

Umstände hinzugekommen sein, so war dieser zweite Zusammenstoss, unter dem Gesichtspunkte von Ernst Freys Verhalten betrachtet, doch nicht blosser Zufall. Dieses Verhalten, das den ersten Zusammenstoss zur Hauptsache ausgelöst hat, barg vielmehr auch die Gefahr des zweiten bereits wesentlich in sich. Denn es kommt erfahrungsgemäss häufig vor, dass bei Zusammenstössen eines der kollidierenden Fahrzeuge aus der bisherigen Fahrbahn heraus auf die andere Strassenseite geworfen wird, zumal wenn sie mit grosser Geschwindigkeit fahren und dann dementsprechend heftig zusammenprallen; infolgedessen muss, wenn gleichzeitig auf dieser oder jener Strassenseite noch ein drittes Fahrzeug mit ebenfalls übermässiger Geschwindigkeit im Anzug ist — was hier zutraf und dem Ernst Frey bekannt war — nach dem gewöhnlichen Lauf der Ereignisse mit einer weiteren Kollision gerechnet werden.

2. — Damit ist auch schon gesagt, dass Ernst Frey von allen drei Beteiligten das relativ grösste Verschulden am Tode seines Bruders trifft. Er hat durch seine übersetzte Geschwindigkeit, vor allem aber durch das äusserst vorschriftswidrige und gefährliche Linksfahren die grundlegende Ursache zur ersten und damit mittelbar auch zur zweiten Katastrophe gesetzt. Immerhin fällt in Betracht, dass der ursächliche Zusammenhang mit der zweiten ein lockerer war und die Möglichkeit dieses Zusammenstosses nicht in gleich eindringlicher Weise vorausgesehen zu werden brauchte wie die andere.

Dem Automobilisten und dem Bruder Gottlieb Frey ist andererseits ihre ebenfalls übersetzte Geschwindigkeit als Verschulden anzurechnen, dem letztern ausserdem der zu geringe Abstand vom vordern Motorrad, Umstände, welche die Unfälle begünstigt haben.

Bei der ziffernmässigen Abwägung der Schuld sind die Vorinstanzen zu verschiedenen Ergebnissen gelangt. Während das Bezirksgericht Ernst Frey mit 60 %, Gottlieb Frey und den Automobilisten mit je 20 % belastet hat,

schätzt das Obergericht die Schuld Ernst Freys auf 40 %, ohne sich dabei über die Verteilung der übrigen 60 % erschöpfend auszusprechen. Dem Bundesgericht erscheint die zweitinstanzliche Würdigung jedenfalls im Ergebnis für Ernst Frey als die zutreffende; sie trägt nicht nur dem Selbstverschulden Gottlieb Freys und dem Mitverschulden des Automobilisten, sondern auch der unglücklichen Verkettung der Umstände angemessen Rechnung.

### 69. Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. November 1934 i. S. Richter & Söhne gegen Schweiz. Bundesbahnen.

Internationales Eisenbahnfrachtrecht (IUeG).  
Zulässigkeit der Berufung (Art. 56, 57 OG).  
Auslegung eines bahnamtlichen Frachtrückerstat-  
tungsversprechens.  
Bedeutung der Begriffe « Fracht » und « Tarif ».

A. — Im Jahre 1923 erliessen die S.B.B. unter der Bezeichnung « E. A. No. 4/23 » eine Verfügung über die Gewährung von « Frachtrückvergütungen für Transporte von Gütern aller Art in vollen Wagenladungen, in Konkurrenz gegen ausländische Routen ». Diese Verfügung hat, soweit sie für den vorliegenden Streitfall von Bedeutung ist, den folgenden Wortlaut:

« Die schweiz. Bundesbahnen und die Lötschbergbahn werden für Güter aller Art in Wagenladungen von mindestens 5000 oder 10,000 kg oder dafür zahlend, die vom 1. Januar 1923 ab auf Grund der bestehenden Gütertarife entweder zwischen schweizerischen Stationen, oder von und nach dem Auslande, sowie im Transit durch die Schweiz befördert werden, die gegenüber den über andere Bahnwege erreichbaren Gesamtfrachten etwa entstehenden Mehrfrachten ... allgemein, d. h. ohne vorherige Vereinbarung, unter folgenden Bedingungen zurückerstatten: ... 2. Die benützten Routen müssen nach den bestehenden bahnsseitigen Abmachungen transportberechtigt sein und es müssen für die beteiligten schweiz. Bahnen auf diesen

Routen längere Strecken und höhere Taxanteile in Betracht kommen als auf den taxbildenden Wegen... Im Verkehr nach und von Italien findet eine Taxregulierung zwischen den schweizerisch-italienischen Grenzübergängen Chiasso, Pino und Iselle unter sich ... nicht statt...

8. Für Sendungen im Transit durch die Schweiz, die auf Grund dieser Verfügung Anspruch auf Taxgleichstellung mit ausländischen Wegen haben, und deren Ladung keine Veränderung erfährt, wird, zum Ausgleich für Kursverluste und sonstige mit dem Rückerstattungsgeschäft verbundene Unzukömmlichkeiten, der zu erstattende Betrag um 5 % der Differenz zwischen den via Schweiz erreichbaren und den über ausländische Wege zu erzielenden billigsten Gesamtfrachten erhöht... »

Die österreichischen Bundesbahnen erliessen als Anhangsposten 622 zu dem ab 1. Januar 1928, bezw. Anhangsposten 627 zu dem ab 1. Mai 1929 gültigen Gütertarif für die « Rückerstattung von Frachtunterschieden für Sendungen, die über Brennero-Kufstein oder Brennero-Lindau-Reutin befördert werden », die folgenden Bestimmungen :

« Die österreichischen Bundesbahnen werden für Güter aller Art in Wagenladungen bei Frachtzahlung für mindestens 5000 kg, die zwischen italienischen Bahnhöfen an und westlich der Linie Susegana-Venezia einerseits und deutschen oder über Deutschland hinaus gelegenen Bahnhöfen andererseits über Brennero-Kufstein oder Brennero-Lindau-Reutin oder umgekehrt befördert werden, unter folgenden Bedingungen jene Unterschiede rückvergüten, um welche die über Chiasso-Pino oder Iselle erreichbaren Frachten sich billiger stellen würden, als diejenigen, welche sich über Brennero-Kufstein oder Brennero-Lindau-Reutin ergeben :

... 8. Bei der Ermittlung der bezahlten und der auf dem Wettbewerbsweg erreichbaren Frachten... werden auch jene Rückvergütungen in Rechnung gestellt, die von anderen Verwaltungen im Sinne der Frachtübernahme-

kundmachungen (sog. Auslobungen) zu leisten sind, jedoch nur in Fällen, in denen die österreichischen Bundesbahnen an dem taxbildenden Weg nicht beteiligt sind. »

B. — Die Firma L. Richter & Söhne in Wien ist ein internationales Frachtenkontrollbureau, das sich u. a. auch mit der Geltendmachung von Frachtrückvergütungsansprüchen bei den Bahnverwaltungen befasst. Sie liess sich von einer Anzahl süd- und westdeutscher Firmen Frachtrückvergütungsansprüche im Gesamtbetrage von 6163 Fr. 40 Cts. abtreten, welche den betreffenden Firmen auf Grund der Verfügung E. A. 4/23 der S.B.B. angeblich zustehen aus Transporten von Südfrüchten, Eiern und Gemüsen, die mit direktem internationalem Frachtbrief nach dem italienisch-deutschen Gütertarif von italienischen Bahnstationen via Chiasso-Gotthard nach Deutschland befördert wurden. Die Firma L. Richter & Söhne machte diese Ansprüche in den Jahren 1929 und 1930 bei den S.B.B. erfolglos geltend.

