Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 44 (1925)

Artikel: Die örtliche Rechtsanwendung auf dem Gebiet des Obligationenrechts

Autor: Fritzsche, Hans

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895906

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 07.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Die örtliche Rechtsanwendung auf dem Gebiet des Obligationenrechts.

REFERAT

von

Prof. HANS FRITZSCHE in Zürich.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Das Problem 220a
II. Die Rechtssprechung des Bundesgerichts 228a
Verträge 229a
Entstehung 229a
Wirkungen 231a
Parteiwillen 232a
Erfüllungsort 234a
Wohnsitz 237a
Gerichtsort 238a
Besondere Fälle 240a
Unerlaubte Handlungen 242a
Ungerechtfertigte Bereicherung 243a
III. Zur kritischen Würdigung der Praxis 243a
IV. Die Frage der Gesetzgebung 258a

I. Das Problem.

Die örtliche Rechtsanwendung auf dem Gebiet des Obligationenrechts gehört zu den schwierigsten und umstrittensten Rätseln der schwierigen Lehre des internationalen Privatrechts. Schon Savigny beginnt seine berühmten Ausführungen über den „Sitz" der Obligationen zögernd mit den Worten: „Die Beantwortung dieser Frage ist gerade bei den Obligationen mehr als anderwärts schwierig und zweifelhaft."[1]) Er erklärt dann diese Schwierigkeit mit drei Gründen: mit der „unsichtbaren

---

[1]) System des heutigen römischen Rechts, 8. Band S. 201.

Natur" der Obligationen, mit der Tatsache, dass sie mindestens zwei verschiedene Personen miteinander in Beziehung setzen, auf deren eine — Gläubiger oder Schuldner — abgestellt werden müsse und endlich damit, dass bei der wichtigen Gruppe der gegenseitigen (synallagmatischen) Obligationen eine jede der beiden Personen als Schuldner anzusehen ist, nur in Bezug auf verschiedene Handlungen.

Das sind indessen nicht die einzigen Gründe solcher Schwierigkeiten. Man muss wohl auch auf die unermessliche Vielgestaltigkeit des Schuldrechts hinweisen, das die sachlich unvereinbarsten Dinge, die flüchtigen Geschäfte des täglichen Kleinverkehrs, wie die erdumfassenden Unternehmungen moderner Grossbetriebe in sich schliesst und letzten Endes — wenn auch unter Verwendung zahlloser Sonderbestimmungen des Speziellen Teils — auf seine allgemeinsten Begriffe zurückführt. So sind denn auch die internationalen Elemente, die bei der Begründung, Änderung und Beendigung obligationenrechtlicher Verhältnisse auftreten können, überaus mannigfaltig. Man entnehme der Rechtssprechung einen beliebigen Fall und denke seine internationalen Elemente und ihre möglichen Veränderungen durch und wird dann kaum erwarten, dass die Theorie eine einzige einfache Regel wird aufstellen können, die gleichmässig auf alle Fälle oder auch nur auf alle einzelnen rechtlichen Beziehungen des nämlichen Tatbestands Anwendung finden könnte.[1])

---

[1]) Vergl. etwa den vom Bundesgericht i. S. Cuny & Cie. gegen Galtès am 20. Juni 1914 beurteilten Tatbestand (BGE 40 II S. 480): Ein in Spanien wohnender Spanier verkauft der in Basel domizilierten Beklagten spanischen Wein der Provenienz Panadès. Die Käuferin lässt in dem französischen Hafen Cette den aus Spanien herangeführten Wein durch einen Spediteur in einen Reservoirwagen umfüllen und direkt an ihren Abnehmer im damals deutschen Elsass versenden. Dort wird konstatiert, dass Kunstwein, jedenfalls aber nicht Panadès geliefert worden sei. Zu beurteilen sind die Fragen: Hat der Käufer rechtzeitig und formgerecht reklamiert? Hat der Verkäufer seine Vertrags-

In der Tat stehen sich die verschiedensten Lehrmeinungen gegenüber. So soll — um uns einstweilen nur mit den Vertragsobligationen zu befassen — als Bestimmungsgrund für das anwendbare Recht massgebend sein: das am Orte des Vertragsabschlusses geltende Recht (lex loci contractus), oder das Recht des Erfüllungsortes (lex loci solutionis), oder das Recht des Wohnsitzes des Schuldners, oder das Recht der Heimat des Schuldners, endlich das

---

pflichten erfüllt? Vorerst aber ist das anwendbare Recht zu ermitteln, wobei im Tatbestand Beziehungen zu vier verschiedenen Rechtsordnungen vorhanden sind, von denen die wichtigste — der sog. Anknüpfungsgrund — zu ermitteln ist. Das Urteil entscheidet sich „mindestens in Hinsicht auf die hier streitigen Rechtsbeziehungen" für das schweizer Recht, wobei immerhin wenigstens für eine Frage (S. 488 unten) spanisches Recht herangezogen wird. — Man überlege nun etwa die folgenden Varianten des Tatbestandes und ihre mögliche Einwirkung auf die Frage der Rechtsanwendung: Der Verkäufer in Spanien und der Käufer in der Schweiz gehören der gleichen Nationalität an, beide seien Spanier oder Schweizer oder Italiener. Der Vertrag sei statt auf dem Korrespondenzweg mündlich bei einer Zusammenkunft in Paris geschlossen. Der mit der Umladung in Cette vom Käufer Beauftragte sei nicht ein Spediteur, sondern ein Angestellter des Käufers, sein Reisender oder der Leiter einer Filiale in Cette. — Oder die Obligation erleide inhaltliche Veränderungen: z. B. Auflösung der Leistungspflicht des Verkäufers zu Schadensersatzpflicht u. a. — Oder der Spanier habe seine Forderung abgetreten, in Spanien oder in Frankreich, an einen Spanier oder an einen Schweizer in der Schweiz, sodass die Frage auftritt: Gelten für die Zession die nämlichen örtlichen Gesetze wie für Begründung oder die Beendigung der Obligation? — Endlich sei der spanische Verkäufer so vorsichtig, sich für seine Kaufpreisforderung Bürgschaft oder Pfandsicherheiten geben zu lassen. Es leuchtet ein, dass auch mit solchen Nebenforderungen vielgestaltige zwischenstaatliche Beziehungen denkbar sind. — Bei solchen Überlegungen dürfte sich ohne weiteres der Satz aufdrängen: distinguendum est. Die Hoffnung, die Gesamtheit der obligatorischen Verhältnisse oder auch nur die sämtlichen Beziehungen einer einzelnen Obligation auf eine einfache Formel bringen zu können, scheint von vorneherein nicht allzu gross.

Recht des Prozessortes (lex fori).[1]) Freilich nimmt kein Vertreter der Theorie für sein Prinzip ausnahmslose Geltung in Anspruch, jeder macht Ausnahmen und trägt den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung. Und so kann man wohl mit Walker von „einem wahren Labyrinth von Meinungen und Lehrsätzen und Vorschlägen" reden. Aber man darf dabei nicht übersehen, dass gerade diese Ausnahmen und Abschwächungen der Prinzipien in ihrer Auswirkung auf die Einzeltatbestände die verschiedenen Systeme einander annähern und die Gegensätze abschwächen. Insbesondere aber enthält das wohl überall tatsächlich geübte (wenn auch in der Theorie stark umstrittene) Prinzip der Parteiautonomie, der Massgeblichkeit des Parteiwillens für die Rechtsanwendung im Gebiet des dispositiven Rechts,[2]) ein wesentlich ausgleichendes Element, das auch für die international übereinstimmende Lösung der in Frage stehenden Konflikte von der grössten Bedeutung ist.

Bei solcher Unsicherheit der Theorie wird man eine

---

[1]) Vergl. die Übersichten bei Meili, Das internationale Zivil- und Handelsrecht II S. 8 f. und jetzt Walker, Internationales Privatrecht S. 321 f. Nicht zu vergessen sind dabei die namhaften Juristen, die eine Möglichkeit einheitlicher Lösung überhaupt leugnen und alles dem Einzelfall anheimstellen.

