

qui prévoient tous les cas de restitution qui dérivent du paiement opéré en vertu d'une cause qui a cessé d'exister, et ces dispositions ne font aucune distinction suivant qu'il s'agit de causes ayant leur source dans le droit cantonal ou le droit fédéral.

Il résulte de là que le Tribunal fédéral serait compétent pour examiner cette question; il pourrait, par exemple, si l'instance cantonale avait violé les dispositions des art. 73 et 64 CO, réformer son arrêt sur ces points-là. Mais, en l'espèce, le recourant n'a pas invoqué ces dispositions et il n'a combattu son obligation de restituer les 10 500 francs que parce qu'il s'opposait à la rescision qu'il estimait inadmissible. De même dans son recours, il n'a pas changé le point de vue auquel il s'était placé, ce qui du reste n'était plus possible.

— Dans ces circonstances il y a lieu d'admettre que l'application du droit fédéral ne peut pas être en cause dans le présent litige et que le Tribunal fédéral doit se déclarer incompétent aussi sur le troisième point du recours (arrêt du Tribunal fédéral du 8 juillet 1904, Weissenberger c. Thoma et cons., non publié).

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Il n'est pas entré en matière, pour cause d'incompétence, sur le recours en réforme interjeté par le notaire Justin Citherlet.

**54. Urteil vom 9. Juni 1906 in Sachen Raschke,
Bekl. u. Ber.-Kl., gegen Bank für Handel und
Industrie in Darmstadt, Filiale Berlin, Kl. u. Ber.-Bekl.**

Kompetenz des Bundesgerichts, Zulässigkeit der Berufung: Anwendbarkeit eidgenössischen Rechts. Oertliche Rechtsanwendung bei der Frage des Zustandekommens eines Rechtsgeschäftes (i. c. Darlehens).

Das Bundesgericht hat,

da sich ergeben:

A. Durch Urteil vom 9. Dezember 1905 hat die erste Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich über die Streitfrage:

„Ist der Beklagte schuldig, an die Klägerin 50,750 Fr. nebst Zins zu 4 % seit 11. September 1903 und 15 Fr. 55 Cts. Arrest- und Betreibungskosten zu bezahlen?“

erkannt:

Der Beklagte ist pflichtig, der Klägerin so viel Franken zu bezahlen, als 40,000 Mk. zum Kurse des Zahlungstages ausmachen, nebst Zins zu 5 % seit dem 29. September 1903 und 14 Fr. 90 Cts. Arrest- und Betreibungskosten.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen:

1. Es sei die gegnerische Klage gänzlich abzuweisen.

2. Eventuell sei die Klage nur im Betrage von 30,000 Mk. zu schätzen und die Mehrforderung im Betrage von 10,000 Mk. als unbegründet zu verwerfen.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter des Beklagten diese Berufungsanträge erneuert.

Der Vertreter der Klägerin hat auf Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen; —

in Erwägung:

1. Die Klägerin leitet die eingeklagte Forderung her aus der Zession einer Darlehensforderung ihres früheren Depotverwalters Meßler an den Beklagten. Meßler, der als Depotverwalter der

Klägerin Geld im Betrage von zirka 800,000 Mk. unterschlagen hatte, hat in der Strafuntersuchung ausgesagt, er habe dem damals ebenfalls in Berlin wohnenden heutigen Beklagten Raschke im Sommer 1902 ein Darlehen von 40,000 Mk. gemacht. Von der Session ist dem Beklagten im September 1903 — als er in Kilchberg, Kt. Zürich, wohnte — Mitteilung gemacht worden. Die Vorinstanzen haben den der Klägerin auferlegten Beweis für die vom Beklagten bestrittene Existenz des Darlehens im Betrage von 40,000 Mk. als geleistet erklärt, gestützt auf die Beweismwürdigung, insbesondere auf die eidliche Aussage des als Zeugen einvernommenen Judenten Neßler, die dahin geht, er habe, seines Erinnerns, im Juni 1902 dem Beklagten eine Schenkung im Betrage von 500 oder 600 Mk. gemacht, und nachher, noch im Sommer 1902, ein Darlehen von 30,000 Mk., sowie noch ein weiteres Darlehen von, wie er glaube, 10,000 Mk. Auf eine vom Beklagten gegen das zweitinstanzliche Urteil ergriffene Kassationsbeschwerde ist das Kassationsgericht des Kantons Zürich (mit Urteil vom 17. April 1906) nicht eingetreten, indem es von der Auffassung ausging, es sei in der Sache die Berufung an das Bundesgericht zulässig, und alle vom Beklagten geltend gemachten Nichtigkeitsgründe (Verweigerung des rechtlichen Gehörs) unterständen der Kognition des Bundesgerichts. Mit der Berufung wird nun das zweitinstanzliche Urteil vom Beklagten mit der Behauptung angefochten, es verstoße gegen Bundesrecht, indem es auf einseitige Behauptungen der Klägerin und das Zeugnis Neßlers abstelle und die Beweislast unrichtig verteilt habe, da es in Tat und Wahrheit dem Beklagten den Beweis für die Nichtexistenz des Darlehens aufbürde.

