Urteilskopf

102 II 270

40. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Juni 1976 i.S. Zarzycka gegen Kirch.
Regeste (de):
Rückgriff des Checkinhabers.

1. Art. 1141 Ziff. 9 und 1143 Abs. 1 Ziff. 21 OR. Auf den Protest anwendbares Recht, wenn der Check in Frankreich ausgestellt wird und in der Schweiz zahlbar ist (Erw. 1a).

2. Art. 1128 Ziff. 2 und 1129 OR. Die Erklärung des Bezogenen, dass er die Zahlung verweigere, muss innert der dafür vorgesehenen Frist auf dem Check selber abgegeben werden. Missbräuchliche Berufung auf Formvorschriften, Schadenersatz (Erw. 1b-d)?

3. Art. 1052 Abs. 1, 1093, 1140 und 1142 OR. Der Bereicherungsanspruch gegen den Checkaussteller richtet sich nach dem Recht des Ausstellungsortes; Bedeutung der Gesetzesmaterialien (Erw. 2).

4. Art. 8-10 ZGB. Anwendung von Beweisvorschriften des französischen Rechts, weil das dem Check zugrunde liegende Darlehensverhältnis diesem Recht untersteht (Erw. 3)?

Regeste (fr):
Recours du porteur de chèque.

1. Art. 1141 ch. 9 et 1143 al. 1 ch. 21 CO. Droit applicable au protêt, lorsqu'un chèque émis en France est payable en Suisse (consid. 1a).

2. Art 1128 ch. 2 et 1129 CO. La déclaration du tiré selon laquelle il refuse de payer doit être apportée sur le chèque lui-même dans le délai prévu pour cela. Moyen tiré abusivement de l'inobservation des formes prescrites, dommages-intérêts (consid. 1b à d)?

3. Art. 1052 al. 1, 1093, 1140 et 1142 CO. L'action en enrichissement illégitime contre le tireur est exercée conformément au droit du pays d'émission; portée des travaux préparatoires (consid. 2).

4. Art. 8 à 10 CC. Application des dispositions du droit français sur la preuve, parce que le contrat de prêt qui est à l'origine du chèque est soumis à ce droit (consid. 3)?

Regesto (it):
Regresso del portatore di un assegno bancario.

1. Art. 1141 n. 9 CO e 1143 cpv. 1 n. 21 CO. Diritto applicabile al protesto quando un assegno bancario emesso in Francia è pagabile in Svizzera (consid. 1a).

2. Art. 1128 n. 2 e 1129 CO. La dichiarazione del trattario che rifiuta il pagamento deve essere scritta sull'assegno bancario stesso entro il termine previsto per il pagamento. Ricorso abusivo a prescrizioni di forma, risarcimento del danno (consid. 1b-d)?

3. Art. 1052 cpv. 1, 1093, 1140 e 1142 CO. L'azione di indebito arricchimento contro il traente si esercita secondo il diritto del paese di emissione; portata dei lavori preparatori (consid. 2).

4. Art. 8-10 CC. Applicazione di disposizioni del diritto francese sulla prova in quanto il contratto di pres-

tito che è all'origine dell'assegno bancario è sottoposto a questo diritto (consid. 3)?

Sachverhalt ab Seite 271

BGE 102 II 270 S. 271

A.- Die Bank Crédit Lyonnais liess am 22. März 1967 der Schweizerischen Kreditanstalt in Zürich einen Check über SFr. 150'000.– zur Zahlung vorlegen. Der Check war nach seinem Text von Ettinger, der in Berlin wohnte, am 2. März 1967 in Paris zugunsten der Frau Zarzycka ausgestellt worden. Da der Check nicht eingelöst wurde, erwirkte Frau Zarzycka am 26. April 1967 für die Summe von Fr. 150'000.– nebst 6% Zins seit dem 2. März 1967 und Protestkosten

BGE 102 II 270 S. 272

gestützt auf Art. 271 Ziff. 4 SchKG einen Arrest auf Guthaben Ettingers bei der Schweizerischen Kreditanstalt. Der Arrest wurde am 8. Mai 1967 vollzogen. Frau Zarzycka liess daraufhin Ettinger betreiben und als der Betriebene Rechtsvorschlag erhob, stellte sie das Begehren um provisorische Rechtsöffnung, das am 11. Juli 1968 abgewiesen wurde.

