

eigenen Leistungen in umso helleres Licht zu rücken, wird leicht Mittel und Wege finden, zu diesem Ziele auch ohne ausdrückliche Nennung der Namen seiner Gegner zu gelangen. Es kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass der Nachweis eines Schadens in solchen Fällen meist nur sehr schwer und oft sogar überhaupt nicht zu erbringen ist. Das mag ja an sich richtig sein, doch ist dies kein Grund, um deshalb einen Ersatzanspruch zum vorneherein zu versagen, und insbesondere rechtfertigt dies nicht, den Betroffenen selbst des wirksamen Schutzanspruches auf Erlass eines bezüglichen Verbotes zu berauben. Das Bundesgericht hat daher schon unter der Herrschaft des alten OR, das noch keine besondere Bestimmung über den unlauteren Wettbewerb enthielt, dem Betroffenen auch in Fällen, wo dieser nicht persönlich angegriffen wurde, einen Klageanspruch wegen unlauteren Wettbewerbes implicite zuerkannt (BGE 19 S. 256; vgl. auch das Urteil der Cour de J. Civ. Genève vom 20. Januar 1906, zitiert in SJZ 2. Jahrgang S. 307). Seit Inkrafttreten des neuen OR kann angesichts der weiten Fassung des Art. 48 OR hierüber ohnehin kein Zweifel mehr bestehen (vgl. auch OSER, Kommentar zu Art. 48 OR II Aufl. II Note 4 S. 338/9; GERMANN, Vorarbeiten zur eidg. Gewerbegesetzgebung S. 88 ff., 109 f.; CHÉNEVARD, Traité de la concurrence déloyale Bd. I S. 18 ff., Bd. II S. 186 ff.). Diese Rechtsauffassung deckt sich denn auch mit den Rechtsordnungen der umliegenden Staaten, wo die Judikatur teils auf Grund allgemeiner Erwägungen, teils auf Grund ausdrücklicher bezüglicher Vorschriften zum selben Resultate gelangte (vgl. die Zitate bei GERMANN, a.a.O. S. 94 f.).

74. Urteil der I. Zivilabteilung vom 13. Dezember 1932
i. S. Looser gegen Estermann & Colnaghi.

Rechtsanwendung auf die Wirkungen eines Kaufvertrages. Bestimmung des Erfüllungsortes. OR Art. 74 Abs. 1 (Erw. 2). Anwendung eidgenössischen Rechtes an Stelle des anwendbaren ausländischen Rechtes durch das kantonale Gericht mangels Kenntnis des ausländischen und kraft einer Bestimmung des kantonalen Rechtes. Unzulässigkeit der Berufung. OG Art. 56 (Erw. 3).

A. — Vom März 1926 an bezog der Beklagte, William Looser, in Toronto (Canada), verschiedene grössere Mengen Kunstseide von der Klägerin, Estermann & Colnaghi in Basel, welche seit 1925 das Alleinverkaufsrecht der Produkte der « Borvisk » Kunstseidenwerk A.-G. in Steckborn für Canada besitzt. Im Juli 1926 erhob der Kläger mehrere Mängelrügen wegen Gewichts-differenzen, unrichtiger Spulung, zu kurzen Strangen, unrichtiger Färbung, mangelnder Fadenstärke und aus andern Gründen.

In der Folge gab der Beklagte neue Bestellungen bei der Klägerin auf, deren Ausführung dann unbeanstandet blieb. Hingegen hielt der Beklagte einen Teil des Kaufpreises der frühern Lieferungen mit Rücksicht auf die Fehlerhaftigkeit der Ware zurück. Darauf unterhandelten die Parteien unter Beizug der Fabrik über die Regelung der Angelegenheit. Die Klägerin schrieb dem Beklagten £ 200 gut. Ferner sandte der Beklagte 10 Kisten Kunstseide mit der Anweisung nach Steckborn zurück, sie seien zu veräussern und der Erlös sei der Klägerin auf Rechnung seiner Restschuld zuzuführen. Eine Einigung über diese Restforderung der Klägerin kam jedoch nicht zu stande. Die Klägerin nahm nun einen Arrest auf die retournierte Ware und erzielte bei der Verwertung, als der Beklagte einen Rechtsvorschlag unterlassen hatte, einen Erlös von 7740 Fr. 35 Cts. In der Folge erwirkte sie einen weitem Arrest auf die Liegenschaft des Beklagten in Flawil.