[2]) Die deutsche Theorie legt seit v. Bar (II 4) das grösste Gewicht darauf, dass die Parteien nur scheinbar das anwendbare Recht bestimmen können. „Bevor wir dem Parteiwillen sein Recht lassen, müssen wir wissen, welchem territorialen Recht wir die Schranken des Parteiwillens zu entnehmen haben." (Vergl. auch Walker, S. 341 und dortige Zitate.) Es ist richtig, dass der Parteiwillen nur innerhalb des dispositiven Rechts entscheiden kann. Das ist aber in allen Kulturrechten der weit überwiegende Teil der schuldrechtlichen Normen. Aus diesem Grund kann die Praxis, ohne Fehler zu begehen, regelmässig direkt zum Parteiwillen vordringen, ohne vorher nach der für die Abgrenzung des zwingenden und nicht zwingenden Rechtes notwendigen Rechtsordnung zu suchen. Eine geistreiche theoretische Ableitung der Massgeblichkeit des Parteiwillens siehe bei Neubecker, Internationales Privatrecht im Jahrbuch für den internationalen Rechtsverkehr 1912/13 S. 81.

um so eingehendere Regelung durch die verschiedenen Gesetzgebungen erwarten. Das Gegenteil ist der Fall. Von den uns umgebenden Staaten enthalten nur die Kodifikationen von Österreich [1]) und Italien [2]) positive Rechtssätze, während in Frankreich [3]) und auch in Deutschland [4]) Rechtsverkehr und Rechtssprechung sich selbst überlassen sind.[5])

---

[1]) Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch §§ 35—37. Massgebend für das örtliche Recht der Verträge ist der Abschlussort, sofern sich nicht aus dem Parteiwillen etwas anderes ergibt. Vergl. aber für Einzelheiten Walker l. c. S. 350 f.

[2]) Einführungsgesetz zum Codice civile Art. 9. Für Inhalt und Wirkungen der Obligationen ist der Errichtungsort, wenn aber die Parteien der nämlichen Nation angehören, das Recht dieser Nation massgebend. Doch bleibt in jedem Fall der Nachweis eines abweichenden Parteiwillens vorbehalten. Siehe Fiore, Diritto internazionale privato, 4. edizione, I n° 122 f. und Diena, Prinzipi di Diritto internazionale, 2. edizione, Parte seconda, S. 244f.

[3]) Die Praxis geht aus von der Parteidisposition. Wo diese versagt, steht das Recht des Abschlussortes im Vordergrund. (Vergl. Weiss, Manuel de Droit international privé, 8. édition, 550, Pillet & Niboyet, Manuel de Droit international privé 1924 S. 596, Pillet, Traité pratique de Droit international privé 1923/1924, II S. 231 f.)

[4]) Die Gebhardschen Entwürfe sahen für Forderungen aus Schuldverträgen das Recht des Wohnsitzes des Schuldners zur Zeit der Schliessung des Vertrages als massgebend vor, sofern sich nicht aus den Umständen eine abweichende Willensmeinung der Beteiligten ergeben sollte. (Vergl. Theodor Niemeyer, Zur Vorgeschichte des Internationalen Privatrechts im deutschen BGB, 1915, S. 5 und 14.) Schliesslich wurde aus politischen Gründen von der erschöpfenden Regelung des internationalen Privatrechts abgesehen und nur die bekannten Bestimmungen Art. 7—31 des Einführungsgesetzes aufgenommen. Das Obigationenrecht ist dort nicht geregelt. (Siehe Niemeyer, Das internationale Privatrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 4.) Das Reichsgericht geht vom Parteiwillen aus. Wo er versagt, wurde lange Zeit das Recht des Erfüllungsortes als massgebend betrachtet. In neuester Zeit steht das Personalstatut des Schuldners (Wohnsitz) im Vordergrund. (Vergl. Staudinger-Kuhlenbeck, Bd. VI, 7./8. Auflage S. 55.)

[5]) Über weitere Staaten vergl. Th. Niemeyer, Vorschläge

Auch die Schweiz besitzt zur Zeit — mit Ausnahme der bekannten wechselrechtlichen Bestimmungen OR 822—824 — kein gesetztes Recht über die einschlägigen Fragen. Verschiedene kantonale Gesetzgebungen enthielten gesetzliche Regeln.[1]) Um so interessanter wäre, zu erfahren, aus welchen Gründen bei Schaffung des eidgenössischen Obligationenrechts der Gesetzgeber auf die Aufstellung solcher Normen verzichtet hat. Die Gesetzesmaterialien, wenigstens die erreichbaren, geben darüber keinen Aufschluss. In seinem Entscheid vom 18. Juli 1885 i. S. Scholder gegen Wolff (BGE 11 S. 358 f.) sagt das Bundesgericht: „Wenn auch das OR keine ausdrücklichen Bestimmungen über die Grenzen seiner Anwendbarkeit in räumlicher Beziehung enthält, so sind doch nicht etwa die einschlägigen Bestimmungen der kantonalen Gesetze in Kraft geblieben; vielmehr ist davon auszugehen, dass das OR seine Herrschaftsgrenzen in räumlicher (wie unzweifelhaft in zeitlicher) Beziehung selbst und einheitlich normiert: die Aufstellung besonderer ausdrücklicher Gesetzesbestimmungen hierüber ist offenbar nur deshalb unterblieben, weil der Gesetzgeber die dem Sinn und Geiste des Gesetzes entsprechende Entwicklung der massgebenden Normen der Doktrin und Praxis überlassen wollte und es nicht als angemessen betrachtete, dieselben durch positiv durchgreifende Gesetzesbestimmungen zu binden.“ Bis zum Beweis des Gegenteils wird anzunehmen sein, dass

---

und Materialien zur Kodifikation des JPR, 1895 S. 92* f. und Walker S. 321 f.

[1]) Vertreten waren die lex fori, der Ort des Vertragsschlusses, die Parteidisposition und im Zusammenhang damit das Recht des Erfüllungsortes. Interessant Zürich § 5: Forderungen und Schulden werden regelmässig nach dem örtlichen Recht beurteilt, welches nach der besonderen Übereinkunft der Kontrahenten oder nach der inneren Natur des Verhältnisses als einverstanden erscheint. Vergl. Huber, System und Geschichte, Bd. I S. 93 f.

das wirklich die den Gesetzgeber zu seinem Verzicht bestimmenden Gründe gewesen sind.[1])

An diesem Rechtszustand hat bekanntlich auch die Vereinheitlichung des Zivilrechts nichts geändert. Zwar ist in den Huberschen Entwürfen von Anfang an das internationale Privatrecht mitberücksichtigt worden. Doch hat schon die grosse Expertenkommission die Materie nicht behandelt. Sie wurde auf die Zeit der Anpassung des Obligationenrechts zurückgeschoben und es haben eingehende Vorbereitungen stattgefunden. Der Entwurf betreffend die Ergänzung des ZGB durch Anfügung des Obligationenrechts, mit Einführungsbestimmungen, vom 3. März 1905 enthielt in den Art. 1741 bis 1773 eine relativ eingehende Ordnung des internationalen Privatrechts mit wichtigen Motiven. (S. 56 bis 64.)[2]) Aber die Kraft des Gesetzgebers erlahmte vor den grossen Schwierigkeiten. Man fand schliesslich den Ausweg, das Allernotwendigste in einigen Zusätzen zum Bundesgesetz über die zivilrechtlichen Verhältnisse zu ordnen. Aber man war sich klar darüber, dass damit bloss ein Provisorium geschaffen war. „Der Bundesrat wird die Sache nicht aus den Augen lassen und ist gewiss mit uns der Ansicht, dass man sobald als möglich aus dem unbefriedigenden Provisorium, das wir mit der Beibehaltung des Gesetzes

---

[1]) Jedenfalls kann die Frage nicht, wie Meili sagt, einfach „vergessen" worden sein. (Die Kodifikation des schweizerischen Privat- und Strafrechts S. 113.) Meili selbst teilt dort einen von dem Mitglied der Expertenkommission Professor P. F. v. Wyss derselben eingereichten, aus einem einzigen Paragraphen bestehenden Gesetzesentwurf über das internationale Obligationenrecht mit.