B.- Ettinger starb am 16. September 1967 und hinterliess die in Berlin wohnhafte Frau Kirch als Erbin. Gegen diese klagte Frau Zarzycka im Juli 1968 auf Zahlung von Fr. 150'000.– nebst 6% Zins seit 2. März 1967 und Fr. 201.90 Kosten. Die Klägerin beantragte ferner, ihr für die eingeklagten Forderungen in der Betreibung Nr. 2242 des Betreibungsamtes Zürich 1 die definitive Rechtsöffnung zu erteilen. Das Bezirksgericht Zürich hiess die Klage im Betrage von Fr. 150'114.90 gut. Auf Appellation der Beklagten wies das Obergericht des Kantons Zürich sie dagegen durch Urteil vom 19. Dezember 1975 ab. Die Klägerin führte gegen dieses Urteil kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, die vom Kassationsgericht des Kantons Zürich am 5. April 1976 mit Bezug auf die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gutgeheissen, im übrigen aber abgewiesen wurde.

C.- Die Klägerin hat gegen das Urteil des Obergerichts auch Berufung eingelegt. Sie beantragt, es aufzuheben und die Klage gutzuheissen. Die Beklagte stellt keinen Antrag, schliesst sinngemäss aber auf Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Obergericht nimmt an, die Klägerin habe ihr Regressrecht aus dem Check verwirkt, da dieser keinen Vermerk über die Nichteinlösung aufweise. a) Die Vorinstanz wendet dabei schweizerisches Recht an, weil die Notwendigkeit, die Form und die Fristen des Protestes sich nach dem Recht des Landes bestimmten, in dem der Protest zu erheben oder die Erklärung über die Verweigerung der Zahlung abzugeben sei (Art. 1141 Ziff. 9, Art. 1143 Abs. 1 Ziff. 21 in Verbindung mit Art. 1088 OR). Vorliegend habe die Berechtigte den Check in Zürich zur Zahlung vorlegen müssen, weshalb schweizerisches Recht anwendbar sei.

Die Klägerin bringt hiegegen mit Recht nichts vor. Die im Check enthaltene Sichtanweisung lautete auf eine schweizerische Bank, welche die für das Rechtsverhältnis charakteristische Leistung zu erbringen hatte. Massgebend für die Frage, welche Vorschriften bei der Feststellung der Zahlungsverweigerung zu beachten waren, ist daher das am Sitz dieser Bank geltende Recht (BGE 99 II 317, 100 II 20 und 205 Erw. 2). b) Die Frist zur Vorlegung des Checks, der am 2. März 1967 in Paris ausgestellt worden und in der Schweiz zahlbar war, lief am 22. März 1967 ab (Art. 1116 Abs. 2 OR). Da die Klägerin ihn erst am letzten Tag vorlegen liess, musste spätestens am 23. März Protest erhoben oder die Erklärung der Bezogenen, dass sie die Zahlung verweigere, schriftlich festgestellt werden (Art. 1128 und 1129 Abs. 2 OR). Das Obergericht ist der Auffassung, der Vermerk der Kreditanstalt vom 26. April 1967 auf einem Anhang des Checks (Allonge), wonach der Titel "am 22. März 1967 zur Zahlung vorgelegt und nicht bezahlt" wurde, sei verspätet und das auf dem Check angebrachte Datum "22. März 1967" könne nicht als Feststellung gelten, dass die Einlösung verweigert worden sei. Die Klägerin bestreitet dies nicht. Sie macht unter Hinweis auf Vorbringen im kantonalen Verfahren bloss geltend, die Bezogene habe die Weigerung auf einer Allonge vermerkt, die dem Check beigeheftet worden, aber verloren gegangen sei; ein solcher Vermerk habe den gesetzlichen Erfordernissen genügt. Damit wendet die Klägerin sich gegen die Annahme des Obergerichtes, die Erklärung über die Nichteinlösung müsse auf dem Check selber abgegeben werden. Die Vorinstanz führt dazu insbesondere aus, der Wortlaut des Art. 1128 Ziff. 2 OR sei klar und lasse keinen Vermerk ausserhalb des Checks zu, auch nicht auf einer Allonge. Dadurch unterscheide die Bestimmung sich von der Vorschrift über die Indossamentserklärung, die gemäss Art. 1003 Abs. 1 OR auch auf ein mit dem Wechsel verbundenes Blatt (Anhang, Allonge) gesetzt werden dürfe. Einige Autoren, namentlich ZIMMERMANN (Kommentar des Schweiz. Checkrechts, N. 46 zu Art. 1128 OR), befürworteten zwar eine analoge Anwendung von Art. 1003 im Checkrecht, womit unterstellt werde, dass eine echte oder unechte Gesetzeslücke vorliege. Die Allonge sei in Art. 1128 jedoch nicht aus Versehen, sondern mit Absicht

