

Transporten diese rein « deutsche » Kostbarkeitsklausel beifügte.

Diese auf die deutsche Auslegung des Kostbarkeitsbegriffes zugeschnittene Bedeutung des im Streite liegenden Stempelaufdrucks war nun nicht nur an sich ohne weiteres für die Bahnbeamten erkennbar, sondern sie war auch tatsächlich als solche anerkannt worden. Der Chef der Eilgutspedition Basel bezeugt, dass die streitige Sendung trotz diesem Aufdruck nicht als Kostbarkeit im Sinne des internationalen Frachtrechts betrachtet wurde, weil sie Seide und Garn enthielt; die Güterexpeditionsbeamten gaben dem Aufdruck keine Bedeutung und liessen ihn daher « einfach gehen ». Er entsprach einer damals allgemeinen Übung, deren nur auf die deutschen Bahnbehörden beschränkte Bedeutung den Bahnorganen bekannt war.

Es handelt sich also bei dieser Beschränkung der Kostbarkeitsklausel nicht um einen innern Vorbehalt der Absenderin, sondern um erkennbare beidseitige Auffassungen, die nach Treu und Glauben im Verkehr für die Auslegung des erklärten Willens massgebend sind.

6. — Unter diesen Umständen kann für die Frage des Haftungsumfanges nach internationalem Transportrecht nicht auf die Kostbarkeitsdeklaration abgestellt werden. Massgebend kann nur die wahre Natur des Frachtgutes sein, die als solche (Rohseide) auch deklariert wurde. Es handelt sich danach nicht um eine unrichtige Angabe im Frachtbrief, für die der Absender nach Art. 7 I Ue einzustehen hätte, sondern die Angabe Rohseide war richtig und die Beifügung « Kostbarkeit, Wert über 150 Mark per 100 Kg. » bedeutete nicht Kostbarkeit nach dem I Ue. Übrigens ist die Folge einer unrichtigen Deklaration nach Art. 7 nur die Tragung des daraus der Bahn entstehenden Schadens. Hier ist den Beklagten aus der Beifügung der Kostbarkeitsklausel kein Schaden entstanden. Die gesetzliche Folge der unrichtigen Dekla-

ration ist aber nicht, dass die Bahn aus der Unrichtigkeit Vorteile ziehen darf.

7. — Die Ersatzpflicht der Beklagten für den Verlust des im Streite liegenden Ballens richtet sich somit nicht nach der Tarifbestimmung für nur bedingt zur Beförderung zugelassenes Gut, sondern nach der allgemeinen Haftung der Bahn, wie sie in Art. 34 I Ue geregelt ist. Danach haben die Beklagten den gemeinen Handelswert des verlorenen Gutes, sowie die Fracht- und Zollspesen zu ersetzen. Diese Werte sind von der Vorinstanz festgestellt, ohne dass diese rein tatsächliche Feststellung als aktenwidrig angefochten wäre, sodass mit der Vorinstanz die Klage gutzuheissen ist.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofs des Kantons Bern vom 7. April 1923 bestätigt.

### 39. Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Juli 1923

i. S. Michel & C<sup>ie</sup> gegen Bänziger.

K a u f. — Rücktritt des Käufers, Rückerstattungspflicht des Verkäufers bei Frankenschuld, für die Mark an Zahlungsstatt gegeben waren.

A. — Der Beklagte Bänziger verkaufte im September 1918 durch Vermittlung seines Vertreters in München, Josef Köster, dem Jonas Hess daselbst (von welchem die Kläger Adolf Michel & C<sup>ie</sup> ihren mit der Klage geltend gemachten Anspruch herleiten) 2 Kisten von je 50 Stück « Voll-Opal » — einem Gewebestoff, Mouseline — weiss, 112 cm., zu 4 Fr. 50 per m, zahlbar netto sofortige Kasse gegen Erhalt der Faktur. Das Offertschreiben des Beklagten an Köster vom 31. August

1918 enthielt in Bezug auf die Zahlung des Kaufpreises folgenden Vermerk: « Zahlung in Mark an Vogtl. Bank in Plauen mit Verrechnung zum Verkaufswert laut Schweizerbankkursnotierung. »

Die Fakturen wurden am 20. September 1918 ausgestellt, und zwar für die eine Kiste (J. B. 272) mit 11,721 Fr. 95 Cts., und für die andere (J. B. 273) mit 11,994 Fr. 20 Cts.