[2]) Art. 1769 lautete: Die Bestimmungen des schweizerischen Zivilrechts über das Obligationenrecht finden, wenn keine andere Willensmeinung der Beteiligten anzunehmen ist, auf alle Verträge Anwendung, die in der Schweiz zur Erfüllung gelangen sollen.

Forderungen aus unerlaubten Handlungen, die in der Schweiz vorgenommen worden sind, werden nach schweizerischem Rechte beurteilt. (Dazu ganz kurze Motive S. 63.)

von 1891 geschaffen haben, herauskommen muss." (Ständerat Dr. A. Hoffmann nach dem Sten. Bulletin vom Juni 1907 S. 319.)[1])

Das internationale Obligationenrecht der Schweiz ist also heute noch ungesetztes Recht und es ist Aufgabe des Richters, diese Lücke des gesetzten Rechts durch die richterliche Rechtsfindung im Sinne von Art. 1 ZGB auszufüllen. Dies ungesetzte Recht aber ist eidgenössisches, nicht etwa kantonales Recht. (Nachdrücklich festgehalten im Urteil der I. Zivilkammer vom 9. Mai 1923 i. S. Deutsche Evaporator A.-G. gegen Bamberger, Leroi & Cie, BGE 49 II S. 223). Damit ist die Einheitskontrolle des Bundesgerichts in ihren bekannten Beschränkungen gewährleistet. Es ist wohl zutreffend, wenn Homberger sagt: „Der Einfluss der bundesgerichtlichen Judikatur auf die Rechtssprechung der Kantone in dieser Materie ist so stark, dass von einer selbständigen Praxis der kantonalen Gerichte nicht die Rede sein kann." [2]) Mit ihr wird sich auch der Juristentag vor allem zu befassen haben. Er wird seine Aufgabe wohl nicht darin sehen, neue Wege der Theorie aufzusuchen oder theoretische Einzelheiten abzuklären. Sondern es wird sich für ihn darum handeln, die Erfahrungen der schweizerischen Juristenwelt zu sammeln und den bestehenden Rechtszustand kritisch zu würdigen. Es werden sich insbesondere die Fragen aufdrängen: Soll sich die Praxis andern Grundsätzen zuwenden und welchen? Empfiehlt es sich, die im Wurfe liegende Revision des Obligationenrechts zur Gesetzgebung auf dem Gebiete des internationalen Rechts zu benützen? Und in welcher Weise wäre diese Gesetzgebung auszugestalten?

---

[1]) Über die Gesetzgebungsarbeiten vergl. A. Reichel, Kommentar zum Schlusstitel S. 3 und 130, J. Kaufmann, Zeitschrift für internationales Recht (Niemeyer) Bd. 22 S. 448.

[2]) A. Homberger, Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts. Berner Habilitationsschrift, Bern 1925. Vergl. dort S. 2.

II. Die Rechtssprechung des Bundesgerichts.

Voraussetzung aller solcher Überlegungen ist ein klares Bild von dem jetzigen Stand der Rechtssprechung. Die wissenschaftliche Verarbeitung eines solchen Fallrechts ist nicht einfach und wir haben bei unserer Gewöhnung an das gesetzte Recht darin wenig Übung. Der Richter erhält seine Aufgaben vom Zufall der Entscheidungsbedürftigkeit. Ob und wann er zu einzelnen Rechtsfragen Stellung nimmt, ist also unbestimmt. Auf theoretische Vollständigkeit ist somit nicht zu rechnen, jedenfalls ist sie ein vom Richter kaum mit Absicht verfolgtes Ziel. Leicht wird dem Richter und Urteilsredaktor der volle Überblick über den Stand jeder Einzelfrage nach früheren Entscheidungen fehlen. So finden bewusste und unbewusste Abweichungen von Vorentscheidungen statt. Die Praxis erfährt, indem sie sich ausbreitet und über längere Zeiträume erstreckt, innere Wandlungen. Aber auch der sichtende und ordnende wissenschaftliche Bearbeiter steht in Gefahr, unbewusst vom Eigenen zu geben: Auf der Suche nach allgemeinen Grundsätzen scheidet er gewisse Urteile aus, die ihm als zufällige Entgleisungen vorkommen, in andern erblickt er prinzipielle Aussprüche, während sie nicht so gemeint waren. Oder er registriert eine grundsätzliche Wandlung der Praxis, währenddem richtigerweise ein blosser Ausbau, unter Aufrechterhaltung der bisherigen Richtlinien, in Frage kommt und dergl.[1]) Solche Gefahren steigern sich, je

---

[1]) G. Börlin hat 1914 die Rechtssprechung des Bundesgerichts bei internationalen Kaufverträgen bearbeitet. (Zeitschr. f. schweiz. R. N. F. Bd. 33 S. 199.) Die Vergleichung dieser Arbeit mit derjenigen Hombergers unter dem Gesichtspunkt des Einfliessens solcher subjektiver Elemente in die Berichterstattung ist lehrreich. — Zur Erschliessung und Nutzbarmachung der Gerichtspraxis tragen auch Äusserlichkeiten wesentlich bei, wie die in der französischen und namentlich englischen Literatur gebräuchlichen genauen Zitate (mit den Parteinamen) und die Register über die benutzten Urteile.

mehr das Streben des Bearbeiters auf Hervorhebung der allgemeinsten Fragen gerichtet ist. So können auch für die nun folgende Zusammenfassung bei allem Streben nach Objektivität solche subjektive Elemente nicht völlig ausgeschlossen werden.

Die weitaus grösste Zahl der bundesgerichtlichen Urteile aus dem Gebiet des internationalen Obligationenrechts beschäftigt sich mit dem Recht der Verträge. Das Vertragsrecht ist auch das die Theorie beherrschende Problem. Mit den Verträgen wird sich die folgende Darstellung in der grossen Hauptsache zu befassen haben.

Die bundesgerichtliche Rechtssprechung unterscheidet für die Rechtsanwendung die Entstehung und die Wirkungen der Verträge. Sie hat sich tastend und zunächst nicht immer völlig eindeutig zu dem Satze durchgerungen, dass die dem Parteiwillen entzogenen Fragen über die Entstehung eines Vertrags nach der Gesetzgebung des Abschlussortes, der lex loci contractus, bestimmt werden.[1]) So ist im Fall Raschke gegen Bank für Handel und Industrie in Darmstadt, Filiale Berlin (BGE 32 II S. 418) ausgeführt: „Im vorliegenden Fall sind zunächst nicht die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts 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 hierbei der Parteiwillen überhaupt keine Rolle spielen kann.“ In Sachen Blanchard gegen Schmid, Kappeler & Cie. (BGE 38 II S. 519) ist knapp formuliert: „Für die Frage nach dem Zustandekommen des Vertrags ist das am Orte des Vertragsschlusses geltende Recht massgebend. Der

---

[1]) Vergl Homberger S. 50 mit zahlreichen Zitaten, worunter auch einige wirkliche oder scheinbare Ausnahmen von diesem Grundsatz, die aber geraume Zeit zurückliegen. Vergl. auch Börlin l. c. S. 207.