2. Vom Bundesgericht ist in erster Linie, und von Amtes wegen, seine Kompetenz zur Beurteilung dieser Streitfrage zu prüfen. Diese Kompetenz ist davon abhängig, ob in der Sache eidgenössisches Recht zur Anwendung zu kommen hat. Allerdings ist die Berufung auch dann zulässig (Art. 56 OG), wenn die letzte kantonale Instanz eidgenössisches Recht angewendet hat, richtiger Weise aber kantonales oder ausländisches Recht anzuwenden war; allein die Entscheidungsbefugnis des Bundesgerichts beschränkt sich in diesem Falle, wenigstens bei der Anwendbarkeit

kantonales Rechts, darauf, das Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an das kantonale Gericht zurückzuweisen (Art. 79 Abs. 2 OG). Ist dagegen eidgenössisches Recht weder angewendet worden noch anwendbar, so ist die Berufung überhaupt unzulässig und das Bundesgericht inkompetent. Im vorliegenden Falle nun haben sich die kantonalen ordentlichen Instanzen überhaupt nicht darüber ausgesprochen, welches Recht sie zur Anwendung brachten. Dagegen hat das Kassationsgericht gefunden, es komme in der Sache eidgenössisches Recht zur Anwendung; die Kassationsbeschwerde enthalte in dieser Beziehung eine Rüge überhaupt nicht, und die bundesgerichtliche Praxis nehme konsequent an, „es liege eine Unterwerfung der Parteien „unter das interne Privatrecht vor, wenn die Unterstellung eines „Rechtsverhältnisses unter ein fremdes Privatrecht nicht förmlich „geltend gemacht werde (AS 29 II S. 262).“ Hierüber ist zu bemerken: Richtig ist freilich, daß das Bundesgericht bei obligationenrechtlichen Verhältnissen auf den übereinstimmenden Willen der Parteien hinsichtlich der Rechtsanwendung insofern abgestellt hat, als die Wirkungen des Rechtsgeschäftes und die Verpflichtungen der einen oder andern Partei in Frage standen, und daß es hiebei jeweilen aus der Nichtanrufung fremden Rechts auf den übereinstimmenden Willen, auf das streitige Rechtsverhältnis schweizerisches Recht zur Anwendung zu bringen, geschlossen hat. Allein dieser Schluß ist doch nur dann gezogen worden, wenn nach Lage der Dinge angenommen werden konnte, die Parteien hätten von Anfang an bei der Begründung des Rechtsverhältnisses dieses ganz oder doch in gewissen Wirkungen dem eidgenössischen Recht unterstellen wollen, und zwar hat diese Annahme namentlich dann Platz gegriffen, wenn die eine der Parteien zur Zeit der Begründung des Rechtsverhältnisses schon ihren Wohnsitz in der Schweiz hatte und daher von den Parteien schon in jenem Zeitpunkt vorhergesehen werden konnte, daß möglicherweise schweizerische Gerichte zur Entscheidung über das Rechtsgeschäft berufen sein werden und die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts in Frage kommen könne: In diesem Falle insbesondere ist aus der übereinstimmenden Anrufung schweizerischen Rechts durch die Parteien oder auch aus ihrem bloßen Stillschweigen über die