Hess leistete die Zahlungen in der Weise, dass er dem Konto des Beklagten bei der Vogtländischen Bank in Plauen im ganzen 31,000 Mk. überwies: nämlich zuerst 25,000 Mk., deren Empfang der Beklagte am 14. Oktober 1918 mit der Bemerkung anzeigte, er habe diese Summe dem Konto des Hess « zum Kurse von 75 Fr. 25 Cts. = 18,812 Fr. 50 Cts. kreditiert », sodann weitere 6000 Mk. welche der Beklagte laut Schreiben vom 28. Oktober « zum Kurs von 75 = 4500 Fr. » gutschrieb. Er bemerkte dazu, es verbleibe nun noch ein Saldo von 464 Fr. 30 Cts. und er bitte um sofortige Zusendung dieses Betrags; auch habe er die Ware, um sie vor Schaden zu bewahren, statt sie offen am Lager liegen zu lassen, in Kisten verpackt. Die 464 Fr. 30 Cts. zahlte dann Hess am 2. Dezember 1918, bezw. 13. Januar 1919 in Franken.

Der Beklagte bemühte sich um die Ausfuhrbewilligung aus der Schweiz, und teilte im Juli 1919 dem Hess mit, dass sie von den schweizerischen Behörden in Aussicht gestellt worden sei; am 23. Juli sandte er ihm ferner das Gesuch um Bewilligung zur Einfuhr in Deutschland, damit er es nach Berlin weiterleiten könne. Die Einfuhr wurde jedoch anfänglich verweigert, und erst im April 1922 dem Hess bewilligt.

Hierauf sandte dieser am 2. Mai 1922 dem Beklagten die Einfuhrbewilligungen, und ersuchte ihn, die Ware per Eilgut zum Versand zu bringen. Der Beklagte erwiderte zunächst, er wisse nicht, wieso Hess dazu komme, ihm diese Einfuhrbewilligungen zuzusenden. Hess ant-

wortete, es handle sich um die Ware, die er im Jahr 1918 vom Beklagten gekauft habe und die beim Spediteur Nörpel lagere. Da dieser aber ausser stande war, über den Verbleib der Ware Aufschluss zu geben, schrieb Hess am 4. Juli 1922 an den Beklagten: « ... Ich bin erstaunt, dass Sie nicht einmal wissen, wo die bei Ihnen gekaufte und bezahlte Ware liegt.... Sie sind für die Ware verantwortlich, und sollten Sie dieselbe nicht mehr liefern können, so wollen Sie den Betrag hiefür nebst 5% Zins meinem Konto gutbringen, und ich werde dann darüber verfügen... »

Am 21. Juli machte Hess den Beklagten darauf aufmerksam, dass die Einfuhrbewilligungen bereits am 28. Juli ablaufen, und am 31. Juli schrieb er ihm: « ... Ich ersuche Sie, mein Guthaben von 44,511 Fr. 15 Cts. laut Aufstellung (worunter die beiden Fakturbeträge von 11,721 Fr. 95 Cts. und 11,994 Fr. 20 Cts. figurieren) der Firma Adolf Michel & C<sup>ie</sup> übermitteln zu wollen. Sollte die Sache innerhalb 8 Tagen noch nicht erledigt sein, so werde ich dieselbe einem Rechtsanwalt übergeben. »

Mit Zuschrift vom 12. August 1922 teilte sodann Hess den heutigen Klägern Adolf Michel & C<sup>ie</sup> in St. Gallen mit, dass er ihnen seine Forderungen an den Beklagten « auf Rückzahlung von 11,994 Fr. 20 Cts. und 11,721 Fr. 95 Cts. nebst 5% Zinsen obiger Beträge seit 20. September 1918 mit allen Rechten » abtrete, mit dem Beifügen, dass wenn der Beklagte bis 20. August diese Schuld nicht bezahle, die Zessionare die Angelegenheit gerichtlich verfolgen sollen.