C. — Mit Klage vom 6. Juli 1931 hat die Firma L. Richter & Söhne die S.B.B. auf Bezahlung von 6101 Fr. 20 Cts. nebst je 6 % Zins von 3179 Fr. 50 Cts. seit 1. Januar 1930, von 1931 Fr. 90 Cts. seit 1. Februar 1930 und von 989 Fr. 70 Cts. seit 27. Mai 1930 belangt. Im Laufe des Verfahrens hat die Klägerin ihre Forderung reduziert auf 4384 Fr. 80 Cts. nebst je 6 % Zins von 2729 Fr. 30 Cts. seit 1. Januar 1930, von 857 Fr. 70 Cts. seit 1. Februar 1930 und von 797 Fr. 80 Cts. seit 27. Mai 1930. Die Klage wird im wesentlichen damit begründet, dass die in Frage stehenden Transporte um den Streitbetrag billiger zu stehen gekommen wären, wenn sie, statt über Chiasso-Gotthard, über Brenner-Insbruck-Lindau-Reutin gegangen wären, und zwar infolge der von den österreichischen Bundesbahnen in den Anhangsposten 622/627 gemachten Rückerstattungsversprechen, laut welchen die Fracht grundsätzlich auf den Betrag ermässigt worden wäre, der beim Transport durch die Schweiz über Pino-Bellinzona hätte bezahlt werden müssen und der niedriger sei als die Fracht über Chiasso.

D. — Die Beklagten haben Abweisung der Klage beantragt. Sie anerkennen zwar die Gültigkeit der Abtretungen, sowie die rechnerische Richtigkeit der Klageforderung in ihrem reduzierten Ausmass; dagegen bestreiten sie allgemein die Anwendbarkeit der in den österreichischen Anhangsposten 622/627 enthaltenen Auslobungen für die Berechnung der über den ausländischen Bahnweg erreichbaren Gesamtfracht im Sinne der Verfügung E.A. 4/23.

E. — Der Appellationshof des Kantons Bern hat nach Einholung einer Expertise mit Urteil vom 15. Juni 1934 die Klage abgewiesen.

F. — Hiegegen hat die Klägerin rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und um den Schutz der Klage in dem vor der Vorinstanz aufrechterhaltenen Umfang ersucht.

G. — Die Beklagten haben beantragt, es sei auf die Berufung der Klägerin nicht einzutreten, da weder die österreichischen Anhangsposten 622/627, noch die Verfügung E.A. 4/23 als rein interner Verwaltungsakt sui generis, Bestimmungen des schweizerischen Bundeszivilrechtes seien und daher vom Bundesgericht nicht überprüft werden könnten; eventuell haben sie die Abweisung der Berufung und die Bestätigung des angefochtenen Entscheides beantragt.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — In erster Linie ist die von den Beklagten bestrittene Zulässigkeit der Berufung an das Bundesgericht zu prüfen. Nach Art. 56 OG ist die Berufung nur statthaft in Zivilrechtsstreitigkeiten, die von den kantonalen Gerichten unter Anwendung eidgenössischer Gesetze entschieden worden sind oder nach solchen hätten entschieden werden sollen, und nach Art. 57 OG kann eine Berufung nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung des kantonalen Gerichtes auf einer Verletzung von Bundesrecht beruhe. Es fragt sich nun, ob im Rahmen dieser Bestimmungen die Zuständigkeit des Bundesgerichtes für den vorliegenden Streitfall gegeben ist.