Vertrag ist aber am Wohnsitz des Beklagten in Mellingen abgeschlossen worden; denn der Agent C. in Paris war nicht bevollmächtigt, die Kaufsanträge des Klägers für die Beklagte anzunehmen, sondern er hatte sie ihr zur Annahme zu übermitteln. Deswegen untersteht auch die behauptete Vertragsauflösung (sc. infolge einer beiläufigen Bemerkung des Verkäufers in der späteren Korrespondenz) dem schweizerischen Recht." In Sachen Windmüller gegen Schlotterbeck (BGE 39 II S. 167) ist gesagt: „Von nebensächlicher Bedeutung (für die Wirkungen des Vertrags) ist es, dass der Vertrag in Basel geschlossen wurde. Dieses Moment mag bei den mit der Begründung des Vertragsverhältnisses zusammenhängenden Fragen Gewicht besitzen; bei den die Erfüllung betreffenden muss es dagegen zurücktreten vor den auf den Erfüllungsort abstellenden Erwägungen." Diese Unterscheidung ist auch in Urteilen aus jüngster Zeit festgehalten. So im Urteil vom 14. Dezember 1920 i. S. Union A.-G. gegen Laweczky (BGE 46 II S. 493): „Die Stellungnahme der Parteien ist indessen für die Frage der örtlichen Rechtsanwendung nur insoweit massgebend, als es sich um die dem Parteiwillen anheimgestellten Wirkungen eines obligatorischen Rechtsverhältnisses handelt. Nun betreffen aber die hier zu entscheidenden Fragen, ob zwischen dem Kläger und N. ein perfekter Vertrag überhaupt zustandegekommen sei, und ob dieser gegen Recht oder Sitte verstosse und deshalb nichtig sei, nicht sowohl die Wirkungen, als vielmehr die Voraussetzungen des zwischen den Parteien streitigen Rechtsverhältnisses, und auch die Frage der Stellvertretung hängt nicht ausschliesslich von der Gestaltung des konkreten Parteiwillens ab." Und ein letztes Mal i. S. Jucker-Petitpierre gegen Schmid & Cie. vom 5. März 1923 (BGE 49 II S. 73), angewendet auf den Vertragsschluss durch Stellvertreter.

Die Urteile sind nicht eben zahlreich und das Bundesgericht hat noch nicht Gelegenheit gehabt, sich des näheren über die Grenzlinie zwischen den beiden Gruppen

auszusprechen. Aber die Massgeblichkeit des Abschlussortes für die mit dem Zustandekommen des Vertrags zusammenhängenden Fragen erscheint doch als ein gesichertes Prinzip der neueren Rechtssprechung.

Die grösste Zahl der Entscheidungen befasst sich mit den Wirkungen der Verträge. Hier liegt nach allen modernen Rechten das eigentliche Gebiet der Vertragsfreiheit. Innerhalb dieses freien Gebietes können die Parteien in ihren Verträgen sich die Anordnungen fremder Rechtsordnungen zum Muster nehmen. Sie können aber auch allgemein sagen: Wir unterstellen alle oder bestimmte Wirkungen des Vertrags dem deutschen, französischen etc. Recht. Sobald sie dabei in Konflikt treten mit zwingenden Normen der einen oder andern Gesetzgebung, versagt der Parteiwille als Mittel zur Bestimmung des anwendbaren Rechts. Hier hat der Richter nach objektiven Normen die zutreffende Rechtsordnung zu ermitteln. Da in den verschiedenen Kulturrechten die Grenzen zwischen zwingenden und nichtzwingenden Normen nicht allzu verschieden verlaufen und überall das Gebiet des dispositiven Rechts sehr ausgedehnt ist, kann auf dem Wege der Parteibestimmung ein sehr grosser Teil aller praktisch auftauchenden Fragen geregelt werden.[1])

Das Bundesgericht steht durchaus auf dem Standpunkt, dass Parteivereinbarungen im Gebiet des dispositiven Rechts beachtet werden müssen. Schwierigkeiten und Schwankungen der Rechtssprechung ergeben sich erst aus der Tatsache, dass die Parteien so oft über die Frage keine ausdrücklichen Bestimmungen treffen. Inwieweit kann dann aus den Umständen auf den Parteiwillen geschlossen werden? Wie lässt sich der nicht ausdrücklich erklärte Parteiwillen erkennen? Wie weit soll die Entscheidung auf einen bloss erschlossenen Willen abstellen?

---

[1]) Auf die Vorteile klarer Ordnung des anzuwendenden Rechts in internationalen Verträgen kann nicht nachdrücklich genug hingewiesen werden.

Schon der früher zitierte Entscheid Scholder gegen Wolff vom 18. Juli 1885 (BGE 11 S. 358 f.) sagt hierüber: „Gültigkeit und Wirksamkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte sind, wie in Theorie und Praxis überwiegend anerkannt ist, sofern nicht absolut zwingende Gesetze des Prozessortes entgegenstehen, nach demjenigen Landesrecht zu beurteilen, welches die Parteien beim Geschäftsabschluss als massgebend entweder wirklich betrachteten oder dessen Anwendung sie doch vernünftiger- und billigerweise erwarten konnten und mussten.“ Massgebend ist also nicht nur der ausdrücklich erklärte, sondern auch der präsumtive Wille zur Zeit des Vertragsschlusses. Dies Prinzip ist in langer Kette von Entscheidungen mit unwesentlichen Schwankungen in der Formulierung beibehalten worden.[1])

Als wichtigstes Indiz solchen Parteiwillens erscheint, allerdings mit wechselnder Bedeutung, das Verhalten der Parteien und ihrer Vertreter im Prozess. Aus der Tatsache, dass sie vor den kantonalen Instanzen nur schweizerisches Recht angerufen haben, wird geschlossen, sie haben von Anfang an das schweizerische Recht als massgebend gewählt. „Denn die Parteien gehen im Prozesse ohne weiteres vom schweizerischen Rechte aus und es darf daher angenommen werden, dass sie beidseitig beim Geschäftsabschluss das schweizerische Recht als massgebend betrachtet haben.“ (Urteil i. S. Sommer gegen Champin, Band 15 S. 335.) Eine Zeitlang ist das Bundesgericht so weit gegangen, in solcher Haltung der Parteien im Prozess eine eigentliche Vereinbarung über das anwendbare Recht zu erblicken, wodurch die Gerichte gebunden werden. Etwa: „Für die Anwendung englischen Rechts spräche freilich der Umstand, dass die von den Parteien eingegangenen Verpflichtungen überhaupt oder doch zum mindesten in der Hauptsache in London zu

---

[1]) Vergl. die Zitate bei Homberger S. 20. In dem für das internationale Obligationenrecht besonders ergiebigen Band 49 (1923) erscheint es dreimal. (S. 126, 223 und 292.)

erfüllen waren und London somit als Sitz des Rechtsverhältnisses gelten kann. Nun haben aber die Parteien englisches Recht nie angerufen und nichts dagegen eingewendet, dass die Vorinstanzen den Fall nach dem schweizerischen Recht beurteilten. Laut feststehender Praxis (vergl. BGE 27 II S. 215 und 392 und 29 II S. 262) haben sie damit das schweizerische Recht als anwendbar erklärt und sich ihm unterworfen und hat es das Bundesgericht anzuwenden." (Moser gegen Zündel & Cie., BGE 35 II S. 231.) Spätere Urteile haben diese absolute Bedeutung der prozessualen Stellungnahme zugunsten des schweizerischen Rechts wieder verlassen. Aber als Indiz für den Willen der Parteien bei Vertragsschluss behielt das prozessuale Verhalten bis zu der nunmehr darzulegenden letzten Entwicklung erhebliche Bedeutung. (Vergl. noch Remund gegen Guggenheim vom 18. Mai 1917, BGE 43 II S. 228.)[1])

Gegen diese oft zur reinen Fiktion ausartende Betonung des Parteiwillens richtete sich der Aufsatz von Börlin und man darf wohl die jüngste Phase der Rechtssprechung mit dieser Arbeit in Zusammenhang bringen. Das prozessuale Verhalten der Parteien vor den kantonalen Gerichten verliert darnach als Indiz für das anwendbare Recht stark an Gewicht. Nachdem sich in mehreren früheren Urteilen die Entwicklung angekündigt hatte, heisst es i. S. Kosmos A.-G. gegen Fleischner vom 5. Dezember 1921 (BGE 47 II S. 551): „Auch darf nicht entscheidend darauf abgestellt werden, dass im Prozesse die Parteivertreter sich auf Bestimmungen des schweizerischen Rechts berufen haben." Und i.S. Lindenmaier & Cie. gegen Brause & Cie. vom 3. Oktober 1922 (BGE 48 II S. 393): „Die Tatsache allein, dass bei ausländischem Erfüllungsort die Parteien oder ihre Vertreter sich im Prozess veranlasst sahen, schweizerisches Recht oder vereinzelte Be-