nicht erwähnt worden. Das erhelle daraus, dass das Gesetz im ganzen Check- und Wechselrecht die Erklärungen, die auf dem Titel stehen müssen, und solche, die auf ein damit verbundenes Blatt gesetzt werden dürfen, klar auseinanderhalte, die Allonge aber nicht als Teil des Wertpapieres betrachte. Dass es beim Wechsel für das Indossament eine Ausnahme mache, habe einen guten Grund, denn die Reihe der Indossanten könne so lang werden, dass die Urkunde dafür nicht mehr Raum biete. Die Erklärung über die Nichteinlösung des Checks werde dagegen nur einmal abgegeben und finde in der Regel auf dem Papier selber Platz. Wo das ausnahmsweise nicht zutreffe, könne sie durch öffentliche Urkunde oder von einer Abrechnungsstelle festgestellt werden (Art. 1128 Ziff. 1 und 3 OR). Ihre Feststellung auf dem Check sei zudem von ungleich grösserer Bedeutung als beim Indossament, da sie den Verlust des Rückgriffsrechtes zur Folge habe und nicht nachgeholt werden dürfe. Was die Klägerin dagegen vorbringt, ist nicht stichhaltig. Das gilt vorweg von ihrem Hinweis auf die Ansicht ZIMMERMANNS (a.a.O.), die im Gesetz keine Stütze findet. Die Auffassung des Obergerichtes hingegen deckt sich mit dem klaren Wortlaut des Art. 1128 Ziff. 2 und kann schon deshalb nicht als übertrieben formalistisch bezeichnet werden. Ebensowenig lässt sich aus den von der Vorinstanz angeführten Gründen sagen, die Verwendung der Allonge für den Nichteinlösungsvermerk des Bezogenen entspreche im Checkrecht einem praktischen Bedürfnis und dränge sich auf. Art. 1003 Abs. 1 enthält zudem, wie das Obergericht mit Recht bemerkt, eine Ausnahme, die ausdrücklich auf das Indossament beschränkt ist; das steht nicht nur einer extensiven Auslegung, sondern auch einer analogen Anwendung der Bestimmung auf die Feststellung, dass die Zahlung eines Checks verweigert wird, entgegen. Die Behauptung der Klägerin sodann, dass die Formvorschrift des Art. 1037 Abs. 1 OR im Checkrecht "nicht etwa speziell" wiederholt werde und die Art. 1128

und 1129 sich diesbezüglich nicht unterschieden, geht nicht nur am Wortlaut und Zweck des Gesetzes, sondern auch an der Begründung des angefochtenen Urteils vorbei. Die Art. 1128 und 1129 sehen nicht zwei Formen des Protestes vor, wie die Klägerin annimmt. Die erste Bestimmung nennt vielmehr als Voraussetzung