Der Anwalt des Hess wiederholte mit Schreiben vom 13. September 1922 die Aufforderung, die beiden genannten Beträge an die Kläger als die Zessionare des Hess zu bezahlen, und bemerkte dabei: « .... Im übrigen behält sich meine Mandantschaft alle Rechte und Ansprüche vor, die ihr Ihnen gegenüber zustehen, weil Sie den abgeschlossenen Kaufvertrag nicht erfüllt

haben ; insbesondere beansprucht sie auch für die Ihnen bezahlten Beträge die üblichen Zinsen.»

Am 11. Oktober 1922 überwies der Beklagte dem Hess durch die Vogtländische Bank in Plauen 37,186 Mk. 30 Pf. «per Saldo aller seiner Ansprüche», was er ihm anzeigte. Hess antwortete mit Schreiben seines Anwalts vom 18. Oktober, dass er die Annahme dieses Betrages ablehne ; derselbe stehe zur Verfügung des Beklagten. Denn der überwiesene Betrag stelle nicht den Ausgleich seiner Ansprüche dar, zur Annahme einer Teilzahlung weigere er sich. Übrigens habe er ja die Forderung an die Kläger abgetreten.

Am 15. November 1922 schrieb sodann der Anwalt der Kläger an denjenigen des Beklagten, die Klägerschaft stehe auf dem Standpunkt, dass Hess, an welchen der Kaufpreis in Franken fakturiert worden war und dessen Zahlungen durch den Beklagten auch ausdrücklich in Franken kreditiert worden seien, den bezahlten Frankenbetrag nebst 5% Zinsen zurückzufordern habe ; wenn der Beklagte nicht bereit sei, diese Frankenschuld anzuerkennen, so müsste Klage eingereicht werden.

Der Anwalt des Beklagten erwiderte hierauf am 9. Dezember 1922, Hess habe die in Franken ausgestellten Fakturen in Mark bezahlt ; die Mark seien stets in Deutschland geblieben, indem von dem betreffenden Bankkonto, wenn dieser auch die verschiedensten Veränderungen erlitten habe, nur Markdispositionen getroffen worden seien. Bei der Kontraktaufhebung habe der Beklagte ganz naturgemäss dem Hess dasjenige zurückerstattet, was er seiner Zeit erhalten hatte.

B. — Im Dezember 1922 erhoben nun die Kläger beim Handelsgericht des Kantons St. Gallen die vorliegende Klage mit dem Rechtsbegehren, der Beklagte sei zu verurteilen, ihnen 23,716 Fr. 15 Cts. nebst 5% Zins seit 20. September 1918 zu bezahlen.

C. — Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, hielt aber seine Bestreitung nur insoweit aufrecht, als die Klage den Betrag von 2500 Fr. übersteige.

D. — Die durch das Handelsgericht im Geschäft des Beklagten vorgenommene Bücherprüfung hat ergeben, dass der Beklagte die von Hess einbezahlten Markbeträge nicht in Franken umgewandelt, sondern aus denselben z. T. Obligationen der Stadt Dortmund gekauft, z. T. die Mark stehen gelassen, dann an die Diskontogesellschaft in Berlin überwiesen und später eine Rücküberweisung an die Vogtländische Bank angeordnet hat. Ferner hat das Handelsgericht aus den Kistenbüchern des Beklagten ersehen, dass die streitige Ware offenbar nachträglich aus den Kisten J. B. 272 und 273 in andere umgepackt worden sei, indem der Inhalts- und Empfängervermerk bei jenen Kisten auf andere Ware und einen anderen Empfänger verweise, während die streitige Ware und der Name des Käufers Hess bei den Kisten J. B. 332 und 333 aufgeführt seien ; bei diesen Kisten finde sich im Kistenbuch kein Speditionsdatum vermerkt.

E. — Durch Urteil vom 13. März 1923 hat sodann das Handelsgericht des Kantons St. Gallen den Beklagten verurteilt, an die Kläger zu bezahlen :

a) 31,000 Mk. und 464 Fr. 30 Cts. nebst 4 % Zins von 25,000 Mk. seit 14. Oktober 1918, von 6000 Mk. seit 28. Oktober 1918, von 403 Fr. 65 Cts. seit 2. Dezember 1918 und von 60 Fr. 65 Cts. seit 13. Januar 1919 ;

b) als Schadenersatz nach OR 109 Abs. 2 Fr. 6000 nebst 5% Zins seit 20. Dezember 1922.