Anwendbarkeit ausländischen Rechtes geschlossen worden, die Parteien wollten schweizerisches Recht von Anfang an auf das Rechtsverhältnis zur Anwendung bringen, hätten das Rechtsverhältnis bei seiner Begründung schon dem schweizerischen Recht unterstellt; und da eine solche Unterstellung als zulässig anzusehen ist, hat jene Annahme dann jeweilen die weitere Folge gehabt, daß das Bundesgericht sich, weil alsdann schweizerisches Recht wirklich anwendbar war, in der Sache kompetent erklärt hat. Dagegen wäre es unrichtig, anzunehmen, die Parteien könnten im Prozesse selbst, sogar noch vor dem Bundesgericht, durch übereinstimmende Anrufung schweizerischen Rechtes dessen Anwendbarkeit begründen auf ein Rechtsverhältnis, bei dessen Entstehung sie vernünftigerweise gar nicht den Willen gehabt haben könnten, schweizerisches Recht auf dasselbe zur Anwendung zu bringen. Im vorliegenden Falle nun sind zunächst nicht die Wirkungen eines Rechtsgeschäftes streitig, sondern streitig ist, ob das Rechtsgeschäft — das Darlehen —, aus dem geklagt wird, überhaupt zur Entstehung gelangt sei. Bei dieser Frage kann aber auf den Parteiwillen überhaupt grundsätzlich nicht abgestellt werden, sondern es ist dabei stets objektiv das Recht des Entstehungsortes zur Anwendung zu bringen, weil hiebei der Parteiwillen überhaupt keine Rolle spielen kann. Entstehungsort kann nun aber, wenn das Rechtsgeschäft überhaupt zu stande gekommen ist, nur Deutschland (Berlin) sein. In Deutschland hatten beide Parteien zur Zeit des Abschlusses des Rechtsgeschäftes ihren Wohnsitz; dort ist daher auch der Sitz der Obligation, ihr Entstehungsort. Auf das Rechtsverhältnis kommt danach das Recht des Entstehungsortes, abgesehen vom Parteiwillen, also deutsches Recht, zur Anwendung, und das hat zur Folge, daß das Bundesgericht in der Sache inkompetent ist und auf die Berufung nicht eintreten kann; —

erkannt:

Auf die Berufung wird nicht eingetreten, und es hat demnach in allen Teilen beim Urteile der ersten Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. Dezember 1905 sein Bewenden.

55. Urteil vom 14. Juni 1906 in Sachen Burger, Kl. u. Ber.-Kl., gegen Allgemeine Anfall- und Saftpflcht-Versicherungs-Aktiengesellschaft, Bekl. u. Ber.-Bekl.

Form der Berufung: Inhalt der Berufungsanträge. Art. 67 Abs. 2 OG.

Das Bundesgericht hat,

da sich ergeben:

A. Durch Urteil vom 28. November 1905 hat das Bezirksgericht Kulm folgende Klage:

Die Beklagte sei zu verurteilen, an den Kläger eine Aversalentschädigung von 7500 Fr. nebst Zins à 5 % seit 17. Juli 1902 zu bezahlen.

Eventuell:

Die Beklagte habe dem Kläger eine jährliche Rente von 600 Fr., zahlbar in vierteljährlichen Terminen, erstmals auf 1. Juli 1904, auszubehalten —

abgewiesen.

B. Die vom Kläger gegen dieses Urteil ergriffene Appellation hat das Obergericht des Kantons Argau durch Urteil vom 20. April 1906 abgewiesen.

C. Gegen das obergerichtliche Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht zu ergreifen erklärt mit dem Antrag:

„In Aufhebung des Entscheides der kantonalen Instanzen wolle das h. Bundesgericht eine Oberexpertise anordnen und zu diesem Zwecke die Akten zur Vervollständigung an die zuständige kantonale Instanz zurückweisen;

Eventuell:

Das h. Bundesgericht wolle, in Aufhebung des Entscheides der kantonalen Instanzen, die Aktenvervollständigung im Sinne der obergerichtlichen Minderheit anordnen“; —

in Erwägung:

Nach Art. 67 Abs. 2 OG ist in der Berufungserklärung anzugeben, welche Abänderungen gegenüber dem kantonalen Urteile beantragt werden. Diesem Erfordernis eines materiellen Hauptantrages wird, wie das Bundesgericht in zahlreichen Entscheiden erkannt hat, durch Anträge rein prozessualer Natur, insbesondere