[1]) Die Judikatur über die Bedeutung des prozessualen Verhaltens ist wiedergegeben bei Börlin l. c. S. 202 und Homberger S. 21.

stimmungen desselben anzurufen, genügt nach der neueren Praxis nicht, um die Vermutung der Unterstellung unter das Recht des Erfüllungsortes zu entkräften, sondern es muss sich auch aus den sonstigen Verumständungen ergeben, dass der Wille der Parteien wirklich schon bei der Begründung des Rechtsverhältnisses dahin ging, vom Rechte des Erfüllungsortes abzusehen und das inländische Recht als massgebend anzuerkennen.“ [1])

Wo der erklärte oder zu vermutende Parteiwille versagt, bekennt sich das Bundesgericht für die Fragen der Vertragswirkungen in ständiger Praxis zu dem Prinzip des Erfüllungsortes. Man kann verallgemeinernd und zu kurzer Charakterisierung dieser Rechtssprechung sagen, sie stelle den Erfüllungsort in den Vordergrund. Aber auch da pflegt der mutmassliche Parteiwille herangezogen zu werden: das Recht des Erfüllungsortes wird regelmässig angewendet, weil es als das von den Parteien im Zweifel beabsichtigte und von ihnen erwartete Recht erscheint. Nachdem schon frühere Urteile [2]) auf den Erfüllungsort Bezug genommen hatten, erscheint im Entscheid Hurter gegen Keller vom 6. April 1906 (BGE 32 II

---

[1]) In einem neueren Entscheid i. S. Deutsche Evaporator A.-G. gegen Bamberger, Leroi & Cie. A.-G. vom 9. Mai 1923 (BGE 49 II S. 225) findet sich wieder der Passus: „Die bundesgerichtliche Praxis hat von jeher . . . erhebliches Gewicht auf das Verhalten der Parteien überhaupt, speziell auch im Prozesse gelegt und in zahlreichen Entscheidungen darauf abgestellt, dass die Parteien sich im Prozess übereinstimmend auf schweizerisches Recht berufen haben.“ Nach der grundsätzlichen Abkehr von dieser Praxis in den zuletzt erwähnten Entscheidungen ist das wohl nur auf das Beharrungsvermögen gewisser redaktioneller Formeln zurückzuführen. — In einem neuesten Entscheid i. S. Compagnie de Développement agricole et industriel gegen Hirsch (BGE 50 II S. 153) wird die Anrufung schweizerischen Rechts wieder als Indiz für den Parteiwillen verwendet, aber in Verbindung mit einer Gerichtsstandsklausel zugunsten der schweizerischen Gerichte. — Vergl. auch noch Gräf & Schlechter A.-G. gegen Surber & Cie. (BGE 50 II S. 32.).

[2]) Siehe Homberger S. 41.

S. 268) das Motiv: „Bei dieser Sachlage hat dasjenige Recht zur Anwendung zu kommen, dessen Anwendung die Parteien vernünftigerweise erwarteten oder erwarten mussten, und das ist für die das Schicksal des Prozesses entscheidende Frage: die Frage des Erfüllungsverzuges des Verkäufers, das Recht des Erfüllungsortes des Verkäufers.“ Das ist seither immer wieder, noch in jüngsten Entscheidungen, ausgesprochen worden.[1])

Manchmal erscheint der Erfüllungsort aber auch als direkt entscheidendes Prinzip, also ohne den Umweg über den mutmasslichen Parteiwillen. So i. S. Blanchard gegen Schmid, Kappeler & Cie. vom 18. September 1912 (BGE 38 II S. 519) und i. S. Labin & Koppel gegen Gutsche vom 13. Dezember 1920 (BGE 46 II S. 489). In dem Urteil Jucker-Petitpierre gegen Schmid & Cie. vom 5. März 1923 (BGE 49 II S. 75) wird geradezu ausgeführt: „Die Rechtswirkungen der zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträge . . . unterstehen demjenigen Recht, welches die Parteien als massgebend vereinbart oder vorausgesetzt haben; und wenn ihr Wille oder ihre Vertragsmeinung nicht klargestellt ist, so gilt nach feststehender Praxis das Recht des Erfüllungsortes.“

---

[1]) Letzte Beispiele: Beer, Sondheimer & Cie. gegen Aubert, Grenier & Cie. vom 11. Oktober 1918 (BGE 44 II S. 417) mit zahlreichen Zitaten älterer Entscheidungen; Kosmos A.-G. gegen Fleischner vom 5. Dezember 1921 (BGE 47 II S. 551); Blackburn & Sons gegen Iten vom 29. Mai 1923 (BGE 49 II S. 235). „Das Bundesgericht hat in einer Reihe von Entscheidungen ausgesprochen, dass bei obligatorischen Rechtsgeschäften, und namentlich Kaufverträgen, die Unterwerfung unter das Recht des Erfüllungsortes in der Regel als mutmasslicher Parteiwille anzusehen sei und infolgedessen die Vertragswirkungen nach diesem Recht zu beurteilen seien“; Michel & Cie. gegen Bänziger vom 11. Juli 1923 (BGE 49 II) „Für die Frage, welchem Recht die Rechtswirkungen . . . 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.“

Ebenso neuerdings i. S. Gräf & Schlechter A.-G. gegen Ernst Surber & Cie. vom 14. Februar 1924 (BGE 50 II S. 33): „Nun bestimmt sich die örtliche Rechtsanwendung nach ständiger Rechtssprechung des Bundesgerichts in Ermangelung einer Rechtskürung nach dem Erfüllungsort." Entgegen Homberger (S. 43) erscheint mir das als eine nicht unwesentliche Spielart der Anknüpfung an den Erfüllungsort.

Der Erfüllungsort ist ein Rechtsbegriff, der selbst einer bestimmten Rechtsordnung entstammen muss, um als Kriterium für die Rechtsanwendung verwendet werden zu können. Das Bundesgericht hat darüber im Urteil Beer, Sondheimer & Cie. gegen Aubert Grenier & Cie. vom 11. Oktober 1918 (BGE 44 II S. 417) ausgeführt: „Conformément à cette jurisprudence constante dont il n'y a pas lieu de se départir, on doit donc rechercher quel était en l'espèce le lieu d'exécution du contrat — cette question préjudicielle pour la question du droit applicable au fond devant bien entendu, sous peine de tomber dans un cercle vicieux, être jugée en application du droit suisse en tant que lex fori.[1]) Massgebend für die jeweilige Ermittlung des Erfüllungsortes ist also OR 74. Darnach ist in erster Linie wieder auf den Parteiwillen abzustellen. Subsidiär kommen, je nach der Natur des Schuldgegenstandes, drei verschiedene Lösungen in Betracht.[2]) Die Anwendung dieser Regeln auf die synallagmatischen (gegenseitigen) Verträge bewirkt, dass für die Parteien eines und desselben Rechtsgeschäfts verschiedene Erfüllungsorte in Betracht fallen können. Das führt zur Anwendung verschiedener Rechtsordnungen auf die beider-

[1]) In S. Parisell gegen Rappaport & Cie. vom 3. Juli 1909 (BGE 35 II S. 476) wird „das Personalstatut des Schuldners" als für diese nämliche Frage entscheidend bezeichnet, aber hervorgehoben, dass es sich mit der lex fori, dem schweizerischen Recht, decke.