F. — Gegen dieses Urteil haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit den Anträgen :

1. die Kläger : die Klage sei in vollem Umfange zu schützen, eventuell die Sache sei zur Beweisergänzung an die Vorinstanz zurückzuweisen ;

2. der Beklagte : die Klage sei abzuweisen, soweit sie den Betrag von 2500 Fr. übersteige.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Das Bundesgericht ist zur Beurteilung der Streitsache kompetent. Die Kläger gründen die Klage darauf, ihr Rechtsvorfahr Hess sei von dem Kaufvertrag wegen Lieferungsverzugs des Beklagten zurückgetreten, und sie machen die mit dem Rücktritt verbundenen Folgen geltend. Darnach handelt es sich um die Beurteilung der Rechtswirkungen des zwischen den Parteien begründeten obligatorischen Rechtsverhältnisses. Für die Frage, welchem Recht dieselben unterstehen, ist nach bundesgerichtlicher Praxis der ursprüngliche oder im Zweifel der mutmassliche Wille der Parteien massgebend; und hiebei ist zunächst anzunehmen, dass sie sich dem Recht des Erfüllungsortes haben unterwerfen wollen. Erfüllungsort war aber hier St. Gallen. Auch haben sich die Parteien beidseitig im Prozess auf das schweizerische Recht berufen, sodass der Anwendung desselben keine Bedenken entgegenstehen.

2. — Laut Feststellung der Vorinstanz herrscht kein Streit, dass die Voraussetzungen des Art. 109 OR zutreffen, sodass es sich nur fragt, wie die Leistungen, welche nach dieser Gesetzesbestimmung dem im Verzug befindlichen Schuldner obliegen, zu berechnen seien, d. h. in erster Linie, welches die Leistung des Käufers Hess gewesen sei, welche er bezw. die Kläger nach Art. 109 Abs. 1 OR zurückfordern können, und zweitens wie gegebenenfalls der Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages entstandenen Schadens nach Abs. 2 dieses Artikels zu bestimmen sei?

Da der Rücktritt vom Verträge die Aufhebung desselben, mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt seines Abschlusses bedeutet, hat der Zurücktretende Anspruch darauf, so gestellt zu sein, wie wenn der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre, also insbesondere auch: wie

wenn er zur Erfüllung desselben überhaupt noch nichts geleistet hätte. Im vorliegenden Falle nun bestand die Leistung des Käufers Hess in der Zahlung des Kaufpreises für die ihm vom Beklagten im September 1918 verkaufte, aber nicht abgelieferte Ware. Es steht fest, dass der Kaufpreis von Anfang an in Franken festgesetzt war, und dem Käufer auch (am 20. September 1918) in Franken fakturiert worden ist, es sich also um eine Frankenschuld handelt. Freilich hat kraft einer — wie aus der Zuschrift des Beklagten an den Agenten Köster vom 31. August 1918 hervorgeht, auf eigenes Begehren des Beklagten getroffenen — Nebenabrede Hess den Kaufpreis zum grössten Teil in Mark, und nicht in Franken, entrichtet. Allein die Mark wurden jeweilen « zum Schweizerbankkurs » in Franken umgerechnet, der Beklagte hat m. a. W. die Mark an Zahlungsstatt angenommen, und ausdrücklich bekundet, dass die Kaufpreisschuld durch die Leistung des Hess in der Höhe des aus der Umrechnung sich ergebenden Frankenbetrages getilgt werde, indem er ihm diesen letzteren Betrag gutgeschrieben und für denselben quittiert hat. Es kam also im Ergebnis genau auf das Nämliche hinaus, wie wenn Hess diese Summe direkt in Frankenwährung einbezahlt haben würde, d. h. die Leistung des Hess deckt sich, nach der Parteimeinung, mit der von ihm aus dem Kaufvertrag geschuldeten, weil der Beklagte sie wissentlich als Vertragserfüllung angenommen hat. Damit steht im Einklang, dass er bei Entgegennahme der zweiten Zahlung von 6000 Mk. = 4500 Fr. den von Hess geschuldeten Kaufpreissaldo in Franken berechnet, und Hess diesen Saldo, im Betrag von 464 Fr. 30 Cts. auch tatsächlich in Franken ausbezahlt hat. In der Verfügung über die an Zahlungsstatt erhaltenen Mark war der Beklagte natürlich frei; er kann sich nicht darauf berufen, dass er sie auf seiner Kontokorrentrechnung bei der Vogtländischen Bank in Plauen stehen gelassen habe, denn er hat dadurch, dass er sich für die ver-

kaufte Ware in — zum Tageskurs in Franken umzurechnenden — Mark bezahlen liess, das Risiko für einen Kursverlust, welcher übrigens durch rechtzeitige Umwandlung in Franken hätte vermieden werden können, übernommen.

