allerdings mit der Einschränkung, dass sie von Deutschland nicht besser behandelt werden als die andern. Das hindert aber nicht, dass sie ihrerseits versuchen können, ihre vollen Rechte nach dem Inhalt der Bonds geltend zu machen. Offen für sie sowohl als auch für die heutige Klägerin bleibt die Frage der Befriedigungsmöglichkeit, der praktischen Auswirkung des gutgeheissenen Anspruchs auf dem Wege der Exekution. Und offen bleibt damit auch die Frage, ob sich letzten Endes diejenigen Gläubiger, die sich dem Verrechnungs-

abkommen unterzogen haben, wirklich wirtschaftlich schlechter stellen, als diejenigen, die es nicht taten oder sonst von ihm nicht umfasst werden und die auf andere Weise zu einer Befriedigung für ihre Ansprüche zu kommen versuchen. Es ist also auch keineswegs dargetan, dass die eine Gruppe im Endergebnis wirtschaftlich ungünstiger dastehe als die andere.

Da in allen zur Entscheidung stehenden Fragen ausschliesslich fremdes Recht zur Anwendung gelangt, namentlich auch hinsichtlich der Frage, ob der Anerkennung der deutschen Devisenvorschriften der *ordre public* des betreffenden Landes entgegenstehe, kann auch von einem Missbrauch des schweizerischen *ordre public* zu Spekulationszwecken, wie die Beklagte dies behauptet, nicht die Rede sein.

Hat somit die Vorinstanz auf der ganzen Linie zutreffenderweise amerikanisches Recht zur Anwendung gebracht, ohne dabei gegen eine um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellte Bestimmung des schweizerischen Rechtes zu verstossen, so kann auf die Berufung nicht eingetreten werden.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

**34. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung  
vom 10. November 1942**

i. S. Pfister gegen Schweiz. Eidgenossenschaft.

Für durch Aktivdienst (Interniertenbewachungsdienst) entstandene Schäden haftet der Bund nur, wenn das öffentliche Recht eine Haftung ausdrücklich vorsieht. Keine subsidiäre Anwendung zivilen Haftpflichtrechtes. Analoge Anwendung von Art. 27/28 MO und Haftung nach Billigkeit in casu verneint.

La Confédération ne répond des dommages causés par le service actif (garde des internés) que lorsque le droit public institue expressément cette responsabilité. Les règles du droit civil sur la responsabilité ne sont pas applicables à titre supplétif. Pas d'application analogique des art. 27 et 28 OM et pas de responsabilité par motif d'équité en l'espèce.

La Confederazione risponde del danno causato dal servizio attivo (sorveglianza degli internati) soltanto se il diritto pubblico prevede espressamente una siffatta responsabilità. Le norme del diritto civile sulla responsabilità non sono applicabili a titolo suppletorio. Applicazione analogica degli art. 27 e 28 OM e responsabilità per motivi di equità escluse nel fatti-specie.

*Aus dem Tatbestand :*

A. — Der Kläger Pfister ist Landwirt in Kerzers. Im Jahre 1941 waren dort französische Spahis mit ihren Pferden interniert. Sie wurden von einer Dragoner-Einheit bewacht. Ein Teil der Pferde befand sich in der Stallung der Wirtschaft zur « Krone ». Am Vormittag des 29. Januar 1941 sollten die Spahis samt den Pferden nach Frankreich zurückkehren. Die Bewachungstruppe hatte deshalb am Vortag eine Revision der Pferde vorgenommen und besorgte am andern Morgen den Verlad auf dem Bahnhof Kerzers.

In der Nacht vom 28. auf den 29. Januar begab sich Luginbühl, der Knecht des Klägers, heimlich in die Stallung der « Krone », nahm dort ein Interniertenpferd, einen Schimmelwallach, heraus und führte das Tier in den Stall seines Meisters. Hier nahm er die trüchtige Schimmelstute des Klägers weg und verbrachte sie in den Stall der « Krone » an den Platz des Interniertenpferdes. Er wechselte auch beiden Tieren die Halftern aus.

Die Bewachungstruppe bemerkte den Tausch nicht, sodass die Stute des Klägers am 29. Januar mit den Interniertenpferden nach Frankreich geschafft wurde.

Der Kläger meldete die Verwechslung am 30. Januar dem Oberamt Murten.

Luginbühl will den Tausch vorgenommen haben, weil er die Schimmelstute des Meisters nicht leiden konnte und er zudem an jenem Abend angeheitert war. Er wurde am 24. Mai 1941 vom Territorialgericht 2 A wegen Diebstahls des Interniertenpferdes zum Vorteil seines Meisters zu 14 Tagen Gefängnis verurteilt.

Der Kläger überliess das in seinen Stall gestellte, für seine Zwecke nicht brauchbare Spahipferd dem Internier-