[2]) Zu OR Art. 74 vergl. die Kommentare von Oser, Becker, Fick. Ferner Richard Meier, Der Erfüllungsort nach schweizerischem Recht, Zürcher Diss. 1919.

seitigen Verpflichtungen. Das Bundesgericht hat diese Folgerung selbst mehrfach gezogen und entsprechend entschieden.[1])

In der Theorie hat die Massgeblichkeit des Wohnsitzes des Schuldners zahlreiche und gewichtige Vertreter gefunden.[2]) Das Bundesgericht hat in den ersten seiner Entscheidungen über internationales Vertragsrecht, Scholder gegen Wolff vom 18. Juli 1885 (BGE 11 S. 358) ausdrücklich gegen dieses Prinzip Stellung genommen. „Wenn auch das Wohnsitzrecht der Parteien für die Fähigkeit derselben zum Geschäftsabschluss von Bedeutung ist, so kann dasselbe dagegen für den objektiven Bestand und die Wirkungen einer Vertragsobligation nicht als entscheidend betrachtet werden; bei Anwendung des Wohnsitzrechtes, insbesondere auf gegenseitige Verträge, würde die Anomalie entstehen, dass Rechte und Verpflichtungen der beiden Kontrahenten nach verschiedenen Rechten, also möglicherweise in ganz verschiedener Weise sich regelten. Dies entspricht aber gewiss einem vernünftigen Verkehrswillen nicht und es wird denn auch die regelmässige Anwendung des Wohnsitzrechts in Bezug auf objektiven Bestand und Wirkungen obligatorischer Rechtsverhältnisse von Doktrin und Praxis überwiegend verworfen.“

Dem Wohnsitz hat auch in der Folgezeit das Bundesgericht nie für sich allein entscheidende Bedeutung für das anwendbare Recht beigelegt. Aber als Nebenargument zur Verstärkung anderer Anknüpfungsmomente — Parteiwillen, Erfüllungsort — ist er öfter verwendet. So etwa in neuester Zeit i. S. Gebr. Gondrand A.-G. gegen Buss & Cie. A.-G. (BGE 44 II S. 281): „Den kantonalen

---

[1]) Die einschlägigen Entscheide sind ausführlich wiedergegeben bei Börlin S. 209 f. Dazu Homberger S. 48. Weitere Beispiele für das Auseinanderfallen der Erfüllungsorte siehe BGE 48 II S. 393 (Lindenmaier & Cie. gegen Brause & Cie.) und 50 II S. 32 (Gräf & Schlechter A.-G. gegen Ernst Surber & Cie.).

[2]) Vergl. die Zitate bei Walker S. 336.

Instanzen ist darin beizustimmen, dass das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien sich nach schweizerischem Recht beurteilt; denn beide Parteien haben ihren Sitz in der Schweiz und haben sich dem schweizerischen Recht unterworfen, der Vertrag wurde auch in der Schweiz abgeschlossen und war, wenigstens zum Teil, dasebst zu erfüllen.“ Oder Schlittler gegen Niederer & Cie. vom 12. März 1923 (BGE 49 II S. 77): „Die Kompetenz des Bundesgerichts hinsichtlich des anzuwendenden Rechts ist gegeben, da die Verträge in St. Gallen zu erfüllen waren und somit als vom schweizerischen Recht — dem Recht des Erfüllungsortes — beherrscht zu gelten haben, das ausserdem auch das natürliche Recht des in der Schweiz wohnhaften Verkäufers ist, auf dessen Verpflichtungen es vorliegend ankommt.“ Und in Kombination mit dem Ort des Vertragsschlusses i. S. George gegen Lemaître (BGE 50 II S. 24): Le rapport de droit litigieux relève du droit suisse, car le débiteur de l'obligation en litige est domicilié à Genève où la dette a aussi été contractée. (Es handelt sich um eine Wechselverpflichtung.) [1])

Die bundesgerichtliche Rechtssprechung anerkennt schliesslich, dass in gewissen Fällen keines der bereits behandelten Prinzipien durchschlage. Für solche Fälle erklärt sie subsidiär das schweizerische Recht als Recht des Gerichtsortes (jus fori) anwendbar. Also nicht, weil es sich um absolut zwingende Sätze des schweizerischen Rechts handle (siehe darüber unten S. 240a), sondern weil keines der sonstigen Prinzipien zu einem richtigen Resultate zu führen vermöge. So erstmals i. S. Cuny & Cie. gegen Galtès vom 20. Juni 1914 (BGE 40 II S. 485, vergl. oben S. 221a Anm. 1). Das Gericht schliesst nacheinander die drei in Frage kommenden fremden Rechte aus und erklärt das schweizerische als Recht des Wohnsitzes oder des Untersuchungs- oder Erfüllungsortes anwendbar.

---

[1]) Über spezielle Anwendungen des Wohnsitzprinzips bei Versicherungs- und Kontokorrentverträgen siehe unten S. 179a.

Dann aber wird erklärt: „Wollte man aber auch nicht so weit gehen, so wäre doch das schweizerische Recht von einem andern, schon vorinstanzlich hervorgehobenen Gesichtspunkte aus anzuwenden. Die Sache läge dann so, dass es an hinreichenden Gründen fehlte, um die Anwendung ausländischen Rechts gestützt auf eine Ermittlung des wirklichen oder präsumtiven Parteiwillens zu rechtfertigen, und im weiteren liessen sich gegen die Anwendung des schweizerischen Rechts auch keine Billigkeitsgründe namhaft machen. Unter solchen Umständen aber besteht die natürlichste und richtigste Lösung darin, dass man auf das inländische Recht in seiner Eigenschaft als Recht des urteilenden Gerichts abstellt und somit der lex fori (mindestens) eine subsidiäre Anwendung zuerkennt." Folgen Zitate, u. a. der Aufsatz von Börlin. — Schon am 26. Juni 1914 i. S. Lamleth & Cornet gegen Schonlau (BGE 40 II S. 391) wird wieder erklärt: „Es liegen keine besonderen Verhältnisse vor, welche die Anwendung eines andern Rechts als des schweizerischen, des jus fori, rechtfertigen würden, wie denn auch die Parteien sich . . . übereinstimmend auf dieses Recht berufen haben." Ähnlich BGE 41 II S. 270 i. S. Wertenschlag gegen Barlet: „Ein bestimmter Parteiwille ist somit hinsichtlich des anzuwendenden Rechts nicht zu ermitteln; jedenfalls rechtfertigt sich die Anwendung ausländischen Rechts kraft des präsumtiven Parteiwillens und auch kraft der Eigenart des auszulegenden Rechtsgeschäfts (Genehmigung der Vertretung) nicht. Bei dieser Sachlage ist auf das inländische Recht als lex fori, als Recht des urteilenden Gerichts, abzustellen."[1]) Eine sehr wichtige Einschränkung macht das Gericht für den Arrestprozess in seinem Urteil vom 13. Dezember 1920 i. S. Labin & Koppel gegen Gutsche

---

[1]) Nebensächlicher Hinweis auf die lex fori siehe i. S. Remund gegen Guggenheim (BGE 43 II S. 229), Deutsche Evaporator A.-G. gegen Bamberger, Leroi & Cie. (BGE 49 II S. 226), Renold gegen A.-G. für internationalen Warenhandel (BGE 49 II S. 32.).

(BGE 46 II S. 489). „Auch der vom Bundesgericht aufgestellte Grundsatz, dass der Richter im Zweifel die lex fori anwenden soll, ist im vorliegenden Fall nicht anwendbar, weil der Gerichtsstand Zürich (und damit der der Schweiz) nur durch den für die Rechtsanwendung zufälligen Umstand herbeigeführt worden ist, dass der Kläger den zweiten Wagen nicht angenommen hat und ihn verarrestieren liess; das forum arresti aber kann nicht als natürliches forum des Beklagten erscheinen und daher für die Rechtsanwendung auch nicht von durchschlagender Bedeutung sein."

Das sind die Grundlagen, auf denen sich die Spruchpraxis des Bundesgerichts über das internationale Vertragsrecht aufbaut. Eine erschöpfende Darstellung der Materie aber müsste noch wesentliche Ergänzungen bringen.