des Rückgriffsrechtes drei Möglichkeiten, die Verweigerung der Zahlung festzustellen, während die zweite bloss die Fristen angibt. Gewiss kann im Wechselrecht wie im Checkrecht durch öffentliche Urkunde Protest erhoben werden. Die Formvorschrift des Art. 1037 Abs. 1 bezieht sich aber nur auf den öffentlichen Protest, weil im Wechselrecht der private bewusst ausgeschlossen worden ist (vgl. GERBER, Der Protest im schweiz. Wechsel- und Checkrecht, Diss. Bern 1944, S. 3/4, 12/13, 87 und 101 ff.). Die private Erklärung des Bezogenen beim Check ist aber auf dem Titel anzubringen, der öffentliche Protest beim Wechsel dagegen auf ein besonderes Blatt zu setzen. Die Art. 1037 Abs. 1 und 1128 Ziff. 2 lassen darüber keinen Zweifel aufkommen, noch erlauben sie die Annahme, der Richter dürfe die erste Norm anstelle der zweiten anwenden. Der Einwand schliesslich, die Auffassung des Obergerichts widerspreche dem Verhalten aller schweizerischen Banken, ist tatsächlicher Natur (BGE 72 II 267, BGE 86 II 257 mit Hinweisen), aber neu und daher nicht zu hören (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG). Dem angefochtenen Urteil ist dafür jedenfalls nichts zu entnehmen, und die Klägerin behauptet nicht, dies sei auf eine Verletzung von Art. 8 ZGB zurückzuführen. Gegen die eindeutige gesetzliche Regelung wäre mit einer davon abweichenden Übung der Banken ohnehin nicht aufzukommen. c) Die Klägerin hält die Einrede der Beklagten, es fehle an einer formgerechten Erklärung der Bezogenen auf dem Check, jedenfalls für missbräuchlich. Damit hat sich bereits das Bezirksgericht, auf dessen Erwägungen das Obergericht verweist, eingehend auseinandergesetzt. Diesen Erwägungen ist lediglich beizufügen, dass die Weisung Ettingers an die Bank nur Aufträge mit doppelter Unterschrift auszuführen, die Bezogene offenbar veranlasste, die Zahlung zu verweigern. Der Verlust des Rückgriffsrechtes durch die Klägerin ist jedoch nicht auf die Weisung, sondern allein darauf zurückzuführen, dass die Weigerung innert gesetzter Frist weder durch Erklärung der Bank auf dem Check noch durch öffentliche Urkunde festgestellt worden ist. d) Die Klägerin wollte die Beklagte im kantonalen Verfahren auch aus Art. 41 und 50 OR haftbar machen. Die Vorinstanz erblickte darin eine unzulässige Klageänderung. Das Kassationsgericht hielt diese Auffassung für unzutreffend,

fand jedoch, sie ändere am Ergebnis nichts, da von einem Schadenersatzanspruch der Klägerin nicht die Rede sein könne. Damit ersetzte es die prozessrechtliche Begründung des Obergerichtes durch eine bundesrechtliche, die überprüfbar ist, aber das Gesetz nicht verletzt. Entscheidend ist allein, dass der Check keine Erklärung über die Nichteinlösung aufweist, was indes nicht eine Folge der Weisungen Ettingers ist und daher auch nicht der Beklagten als dessen Rechtsnachfolgerin entgegengehalten werden darf. Das Gesetz verpflichtet den Bezogenen übrigens nicht, die Verweigerung der Zahlung auf dem Check festzuhalten. Wenn der Bezogene diese Form nicht beachtet, ist es vielmehr Sache des Checkinhabers, zur Wahrung des Rückgriffsrechtes den öffentlichen Protest vorzunehmen.