Diesmal schlug der Kläger Recht vor, und die Beklagte sah sich zur Klage genötigt.

B. — Das Rechtsbegehren geht auf Bezahlung von £ 1029.1.11 zum Kurs von 25 Fr. 38 Cts. = 26,079 Fr. 30 Cts. nebst 6 % Zins seit 23. März 1928.

C. — Nachdem das Bezirksgericht Untertoggenburg die Klage in der Höhe von 14,517 Fr 45 Cts. nebst 5 % Zins seit 15. Februar 1929 gutgeheissen, im Übrigen abgewiesen hatte, und nachdem beide Parteien die Appellation ergriffen hatten, ist das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen nach Fällung eines Beweisdekretes und Einholung einer weitem Expertise dazu gelangt, die Klage im Betrage von 18,377 Fr. 65 Cts. nebst 5 % Zins seit 15. Februar 1929 zu schützen, im Mehrbetrag aber abzulehnen.

Über die Rechtsanwendung hat die Vorinstanz folgende Erwägungen angestellt :

Der Streitfall sei nach dem Rechte zu entscheiden, das nach dem Willen der Parteien beim Abschluss des Rechtsgeschäftes das Rechtsverhältnis beherrschen sollte. Ein solcher Wille der Parteien fehle im vorliegenden Fall, sodass nach der ständigen Praxis auf das Recht des Erfüllungsortes abzustellen sei. Vertraglicher Erfüllungsort sei hier Toronto, und es komme daher grundsätzlich canadisches Recht zur Anwendung. Auf die Frage der Formrichtigkeit der erhobenen Mängelrügen sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ohnehin das Recht des Wohnsitzes des Käufers anwendbar. Nun habe sich der Beklagte allerdings auf canadisches Recht berufen, er habe aber dessen Inhalt nicht hinreichend nachgewiesen, und das Kantonsgericht habe deshalb gemäss Art. 109 der Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen als Ersatzrecht das schweizerische Recht anzuwenden. Übrigens werde sich erst im Verlaufe der weitem Beurteilung zeigen, ob und inwieweit Gesetzesrecht überhaupt heranzuziehen sei.

D. — Gegen dieses Erkenntnis hat der Beklagte rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an

das Bundesgericht erklärt und den Antrag gestellt, die Klage sei abzuweisen...

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — ...

2. — Die Wirkungen eines Kaufvertrages werden nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes durch das Recht beherrscht, welches die Parteien beim Abschluss in Aussicht genommen hatten oder dessen Anwendung sie in jenem Zeitpunkt doch vernünftiger- und billigerweise erwarten konnten und mussten (BGE 32 II S. 297, 34 II S. 648, 36 II S. 158, 40 II S. 481, 41 II S. 594, 43 II S. 329, 44 II S. 417, 56 II S. 41). Das letztere ist in der Regel das Recht des Erfüllungsortes, es wäre denn, dass gegenteilige Indizien eine andere Vermutung aufkommen liessen (BGE 34 II S. 648, 56 II S. 41). Da sich im vorliegenden Fall eine vom natürlichen Recht des Erfüllungsortes abweichende Auffassung der Parteien nirgends geäussert hat, gilt dieses als das von den Parteien in Aussicht genommene Recht, und es ist zu untersuchen, welches der Erfüllungsort sei.

Dabei ist mit dem Kantonsgericht anzunehmen, dass der Erfüllungsort gemäss OR Art. 74 Abs. 1 in erster Linie durch den Parteiwillen bestimmt wird. Der Parteiwille war im vorliegenden Fall zweifellos auf Erfüllung in Toronto, nicht auf Erfüllung in Basel gerichtet. Einmal wurde die Ware nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz gar nicht in Basel, sondern in Steckborn direkt durch die Fabrik versandt. Sodann aber konnte der Beklagte überhaupt erst in Toronto über sie verfügen. Die Pflicht der Klägerin, ihm Besitz und Eigentum daran zu verschaffen, wurde erst in Canada erfüllt. Auch der Umstand, dass die Gegenleistung des Beklagten allenfalls in Basel zu erfüllen war, ändert nichts daran, dass Toronto Erfüllungsort ist. Dazu kommt, dass nach dem Urteil des Bundesgerichtes vom 16. Januar 1930 i. S. S. A. des Anciens Etablissements Guggenheim, Floersheim & Cie.

c. Wormser & Bollag (BGE 56 II S. 47) auf die Frage der Formrichtigkeit der Mängelrüge beim Kauf überhaupt auf das Recht des Wohnsitzes des Käufers, hier also wiederum auf das canadische Recht abzustellen ist.