a) Das Rechtsverhältnis der Parteien gründet sich auf eine Anzahl von Eisenbahnfrachtverträgen über Sendungen, die mit durchgehendem Frachtbrief zur Beförderung aus Italien durch die Schweiz nach Deutschland aufgegeben wurden; für die Beurteilung der Frachtverträge gelangt daher im allgemeinen das Internationale Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 23. Oktober 1924 (IUeG) zur Anwendung (Art. 1 IUeG). Nun steht aber nicht unmittelbar eine Bestimmung des IUeG in Frage, sondern der Streit der Parteien dreht sich um die Auslegung der von den Beklagten erlassenen Verfügung E.A. 4/23 und zwar hauptsächlich um die Frage, ob bei der Berechnung der Gesamtfracht, die über den ausländischen Weg hätte bezahlt werden müssen, auch die in den österreichischen Anhangsposten 622/627 enthaltenen Frachtrück erstattungsversprechen zu berücksichtigen seien. Welches der Sinn und die Tragweite dieser österreichischen Bestimmungen sei, spielt hiebei primär keine Rolle, und deshalb gehen die Beklagten fehl, wenn sie die Zulässigkeit der Berufung bestreiten mit der Behauptung, es handle sich um eine Überprüfung österreichischen Rechtes, zu der das Bundesgericht nicht befugt sei. Ob die österreichischen Tarifbestimmungen herbeizuziehen seien oder nicht, ist zunächst lediglich eine Frage der Auslegung der von den S.B.B. erlassenen Verfügung und somit auf keinen Fall eine Auslegung ausländischen Rechtes.

b) Auf die von den Beklagten weiter aufgeworfene Frage der Rechtsnatur der Verfügung E.A. 4/23 als solcher, anhand deren sie dartun wollen, dass keine Zivilrechtsstreitigkeit nach eidgenössischem Recht vorliege, braucht nicht eingetreten zu werden; denn angesichts der in Absatz 1 der Verfügung enthaltenen Bestimmung, dass für die Anwendbarkeit der Verfügung eine vorgängige direkte Parteivereinbarung nicht erforderlich sei, kann kein Zweifel darüber bestehen, dass damit ihr Inhalt, bei Vorliegen der übrigen sachlichen Voraussetzungen, für die am Frachtvertrag beteiligten Parteien zum Vertragsrecht erhoben wurde; dies hat aber zur Folge, dass sie unter

diesem Gesichtspunkte, als Bestandteil eines Frachtvertrages, vom Bundesgericht als Berufungsinstanz überprüft werden kann, sofern der Frachtvertrag selbst dem Bundeszivilrecht angehört. Diese Voraussetzung ist gegeben: Die S.B.B. sind in den Beziehungen zu ihren Benützern kraft Gesetzes dem Privatrecht unterstellt (Ziffer 2 des Bundesgesetzes betr. die Organisation der Bundesbahnen von 1923, wie vorher schon Art. 12 des Bundesgesetzes über Erwerbung und Betrieb von Eisenbahnen usw. von 1897, im Anschluss an Art. 8 des Bundesgesetzes über Bau und Betrieb der Eisenbahnen usw. von 1872, sowie Art. 26 ff. des Transportgesetzes von 1893; FLEINER, Schweiz. Bundesstaatsrecht S. 492; GIACOMETTI, Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtseinstituten S. 39). Hieran vermag nichts zu ändern, dass die S.B.B. als Zweig der Bundesverwaltung eine öffentliche Anstalt sind, sowie, dass die moderne Doktrin, in Ausdehnung des Begriffs des öffentlich-rechtlichen Verhältnisses, die Beziehung der öffentlichen Anstalt zu ihren Benützern im allgemeinen als öffentlich-rechtlich bezeichnet, welcher Auffassung auch das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung zuneigt, wo es sich z. B. um Gemeinde-Elektrizitätswerke, Wasserwerke und dergl. handelt (GIACOMETTI, S. 38 ff.).

Dieser gesetzlichen Unterstellung des Eisenbahnfrachtvertrages unter das Privatrecht entsprechend ist daher auch der internationale Frachtvertrag auf Grund des alten IUEG von 1890 vom Bundesgericht schon in Band 27 I S. 195 f. ausdrücklich als Privatrechtsgeschäft bezeichnet worden, und in der Folge hat das Bundesgericht in Streitigkeiten aus dem IUEG das Erfordernis der **Z i v i l r e c h t s**streitigkeit stets ohne weiteres als gegeben betrachtet; an diesen Verhältnissen hat sich unter der Herrschaft des neuen IUEG von 1924 nichts geändert, so dass auch für dieses die gesetzliche Unterstellung unter das Privatrecht Geltung hat.