2. Die Klägerin hat gegen die Beklagte auch einen checkrechtlichen Bereicherungsanspruch erhoben, der nach Ansicht der Vorinstanz dem Recht am Wohnort Ettingers und dessen Erbin, d.h. der deutschen Rechtsordnung unterliegt. Das Obergericht geht aus von Art. 1142 OR und nimmt mit ZIMMERMANN (N. 3c zu Art. 1142) an, der Aussteller sei aus Versehen in dieser Bestimmung nicht, sondern nur in Art. 1052 OR erwähnt. SCHÖNENBERGER/JÄGGI (Allg. Einleitung N. 344 und 348) scheinen für Bereicherungsansprüche aus Wechsel- und

Checkrecht ebenfalls das Wohnsitzprinzip gelten zu lassen. Nach GUHL/MERZ/KUMMER (OR S. 830) ist beim Check eine besondere Bereicherungsklage gegen den Aussteller, den Bezogenen oder den Domiziliaten möglich. Diese Autoren verweisen auf Art. 1142 und 1143 Abs. 1 Ziff. 14 OR, zugleich aber auf ihre Ausführungen zum Wechselrecht (S. 817), wo vom Aussteller indes nicht die Rede ist; die Anwendbarkeit des Wohnsitzrechts gemäss der in Art. 1093 OR enthaltenen Kollisionsnorm wird dort beschränkt auf den Bereicherungsanspruch gegen den Bezogenen, den Domiziliaten und die Person oder Firma, für deren Rechnung der Wechsel gezogen worden ist. Der vom Obergericht übernommenen Auffassung ZIMMERMANNS ist entgegenzuhalten, dass Art. 1052 Abs. 1 OR einen Bereicherungsanspruch gegen den Aussteller des Wechsels vorsieht, aber nicht sagt, welchem Recht der Anspruch unterliegt. Die Annahme sodann, der Aussteller sei in Art. 1142 wie in Art. 1093 OR übersehen worden, deckt sich nicht mit den

BGE 102 II 270 S. 277

Gesetzesmaterialien. Der Entwurf von 1928 für die Revision des OR ordnete in Art. 1031 die Bereicherungsansprüche aus dem Wechselrecht nahezu gleich wie der geltende Art. 1052 OR. Die Ansprüche konnten erhoben werden gegen den Aussteller und den Annehmer des Wechsels (Abs. 1), ferner gegen den Bezogenen, den Domiziliaten, die Person oder Firma, für deren Rechnung der Wechsel gezogen wurde, sowie gegen die Zahlstelle (Abs. 2), nicht aber gegen den Indossanten (Abs. 3). Inhalt und Wirkungen der Wechselerklärung unterstanden im allgemeinen dem Gesetz des Staates, in dem die Erklärung unterschrieben wurde (Art. 1068). Für den Bereicherungsanspruch gegen den Bezogenen, den Domiziliaten, die Zahlstelle und die Person oder Firma, für deren Rechnung der Wechsel gezogen wurde, sollte das Recht am Wohnsitz des Belangten anwendbar sein (Art. 1070). Diese Ordnung entspricht im wesentlichen den geltenden Art. 1090 Abs. 2 und 1093 OR. Sie wurde in der Botschaft vom 21. Februar 1928 dahin erläutert, dass der in Art. 1031 Abs. 2 vorgesehene Bereicherungsanspruch sich nach dem Wohnsitzrecht der Beklagten bestimme (Art. 1070), während für den wechselmässigen Bereicherungsanspruch gegen Annehmer und Aussteller nach Art. 1068 das Recht am Ort der Annahme bzw. der Ausstellung massgebend sei (BBl 1928 I 338). Für Bereicherungsansprüche aus dem Checkrecht und das dabei anwendbare Recht sah der Entwurf in den besonderen Bestimmungen (Art. 1076 bis 1089) nichts Abweichendes vor, weshalb gemäss Art. 1090 die Vorschriften über den gezogenen Wechsel auch für den Check galten (BBl 1928 I 343). Mit einer Nachtragsbotschaft vom 12. Februar 1932 zur Revision des OR unterbreitete der Bundesrat den eidgenössischen Räten einen weiteren Entwurf, in dem die Abschnitte über den Wechsel und den Check den Genfer Abkommen von 1930/31 angepasst waren (BBl 1932 I 217 ff.). Die Bereicherungsansprüche aus Wechselrecht gemäss dem früheren Entwurf wurden unverändert beibehalten (Art. 1032), ebenso die Vorschriften über das anwendbare Recht (Art. 1070 Abs. 2 und 1073); diese wurden lediglich dahin ergänzt, dass das Recht des Zahlungsortes die Wirkungen bestimmen sollte, welche den Verpflichtungserklärungen des Annehmers eines gezogenen Wechsels und des Ausstellers eines Eigenwechsels zukommen (Art. 1070 Abs. 1). Beim Check wurden anstelle