Da nach dem Gesagten als Leistung des Hess nicht der einbezahlte Markbetrag als solcher zu gelten hat, sondern der auf Grund der Umrechnung ermittelte und dem Hess gutgeschriebene Frankenbetrag, so hat der Beklagte der Pflicht zur Rückerstattung des «Geleisteten» im Sinne von Art. 109 OR durch Rückzahlung von 37,186 Mk. 30 Pf. an Hess nicht Genüge geleistet, sowenig als umgekehrt die Kläger, wenn inzwischen die Kaufkraft der Mark gestiegen wäre, gegenüber dem Beklagten auf Rückerstattung der von Hess einbezahlten Marksumme hätten Anspruch erheben können. Vielmehr ist der Beklagte gehalten, den Klägern den geforderten Frankenbetrag (welcher in quantitativer Hinsicht nicht angefochten worden ist) zu bezahlen, und denselben vom Datum der jeweiligen Einzahlungen des Hess an zu 5% zu verzinsen.

3. — Ist somit die Klage schon aus diesem Gesichtspunkt gutzuheissen, so entfällt die von der Vorinstanz untersuchte weitere Frage, ob den Klägern auf Grund von Art. 109 Abs. 2 OR ein Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens zustehe.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

1. Die Berufung des Beklagten wird abgewiesen.

2. Die Berufung der Kläger wird begründet erklärt und damit, in Abänderung des Urteils des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen vom 13. März 1923, der Beklagte verurteilt, an die Kläger 23,716 Fr. 15 Cts., nebst 5% Zins seit dem Datum der jeweiligen Einzahlungen des Hess an den Beklagten im Oktober und Dezember 1918 und Januar 1919, zu zahlen.

**40. Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. Juli 1923**

**i. S. Ph. Lutomirski & Cie. gegen Kanton Zürich.**

Art. 61 Abs. 2 OR : Voraussetzungen der Anwendung (Erw. 3).  
Haftung der Kantone für Bundesrechtswidrigkeit ihrer Gesetzgebung und Beamtenhaftpflicht der Kantone folgt nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Erw. 4).

Verjährung, Fristbeginn (Erw. 2).

Beamtenhaftpflicht des Kantons Zürich folgt nicht aus § 227 des zürcher. EG zum ZGB (Erw. 5).

A. — Die Verordnung des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 28. Juni/3. Juli 1918 über das Strafrecht und das Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen Kriegsverordnungen ermächtigt in § 11 die kantonale Polizeidirektion, Waren, mit welchen eine strafbare Übertretung begangen worden ist oder voraussichtlich begangen werden soll, unabhängig vom Strafverfahren zu beschlagnahmen und zu enteignen. Gemäss § 12 darf die Enteignung erst vollstreckt werden, wenn die Frist von zehn Tagen zur Beschwerde an den Regierungsrat abgelaufen oder die Beschwerde abgewiesen ist.

B. — In Anwendung dieser Vorschriften in Verbindung mit Art. 1 litt. c der Verordnung des Bundesrats vom 18. April 1916 gegen die Verteuerung von Nahrungsmitteln und andern unentbehrlichen Bedarfsgegenständen beschlagnahmte die kriegswirtschaftliche Polizeikontrolle des Kantons Zürich am 26. November 1918 11 Stücke (447 Meter) Wolltuch (serge), welche am 1. Oktober 1917 von der Firma Thomann, Arbenz & Cie. für 9 Fr. 50 Cts. per Meter bei der Wollweberei Gyr & Cie. in Frauenfeld gekauft und sodann sukzessive unter erheblichen Preiszuschlägen weiterverkauft worden waren : zunächst, und zwar noch vor der Lieferung, an Isidor Ullmann in Basel, dann durch Vermittlung des Kommissionärs L. Wertheimer in Basel an die Klägerin, Firma Ph. Lutomirski & Cie. in Zürich,