Dass schliesslich das IUEG Bundesrecht im Sinne von

Art. 56 OG ist, unterliegt keinem Zweifel, da es als Staatsvertrag auf einer eidgenössischen Rechtsquelle beruht, was für den Begriff des Bundesrechtes in diesem Zusammenhang massgebend ist (WEISS, Berufung S. 20 f.).

Die Zulässigkeit der Berufung ist somit entgegen der Auffassung der Beklagten gegeben.

2. — In der Sache selbst ist von der Feststellung der Vorinstanz auszugehen, dass die Frachtkosten über Brenner-Lindau-Reutin, wenn sie nach den normalen Tarifen berechnet werden, d. h. ohne Berücksichtigung der in den Anhangsposten 622/627 zugesicherten Vergünstigungen, höher sind als die Frachten über Chiasso-Gotthard; werden hingegen die österreichischen Frachtübernahme-Kundmachungen für die Berechnung der Fracht einbezogen, die über Brenner-Lindau-Reutin hätte ausgelegt werden müssen, so ergibt sich ein Betrag, der hinter den Transportkosten via Chiasso-Gotthard zurückbleibt. Dies ist die Folge davon, dass in der österreichischen Auslobung die Routen Pino-Bellinzona und Chiasso-Bellinzona gleich behandelt werden, während die Frachtkosten über die letztere, weil sie erheblich länger ist, immer grösser sind als über die erstere. Das Schicksal der Klage und Berufung hängt somit letzten Endes davon ab, ob die österreichischen Rückvergütungsversprechen bei der Berechnung der über den ausländischen Weg erreichbaren Gesamtfracht im Sinne der Verfügung E.A. 4/23 berücksichtigt werden dürfen, wie die Klägerin dies behauptet, oder ob dies nicht der Fall ist, wie die Vorinstanz im Anschluss an den Standpunkt der Beklagten entschieden hat.

3. — Die Vorinstanz hat die Frage offen gelassen, ob die Berücksichtigung der österreichischen Frachtübernahme-Kundmachungen sich nicht schon deshalb verbiete, weil an diese beim Erlass der Verfügung E. A. 4/23 noch gar nicht habe gedacht werden können und die Verfügung nur nach dem Sinn ausgelegt werden dürfe, den sie im Zeitpunkt ihres Erlasses haben konnte. Diese Frage ist zu verneinen. Wohl ist bei der Beurteilung der zum Ver-

trag führenden Willenserklärung einer Partei auf den Sinn abzustellen, den sie zur Zeit des Vertragsschlusses für ihren Empfänger haben musste; aber gerade aus diesem Grundsatz folgt für den vorliegenden Fall, dass es nicht auf den Sinn ankommen kann, den die Verfügung E. A. 4/23 zur Zeit ihres Erlasses haben konnte, sondern dass massgebend die Bedeutung sein muss, die die Absender ihr beim Abschluss der in Frage stehenden Frachtverträge beimessen konnten und durften. Erfuhr infolge veränderter Umstände auch der Sinn des streitigen Erlasses eine Änderung, so waren die Beklagten, wenn sie dessen ursprüngliche Tragweite beibehalten wissen wollten, nach Treu und Glauben verpflichtet, dies klar und deutlich durch eine entsprechende Ergänzung der Verfügung zum Ausdruck zu bringen. Dies darf mit umso grösserer Berechtigung festgestellt werden, als unbestritten ist, dass die Beklagten bei Transporten leichtverderblicher Lebensmittel über Chiasso, für die bei der Beförderung über Brenner-Kufstein auf Grund der österreichischen Auslobung grundsätzlich die Pinofracht gewährt worden wäre, « aus kommerziellen Gründen » die Taxgleichstellung mit der Pino-Route ebenfalls zugestanden; damit musste aber, selbst wenn im übrigen die Verfügung E. A. 4/23 nicht ohne weiteres so hätte aufgefasst werden können, der Eindruck entstehen, dass die Beklagten die österreichischen Frachtübernahmeverprechen bei der Berechnung der zum Vergleich heranzuziehenden Fracht über den ausländischen Weg ebenfalls berücksichtigen wollten.