Eine solche dürfte einmal nicht an gewissen allgemeinen Regeln des JPR vorbeigehen, die bedeutsam auch ins Obligationenrecht hineinwirken. Es sei erinnert an die Fragen der Form von Rechtsgeschäften und an die Regel locus regit actum (z. B. die bekannte Streitfrage nach dem örtlichen Recht der öffentlichen Beurkundung — BGE 46 II S. 391 i. S. Grand gegen Menoud und BGE 47 II S. 383 i. S. Löwengard gegen Rieter und die Verhandlungen des Juristenvereins von 1921). Oder an die Regeln des internationalen Privatrechts über die Handlungsfähigkeit und ihre Besonderheiten für die Verkehrsgeschäfte (Zivr. Verh. G. Art. 7b). Endlich an den im Gebiet des Obligationenrechts nach der Rechtssprechung so wichtigen Grundsatz von der zwingenden Geltung der eigenen Rechtsordnung. (Vorbehaltsklausel, ordre public.)[1])

---

[1]) Die schweizerische Kollisionsnorm erklärt ein fremdes Recht als anwendbar. Die konkrete Lösung dieses Auslandsrechts tritt aber in einen unerträglichen Widerspruch zu der Ordnung des eigenen Rechts. Es muss daher wieder ausnahmsweise

In gerade umgekehrter Richtung liegen zahlreiche Einzelprobleme des internationalen Obligationenrechts, zu deren Bewältigung die dargestellten allgemeinen Grundsätze nicht ausreichen oder wo sie zu ganz unannehmbaren Resultaten führen.[1]) Auch die Praxis des Bundesgerichts liefert dafür genügende Beispiele. Ich erwähne etwa die mit der Stellvertretung zusammenhängenden Probleme. (Vergl. BGE 12 S. 348; 23 S. 172; 49 II S. 74.) Oder die Abtretung (vergl. BGE 23 I S. 143; 39 II S. 77.) Oder die Frage der Verjährung (BGE 12 S. 682 oder 38 II S. 360). Hier sind auch gewisse besondere Vertragstypen zu erwähnen, für welche sich selbständige Regeln als notwendig herausgestellt haben. Aus der Praxis etwa die Versicherungsverträge (BGE 18 S. 874; 42 II S. 182; 46 II S. 421; 49 II S. 116) oder die Kontokorrentverträge mit Banken (BGE 44 II S. 492).

Auch die sog. Quasi-Kontrakte sind hierherzurechnen, soweit sie im System des OR nicht besonders erscheinen.[2]) Es sei als Beispiel die Geschäftsführung ohne Auftrag genannt, über deren örtliches Recht das Gericht i. S. Holthausen gegen Wagner (BGE 31 II S. 665) sich ausgesprochen hat.

---

auf das eigene Recht zurückgegriffen werden. Vergl. hierzu die methodisch richtigen Ausführungen des Bundesgerichts i. S. Lenssen gegen Weingärtner (BGE 32 II S. 733). Die Judikatur über den ordre public im Vertragsrecht siehe bei Homberger S. 69 f.

[1]) Beispiele für die letztere Gruppe: Zwei Schweizer Kaufleute treffen sich auf der Reise nach Paris und schliessen während der Fahrt auf französischem Gebiet einen Vertrag ab. Wird man für die mit dem Vertragsschluss zusammenhängenden Fragen auf französisches Recht abstellen? Sicher nicht. Oder: Ein Schweizer lässt sich aus einem Meerbad von seinem Schneider in der Heimat einen Anzug machen und übersenden. Wird man das Seebad als Erfüllungsort für den einen oder andern ansehen und davon das anwendbare Recht abhängig sein lassen? Unmöglich.

[2]) Vergl. A. von Tuhr, Allgemeiner Teil des schweiz. OR I S. 37.

Es ist gegeben, dass kurze Zusammenfassungen über solche Sonderfälle hinweggehen. Wie gross ihre praktische Bedeutung ist, kann nicht leicht genau festgestellt werden. Aber ihre Zahl ist zweifellos erheblich. Auf jeden Fall darf man diese schwankenden Gestalten bei einer generellen Ordnung nicht übersehen.

Die Obligationen aus unerlaubten Handlungen (OR 41 f.) bereiten der Lehre des JPR weit weniger Schwierigkeiten. Nur zwei Anknüpfungsgründe stehen zur Diskussion: das Recht des Begehungsortes (lex loci delicti commissi) und das Recht des Prozessortes (lex fori). Aber die neuere Entwicklung hat sich fast allgemein dem ersteren Prinzip zugewendet.[1]) Auch der Entwurf von 1905 wollte in Art. 1769 Abs. 2 bestimmen: Forderungen aus unerlaubten Handlungen, die in der Schweiz vorgenommen worden sind, werden nach schweizerischem Recht beurteilt. Die Rechtssprechung des Bundesgerichts hat sich bis jetzt, wenn ich recht sehe, noch nicht eindeutig in diesem Sinne ausgesprochen. In Sachen Martin et Mesmer gegen la Compagnie Paris-Lyon-Méditerranée (BGE 19 I S. 298) wurde auf eine in Frankreich begangene unerlaubte Handlung das schweizerische Recht zur Anwendung gebracht, weil die Parteien vor den kantonalen Gerichten sich nur auf schweizerisches Recht bezogen hatten. Das war sicher unrichtig, denn bei den unerlaubten Handlungen kann es auf den Parteiwillen nicht ankommen. In Sachen Wittmann gegen Fabriken Landquart (BGE 22 I S. 486) ist ausgeführt: „Bezüglich der Deliktsobligationen geht nun in Doktrin und Praxis die vorherrschende Ansicht dahin, dass dieselben nach dem am Orte der Tat geltenden Recht zu beurteilen seien.“ Es wird dann aber, weil hier die Haftung für eine Schädigung durch einen Dritten (Angestellten) in Frage stand, erklärt, es sei unter diesen Umständen auf das am Wohn-

[1]) Siehe Meili, Das internationale Zivil- und Handelsrecht II S. 89 und Walker S. 440.

sitz des in Anspruch genommenen Geschäftsherrn geltende Recht abzustellen. (Vergl. dagegen Becker, Vorbemerkungen zu Art. 41—64, Anm. 21.) Es scheint darnach immerhin, dass für den Normalfall auch das Bundesgericht der herrschenden Meinung zuneigt.

Auch für die ungerechtfertigte Bereicherung stehen sich in der Theorie nur zwei Hauptmeinungen gegenüber: das Wohnsitzrecht des angeblichen Schuldners und das Gesetz des Ortes, wo der Rechtsvorgang sich abgespielt hat.[1]) In diesem letzteren Sinne hat sich die Praxis des Bundesgerichts mehrfach ausgesprochen. So wird i. S. Österreichische Länderbank gegen Gugelmann & Cie. (BGE 26 II S. 272) ausgeführt: „Wie das Bundesgericht in seiner Entscheidung i. S. Durel gegen Compagnie Paris-Lyon-Méditerranée am 15. Juli 1899 (Band 12 S. 342) ausgesprochen hat, sind die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung dem Rechte des Ortes unterstellt, wo die Rechtshandlung, auf welche sich der Bereicherungsanspruch stützt, stattgefunden hat.“ Bestätigt i. S. Holthausen gegen Erben Wagner (BGE 31 II S. 665): „Ebenso richtet sich die Frage der ungerechtfertigten Bereicherung, wie wohl unbestritten ist, nach dem Rechte des Ortes, wo die Bereicherung stattgefunden haben soll, also in der Regel nach dem Rechte des Wohnortes des Erwerbers.“ Man darf freilich nicht glauben, mit diesen Grundsätzen alle Einzelfragen der unerlaubten Handlungen und der Bereicherung sicher erfassen zu können. Das zeigt jeder Blick in die grossen Darstellungen des internationalen Privatrechts.

III. Zur kritischen Würdigung der Praxis.

Die dargestellten Urteile des Bundesgerichts enthalten nur ganz selten wissenschaftliche Zitate.[2]) Sie

---

[1]) Siehe Meili l. c. II 86 & Walker l. c. 457.

[2]) Börlin „hat als einziges Zitat einmal Zitelmann gefunden.“ (l. c. S. 218 Anm. 4.)

verzichten damit auf alle gelehrten Auseinandersetzungen. Dem Einfluss der Doktrin hat sich das Gericht aber nicht entziehen können. Eine kritische Beurteilung muss daher, sofern sie die Leistungen der Wissenschaft nutzbar machen will, die Praxis auf die wissenschaftlichen Doktrinen zurückführen. Nach Börlin hätten alle die modernen Theorien in der Judikatur des Bundesgerichts ihren Widerhall gefunden.[1]) Mag das nun im Einzelfall bewusst oder unbewusst geschehen sein, so muss doch eine wissenschaftliche Kritik hier klar zu sehen suchen.