BGE 102 II 270 S. 278

einer blossen Verweisung analoge Vorschriften über die Bereicherungsansprüche und das anwendbare Recht eingefügt (Art. 1138, 1166 und 1168). Die Botschaft erklärt dazu, dass diese Ansprüche in den Genfer Abkommen fehlten, aber gestützt auf die darin den Vertragsstaaten eingeräumte Befugnis in den Entwurf aufgenommen worden seien (BBl 1932 I 221 und 223). Die parlamentarischen Beratungen haben daran, wie der Vergleich mit den geltenden Normen zeigt, nichts Wesentliches geändert; es wurde lediglich Art. 1138 wieder durch eine Verweisung auf die Vorschrift des Wechselrechtes ersetzt und der Bereicherungsanspruch gegen die Zahlstelle

in den Bestimmungen über das anwendbare Recht gestrichen. Aus der Entstehungsgeschichte geht somit klar hervor, dass der Gesetzgeber den Bereicherungsanspruch gegen den Aussteller des Checks weder der Kollisionsnorm des Art. 1142 unterstellen wollte noch den Sitz des Bezogenen als Anknüpfungspunkt betrachtete, sondern dass nach Art. 1140 OR das Recht des Ausstellungsortes massgebend ist (so auch SCHNITZER, Handbuch des Internationalen Handels-, Wechsel- und Checkrechtes, S. 439/40 in Verbindung mit S. 409/12). Da Ettinger den Check in Paris ausgestellt hat, wäre der Bereicherungsanspruch der Klägerin somit entgegen der Annahme des Obergerichtes nicht nach deutschem, sondern nach französischem Recht zu beurteilen. Schweizerisches Recht scheidet also aus, und wie es sich nach ausländischem verhält, hat das Bundesgericht in Fällen, wie hier, auf Berufung hin nicht zu prüfen (BGE 101 II 170 Erw. 3 mit Hinweisen).

3. Die Klägerin leitet ihre Forderung ferner aus einem Darlehensverhältnis ab, das dem Check zugrunde liege. In diesem Punkte wendet die Vorinstanz französisches Recht an, was nicht zu beanstanden ist. Nach den Akten, auf die das Obergericht gemäss Auffassung des Kassationsgerichtes abstellen durfte, hat die Klägerin sich seit September 1939 mit der Absicht dauernden Verbleibens in Frankreich aufgehalten. Hatte sie als Darlehensgeberin aber dort Wohnsitz, so ist für das zivilrechtliche Grundverhältnis das französische Recht massgebend (SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Allg. Einleitung N. 280). Die Klägerin versucht dies in der Berufung nicht zu widerlegen, wirft dem Obergericht aber vor, insbesondere von Art. 8 ZGB abweichende Beweisregeln des französischen Rechts angewendet zu haben.