Tatsächlich aber erfuhr der Sinn der Verfügung der Beklagten zufolge der österreichischen Auslobungen eine nachträgliche Veränderung, indem nach dem Wortlaut, wie nach dem Zweck der Verfügung auf eine Einbeziehung der Anhangsposten 622/627 geschlossen werden musste. Der Zweck des streitigen Erlasses bestand doch unbestrittenermassen darin, den Verkehr, der sonst wegen der niedrigeren Frachtkosten auf der ausländischen Route die Schweiz umfahren hätte, für eine möglichst lange Strecke über die Schweiz zu ziehen. Nachdem die österreichische

Bundesbahnen, um die Wirkung dieser Massnahme zu kompensieren, ihrerseits zum selben System übergegangen waren, und dabei natürlich, um überhaupt eine Wirkung zu erzielen, auch die ausländischen Rückvergütungsversprechen berücksichtigen mussten, so lag doch gewiss die Annahme nahe, dass die Beklagten es zur Erreichung des von ihnen verfolgten Zieles ebenso halten würden. Wieso das Vorgehen der österreichischen Bundesbahnen, wie die Beklagten dies durchblicken lassen, moralisch verwerflicher sein sollte, als dasjenige der Beklagten, die als erste auf dieses Mittel zur Verkehrssteigerung verfielen, ist nicht recht einzusehen.

Was sodann den Wortlaut anbelangt, so kann unter dem Ausdruck « über andere Bahnwege erreichbare Gesamtfracht », der in Gegensatz gestellt wird zu der beim Transport durch die Schweiz auf Grund der normalen Tarife sich ergebenden Fracht, doch wohl kaum etwas anderes verstanden werden, als der Betrag, der beim Transport über den ausländischen Bahnweg schliesslich hätte bezahlt werden müssen; dieser aber ergibt sich eben erst, wenn auch die Rückvergütungsversprechen ausländischer Bahnen für die Vergleichsstrecke mit berücksichtigt werden. (Vergl. Gutachten LOENING, Kant. Dossier, off. act. 14 S. 18 ff.)

4. — Die Vorinstanz hat in Anlehnung an das Gutachten Glauser demgegenüber allerdings die Auffassung vertreten, die Verwendung der Ausdrücke « Fracht », « Gesamtfracht » und « Taxe » in der streitigen Verfügung besage bereits, dass die Rückvergütungsversprechen nicht zu berücksichtigen seien, und deshalb habe es auch keiner Abänderung der Verfügung bedurft; denn die « Fracht » müsse nach den bestehenden « Tarifen » berechnet werden, und ein « Tarif » müsse nach den massgebenden Bestimmungen des IUeG « feste Frachtsätze » enthalten; da dies weder bei der Verfügung E. A. 4/23, noch bei den österreichischen Anhangsposten 622/627 der Fall sei, habe keiner der beiden Erlasse Tarifcharakter.

Selbst wenn diese Begriffsdefinition der Beklagten an

sich richtig sein sollten, so könnte es sich fragen, ob nicht trotzdem auf den Sinn abgestellt werden müsste, den der Wortlaut der Verfügung für den Benützer der Bahn hat, welcher nicht über besondere Kenntnisse des Tarifwesens verfügt und daher nicht in der Lage ist, diese spezielle, eingeschränkte Bedeutung der Begriffe « Tarif » und « Fracht » zu erkennen. Die Auffassung der Vorinstanz ist jedoch überhaupt unhaltbar, da sie von einer rechtlich nicht zutreffenden Auffassung des Tarifbegriffes ausgeht.