3. — Wenn die Vorinstanz nun trotz Anwendbarkeit ausländischen Rechtes schweizerisches Recht auf den Streitfall angewendet hat, so fragt es sich, ob das Bundesgericht auf die Berufung einzutreten habe, weil Art. 56 OG bestimmt, dass die Berufung zulässig sei in Zivilstreitigkeiten, welche von den kantonalen Gerichten unter Anwendung eidgenössischer Gesetze entschieden worden oder nach solchen Gesetzen zu entscheiden sind. Allein es liegt hier nicht der Fall vor, wo das kantonale Gericht zu Unrecht eidgenössisches Recht angewendet und das Bundesgericht deshalb auf die Berufung einzutreten und auf Rückweisung der Sache zur Anwendung des ausländischen Rechtes zu erkennen hat, sondern das Kantonsgericht hat nicht verkannt, dass ausländisches Recht anwendbar sei und es hat das schweizerische Recht nur als « Ersatzrecht » im Sinne des Art. 109 der st. gallischen Zivilprozessordnung angewendet.

Das Bundesgericht hat nun schon wiederholt ausgesprochen, dass eidgenössisches Recht, das durch die Kantone subsidiär angewendet wird, nicht als eidgenössisches Recht im Sinne des Art. 56 OG, sondern als kantonales Recht anzusehen sei (BGE 50 II S. 323, 55 II S. 210, 336). Dieser Satz ist analog anzuwenden, wenn die kantonale Instanz das eidgenössische Recht wie im vorliegenden Fall an Stelle des — nicht nachgewiesenen — ausländischen Rechtes angewendet hat, denn auch in diesem Fall ist das Bundesgericht nicht berufen, über die einheitliche Anwendung des Bundesrechtes in der ganzen Schweiz zu wachen (BGE 41 II 739). Die beiden Fälle liegen allerdings nicht ganz gleich, denn das an Stelle kantonalen Rechtes subsidiär angewendete Bundesrecht führt seine Geltung auf einen Staatsakt des Kantons zurück (vgl. BGE 55 II 335, wo ein Landsgemeindebeschluss des

Kantons Obwalden die subsidiäre Anwendbarkeit dekretiert hatte), während das als Ersatzrecht an Stelle ausländischen Rechtes in der Schweiz angewendete Bundesrecht nur kraft zivilprozessualer Bestimmungen der Kantone, nicht kraft eines Aktes des betreffenden ausländischen Staates Geltung beanspruchen kann, und es besteht denn auch eine materielle Verschiedenheit zwischen den beiden Fällen, indem die Kantone das Bundesrecht an Stelle ihres eigenen anwendbar erklären, wenn dem kantonalen Recht Bestimmungen über die betreffenden Rechtsverhältnisse fehlen, während das ausländische Recht vor dem Bundesrecht als Ersatzrecht zurückzutreten hat, nicht wenn es keine Bestimmungen enthält, sondern wenn sein Inhalt nicht bekannt ist. Diese Erwägung muss jedoch dazu führen, die Berufung in Fällen der Anwendung des Bundesrechtes als Ersatzrecht erst recht auszuschliessen. Art. 109 der ZPO des Kantons St. Gallen bestimmt, dass der st. gallische Richter einheimisches Recht von Amtes wegen anzuwenden habe, fremdes und Gewohnheitsrecht aber nur dann, wenn er entweder sichere Kenntnis von dessen Inhalt hat, oder wenn ihm dasselbe durch die Partei, welche sich darauf beruft, nachgewiesen wird. Diese Bestimmung lässt weniger gut als die entsprechende Vorschrift des § 100 der ZPO des Kantons Zürich erkennen, welche Bedeutung die Anwendung des schweizerischen Rechtes als Ersatzrecht eigentlich hat. § 100 der ZPO des Kantons Zürich bestimmt nämlich, dass der Richter, wenn fremdes Recht anwendbar ist, er von dessen Inhalt aber keine sichere Kenntnis hat, die Übereinstimmung mit dem hiesigen Recht annehmen darf, sofern nicht von einer Partei Abweichungen behauptet und nachgewiesen werden. Daraus geht eindeutig hervor, dass überhaupt nicht das schweizerische Recht an Stelle des ausländischen im eigentlichen Sinne angewendet wird, sondern dass lediglich Übereinstimmung des Inhaltes angenommen werden darf. Es bleibt also nicht nur bei der Anwendbarkeit des ausländischen Rechtes, sondern auch bei seiner wirklichen