BGE 102 II 270 S. 279

Das Obergericht verwehrte der Klägerin vorweg gestützt auf Art. 1341 CC den Zeugenbeweis, weil ein Vertrag mit einem Wert über FF. 50.– durch schriftliche Urkunde bewiesen werden müsse, die hier fehle. Grundsätzlich richte der Beweis sich zwar nach dem Verfahrensrecht am Ort der Prozessführung. Im vorliegenden Fall müsse die Beweisregel des französischen Rechts jedoch beachtet werden, weil sie sich praktisch wie eine Formvorschrift des materiellen Rechts auswirke: Die Parteien müssten die für den Vertrag vorgesehene Schriftform, die sich nach dem Recht des Abschlussortes bestimme, einhalten, um sich auf das Rechtsgeschäft berufen zu können. Nach Art. 1347 CC sei der Zeugenbeweis ausnahmsweise zwar zulässig, wenn der Beginn eines Urkundenbeweises vorliege und der Beweispflichtige dies geltend mache. Hier müsste der Zeugenbeweis jedoch so oder anders verweigert werden, weil einzig der Check als Urkunde in Betracht käme, die der Vorschrift des Art. 1347 nicht genüge. Die Klägerin versucht diese Gründe nicht im einzelnen zu widerlegen. Sie begnügt sich vielmehr mit Ausführungen darüber, dass die von der Vorinstanz angewandten Bestimmungen des französischen Rechts den Art. 8-10 ZGB widersprächen. Art. 8 ZGB ordnet indes bloss die Beweislast für rechtserhebliche Tatsachen, sagt aber nicht, wie und mit welchen Mitteln Beweis zu führen und wie dieser zu würdigen ist (BGE 95 II 452, BGE 98 II 79 und 330; KUMMER, N. 8 zu Art. 8 ZGB); dies bestimmt sich nach kantonalem Verfahrensrecht und wenn ausländisches anwendbar ist, nach diesem. Art. 10 ZGB sodann, der an sich eine Schranke zur Streitfrage enthält, greift nicht ein, wenn ein Rechtsverhältnis dem ausländischen Recht untersteht. Die Frage, ob diesfalls auch die Beweisformen des ausländischen Rechts massgebend sind, ist freilich umstritten (KUMMER, N. 15 zu Art. 10 ZGB mit Hinweisen); sicher ist aber, dass sie nicht allgemein, sondern nur nach der im Einzelfall in Betracht kommenden Norm entschieden werden kann. Art. 1341 CC bestimmt insbesondere, dass über alle Gegenstände, die den Betrag oder den Wert von FF. 50.– überschreiten, eine notarielle oder private Urkunde aufgenommen werden muss; ein Zeugenbeweis gegen den Inhalt der Urkunde oder über diesen hinaus wird nicht zugelassen, auch nicht über das, was angeblich vor, bei oder nach Aufnahme

BGE 102 II 270 S. 280

der Urkunde besprochen worden ist (Abs. 1). Die Bestimmung geht zudem den Vorschriften des Handelsrechts vor (Abs. 2). Sie wird verschieden ausgelegt. Die Auffassung des Obergerichts, das in Art. 1341 CC eine Norm des materiellen Rechts erblickt und die Vorschrift deshalb für zwingend hält, wird von mehreren Autoren geteilt (vgl. insbes. GULDENER, Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, S. 27; BECKER, Vorbemerkungen zu Art. 11-16 OR N. 4; VISCHER, Internationale Vertragsrecht, S. 157/8), während andere sich auf den gegenteiligen Standpunkt stellen (SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Allg. Einleitung N. 180; SCHNITZER, Handbuch des internationalen Privatrechts II, 4. Aufl. S. 853/4). Art. 1341 CC ist im Abschnitt über den Zeugenbeweis eingeordnet. Nach ihrem Wortlaut und Inhalt ist die Bestimmung indes in erster Linie eine Formvorschrift; ihre verfahrensrechtliche Bedeutung erschöpft sich im Ausschluss des Zeugenbeweises. Der materiellrechtliche Charakter, der durch die praktischen Auswirkungen des Formerfordernisses noch erhöht wird, überwiegt den prozessualen Gehalt der Bestimmung derart, dass ihre Beachtung durch den schweizerischen Richter sich aufdrängt. Bei diesem Ergebnis ist, wie das Obergericht beifügt, auch Art. 1347 CC zu berücksichtigen, der eine Ausnahme zulässt, wenn der Anfang eines Urkundenbeweises vorhanden ist. Ob dies hier zutrifft, beurteilt sich ebenfalls nach französischem Recht und ist zudem eine Frage der Beweiswürdigung, die vom Bundesgericht auf Berufung hin aber so wenig zu überprüfen ist wie die Anwendung ausländischen Rechts (Art. 43 Abs. 1 und 55 Abs. 1 lit. c OG).

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts (II. Zivilkammer) des Kantons Zürich vom 19. Dezember 1975 bestätigt.