Art. 9 § 1 IUeG bestimmt, dass die Fracht und die Nebengebühren nach den in jedem Staat zu Recht bestehenden und gehörig veröffentlichten Tarifen berechnet werden und dass die Tarife alle zur Berechnung der Fracht und der Nebengebühren notwendigen Angaben enthalten müssen; nach § 2 müssen die Tarife alle besonderen Bedingungen für die verschiedenen Beförderungsarten enthalten und jedermann gegenüber in gleicher Weise angewendet werden. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass im Eisenbahnrecht der Begriff « Tarif » neben der allgemeinen Bedeutung eines « Preisverzeichnisses für einzelne Waren oder Leistungen » (MEYERS Lexikon, 7. Aufl. 1929, Band 11 S. 1307; BROCKHAUS, 6. Auflage 1923 Band IV S. 336) einen weiteren Sinn hat, nämlich den der Zusammenfassung aller Bedingungen, unter denen die Eisenbahn die Beförderung der Personen und Güter übernimmt, die Gesamtheit der Modalitäten, unter denen die Bahn diese Beförderung dem Publikum ankündigt (LOENING, Kommentar zum IUeG 1927, S. 208). Dass jede Tarifbestimmung aber feste Frachtsätze enthalten müsse, wie die Vorinstanz im Anschluss an das Gutachten Glauser annimmt, kann aus der Definition des IUeG keineswegs herausgelesen werden. Gegenteils zeigt gerade das Abstellen auf die Gesamtheit der Modalitäten, dass jede Bestimmung, auf Grund deren, sei es allein oder in Verbindung mit anderen Bestimmungen, die zu bezahlende Fracht berechnet werden kann, Tarifcharakter hat. Ergibt der Inhalt einer Bestimmung, dass sie nur Sinn und Zweck haben

kann im Zusammenhang mit einer andern, bestimmte Frachtsätze enthaltenden Vorschrift, und zwar in der Weise, dass sie eine Erhöhung oder Ermässigung jener normalen Ansätze bewirkt, so ist sie notwendig als Tarifbestimmung anzusehen. Dass nicht der Frachtsatz als solcher geändert, sondern nur dessen Anwendung beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen in irgendeiner Weise beeinflusst wird, macht keinen Unterschied aus.

Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall lässt nun keinen Zweifel darüber bestehen, dass sowohl die Verfügung E. A. 4/23, als auch die österreichischen Anhangsposten 622/627 Tarifbestimmungen sind: Die zu bezahlende Fracht lässt sich aus der Gegenüberstellung der über zwei verschiedene Bahnwege sich ergebenden Frachten ohne weiteres errechnen.

Die Zulässigkeit einer solchen, unter gewissen Voraussetzungen ein Abweichen vom Normaltarif vorsehenden Vorschrift steht ausser Zweifel, da Art. 10 IUeG zwar jede Sonderermässigung gegenüber einzelnen Absendern verbietet, dagegen ausdrücklich Tarifiermässigungen erlaubt, welche gehörig veröffentlicht sind und unter Erfüllung der gleichen Bedingungen jedermann in gleicher Weise zu Gute kommen. Als eine derartige Tarifiermässigung erscheint aber zweifellos die streitige Verfügung der Beklagten. Wieso jedoch die Vorinstanz aus der Gegenüberstellung der Begriffe « Tarif » in Art. 9 IUeG einerseits und « Tarifiermässigung » in Art. 10 andererseits ableiten kann, dass die beiden Begriffe, und damit auch diejenigen von Fracht und Frachtermässigung, einander koordiniert und nicht subordiniert seien, und wieso sich hieraus die Unzulässigkeit der Einbeziehung der Rückerstattungsversprechen bei der Berechnung der erreichbaren Gesamtfracht ergeben soll, ist völlig unverständlich. Aus Wortlaut, Sinn und Zweck der Bestimmung ergibt sich unzweifelhaft das Gegenteil, dass nämlich der Begriff der Tarifiermässigung demjenigen des Tarifs subordiniert ist.

5. — Die Vorinstanz sucht die von ihr vertretene Auf-

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. Anzug 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 Vergleich an bestimmte Formvorschriften knüpfe, schuldig geblieben. Allerdings müssten nach Art. 1325 des Code civil Urkunden über synallagmatische Verträge in entsprechender Form und Anzahl ausgestellt