Anwendung, wenn auch mit dem Inhalt des schweizerischen Rechtes. Dieser Sinn muss nun auch der Rechtsanwendung durch die Vorinstanz beigelegt werden, denn auch wenn der st. gallische Richter auf Grund des Art. 109 der ZPO des Kantons St. Gallen die Anwendung des anwendbaren ausländischen Rechtes zugunsten der Anwendung des schweizerischen Rechtes ablehnt, hat das nur die Bedeutung, dass er davon ausgeht, das ausländische Recht habe denselben Inhalt, wie das schweizerische (ebenso schon BGE 41 II S. 739).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

75. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 29 novembre 1932
dans la cause **Etat de Neuchâtel**
contre **Commune de Fleurier et Gaille**.

1. Art. 80 OJ. — Le recourant n'est point recevable à formuler devant le Tribunal fédéral des conclusions qu'il n'a pas présentées régulièrement, selon la procédure cantonale, devant le Tribunal cantonal.
2. Lorsque deux débiteurs sont recherchés en raison d'un seul et même acte dommageable, mais l'un en vertu de l'art. 41 et l'autre en vertu de l'art. 58 CO, l'un des défendeurs n'est pas recevable à demander au juge de condamner le codéfendeur ; il peut seulement demander au juge de statuer aussi sur le droit de recours des codébiteurs entre eux. Le Tribunal ne connaît pas d'office de cette question.

A. — Le 5 mai 1931, aux environs de midi, Paul Gaille a été victime d'un accident de motocyclette sur la route cantonale Fleurier-Buttes, sur le territoire de la commune de Fleurier. Un des nombreux trous (« pots ») de la chaussée avait fait perdre à Gaille la direction de sa machine et Gaille s'était jeté contre un arbre. Il succomba le lendemain.

Depuis le 1^{er} octobre 1907 jusqu'au 31 décembre 1930, la route, qui appartenait à l'Etat, avait été entretenue

par la commune de Fleurier en vertu d'une convention renfermant la clause suivante : « en cas de résiliation, les tronçons de route et leurs dépendances seront rendus en parfait état d'entretien ». A l'époque de l'accident, l'Etat et la commune étaient en discussion au sujet de l'interprétation et de l'application de cette clause.

B. — Le 8 juillet 1931, Adrien Gaille, père de la victime de l'accident, actionna l'Etat de Neuchâtel et la commune de Fleurier devant le Tribunal cantonal en paiement solidaire d'une indemnité de 20 000 fr. avec intérêts à 5 % dès le 5 mai 1931.

Les défendeurs ont conclu au rejet de la demande.

Par jugement du 6 juillet 1932, le Tribunal cantonal a admis la demande en tant que dirigée contre l'Etat de Neuchâtel et l'a rejetée en tant que dirigée contre la commune de Fleurier. En conséquence, il a condamné l'Etat à payer au demandeur la somme de 1000 fr. avec intérêts.

Contre ce jugement, le demandeur et l'Etat ont formé deux recours principaux. Le recours de l'Etat tend à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral :

« 1. Réformer le jugement du Tribunal cantonal neuchâtelois.

« 2. Dire que la Commune de Fleurier est responsable du dommage subi par Adrien Gaille, dans la mesure où ce dommage est la conséquence du mauvais état de la route et que la Commune de Fleurier doit supporter ce dommage en première ligne, l'Etat de Neuchâtel n'en étant tenu qu'en dernière ligne... »

Considérant en droit :

1. Aux termes de l'art. 80 OJ, il ne peut être présenté devant le Tribunal fédéral de « conclusions nouvelles », qui n'ont pas été formulées, régulièrement et en temps utiles, selon la procédure cantonale, devant les juges cantonaux.