Wie immer man sich zu dieser Rechtssprechung im einzelnen stellen mag, so muss man ihr zwei Vorzüge von allem Anfang an zuerkennen. Sie ist in ihren Grundlagen über Jahrzehnte hin unverändert geblieben. Das ist von grösster Bedeutung für ein ganz der Rechtssprechung überlassenes Gebiet und man darf damit wohl die Tatsache zusammenbringen, dass bei den kantonalen Gerichten keine grundsätzliche Opposition, keine abweichenden theoretischen Strömungen, sich geltend machen. (Vergl. oben S. 227a.) Das hindert natürlich nicht, dass in einem gegebenen Zeitpunkt unter der Wirkung der Erfahrung oder auch unter dem Einfluss internationaler Einheitsströmungen die bislang geübte Praxis aufgegeben wird.

Der andere Vorzug aber scheint mir darin zu liegen, dass diese Praxis sich reiche Mittel zur Individualisierung bewahrt hat. Wohl besteht in unserer Materie das lebhafteste Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Eine schematische Ordnung würde an sich diesem Bedürfnis entgegenkommen. Aber Ordnung und Rechtssicherheit dürfen nicht den Tatsachen Zwang antun. Da diese hier so verwickelt und so vielgestaltig sind, taugen starre Regeln nichts. Die vom Bundesgericht aufgestellten Richtlinien sind anpassungsfähig und sie dulden Ausnahmen. Das ist für den Rechtsverkehr gelegentlich unbequem, aber es liegt hier in der Sache begründet.

---

[1]) Börlin l. c. S. 218.

Zum einzelnen übergehend ist zunächst zu fragen: Empfiehlt sich die vom Gericht befolgte verschiedene Behandlung des Abschlusses und der Wirkungen der Vertragsobligationen? (Vergl. oben S. 229a.) Das Gericht kann sich dafür auf sehr alte Gewährsmänner berufen. Schon Bartolus unterschied: aut quaeris de his quae oriuntur secundum ipsius contractus naturam tempore contractus und erklärte für diese Fragen die Gesetzgebung des Abschlussortes massgebend; aut de his quae oriuntur ex postfacto propter neglegentiam aut moram, und unterstellte diese Fragen in erster Linie dem Recht des von den Parteien bezeichneten Erfüllungsortes.[1]) Die Unterscheidung zwischen Entstehung und Wirkung der Obligation kehrt dann bei zahlreichen Autoren mit vielen Varianten bis in die Neuzeit wieder.[2]) Die meisten modernen Theoretiker (seit Story und Savigny) aber verwerfen die Unterscheidung und sie empfehlen als subsidiäre Regel (also wenn der Parteiwille oder die besonderen Umstände des Falles keine andere Regelung erfordern) ein einheitliches Prinzip, das Recht des Abschlussortes oder des Erfüllungsortes oder des Wohnsitzes des Schuldners usw. Damit verglichen ist der Standpunkt des Bundesgerichts kompliziert. Er zwingt zu Auseinandersetzungen sowohl über den Begriff des Abschlussortes (z. B. bei Verträgen unter Abwesenden), als auch des Erfüllungsortes. Er macht auch eine Unterscheidung notwendig, was zum Abschluss und was zu den Wirkungen der Verträge gehört. Indessen ist dabei folgendes nicht zu übersehen. Auch die Verfechter des Abschlussortes als leitenden Prinzips müssen für gewisse Einzelfragen (z. B. die Art der Zahlung) zum Erfüllungsort ihre

---

[1]) Vergl. Laîné, Introduction au Droit international privé I S. 135.

[2]) Zahlreiche Autoren bei Fiore, Diritto internazionale privato 4. Aufl. I No. 118 und 119. Fiore selbst verteidigt dort eine ähnliche Auffassung.

Zuflucht nehmen.[1]) Andererseits ist auch für die Anhänger des Erfüllungsortes der Abschlussort nicht völlig unwesentlich.[2]) Die grössere Kompliziertheit der bundesgerichtlichen Unterscheidung ist also keine prinzipielle, sondern nur eine graduelle. Sodann hat die Unterscheidung, die sich in den Urteilen allmählich und sichtbar unter dem Einfluss besonderer Fälle durchgesetzt hat, wenigstens unter dem System des Erfüllungsortes, auch ihren guten Sinn. Es ist einer der Haupteinwände gegen den Erfüllungsort, dass er zur Zeit des Vertragsschlusses oft noch gar nicht bestimmt ist. Die Rückwirkung des Rechts des Erfüllungsortes auf die mit dem Vertragsabschluss zusammenhängenden Fragen erscheint in der Tat oft als gesucht. Solchen stossenden Konsequenzen des Systems des Erfüllungsorts geht die vom Bundesgericht befolgte Unterscheidung aus dem Wege. Sie vermeidet ferner in einem wichtigen Fall den Nachteil des möglichen Auseinanderfallens der Erfüllungsorte in den synallagmatischen Verträgen. (Vergl. oben S. 236a.) Für die Frage, ob ein Vertrag zustande gekommen ist oder nicht, lässt sich mit dem System der mehreren möglicherweise anwendbaren Rechtsordnungen in der Tat nicht auskommen. Das Prinzip des Abschlussortes verhütet diese Lage, indem es für alle das Zustandekommen des Vertrags betreffenden Fragen eine einheitliche Regel schafft. Die Ausscheidung, was zum Abschluss und was zu den Wirkungen des Vertrags gehöre, hat bis jetzt der Praxis keine Schwierigkeiten bereitet. So finde ich keine ausreichenden Gründe, um die Preisgabe dieser Unterscheidung zu fordern, solange wenigstens am Prinzip des Erfüllungsortes festgehalten wird.[3])

---

[1]) Vergl. z. B. A. Weiss, Traité IV S. 364 und desselben Manuel S. 553.

[2]) So gelten wohl nach allen Beurteilern für die Markt- und Börsenverpflichtungen die Grundsätze des Abschlussortes, selbst wenn der Erfüllungsort ausnahmsweise nicht mit dem Abschlussort zusammenfällt.

[3]) Sehr zweifelhaft erscheint, ob auch die mit der Vertrags-

Eine weitere Frage gilt dem Prinzip der Parteiautonomie, der Wahl des anwendbaren Rechts durch die Parteien. Es ist oben (S. 223a Anm. 2) auf die beträchtlichen theoretischen Meinungsverschiedenheiten hingewiesen worden, die über die Konstruktion und rechtsphilosophische Begründung dieses erstmals von dem Franzosen Molinaeus (1500—1566) vertretenen und seither von den Theoretikern aller Länder in irgend einer Form festgehaltenen Prinzips bestehen. Da hier eine für den internationalen Rechtsverkehr überaus wichtige Übereinstimmung aller Kulturrechte vorliegt, kann es sich von allem Anfang an nicht darum handeln, diesen festen Punkt in der praktischen Handhabung des internationalen Rechtes aufzugeben. Fraglich kann nur der Einzelausbau sein, insbesondere die Bedeutung, die dem sog. präsumtiven Parteiwillen beizulegen ist. Da darf man wohl an eine ähnliche Frage erinnern: an das bekannte Problem des gesetzgeberischen Willens. Wie man immer mehr davon abgekommen ist, alle möglichen bei der Gesetzesanwendung auftauchenden Zweifelsfragen durch den zu erforschenden konkreten Willen der bei der Gesetzgebung Beteiligten zu lösen, während diese einen solchen Willen gar nicht hatten, noch haben konnten,[1]) so ist es auch völlig wertlos, einen Parteiwillen zu konstruieren, wo die Parteien gerade nichts erklärt und gewollt haben, wo sie vielmehr über die Frage der Rechtsanwendung miteinander im Streite liegen. Man kommt um keinen Schritt vorwärts und für die Befestigung des Entscheides wird nichts gewonnen,

---

auflösung zusammenhängenden Fragen generell dem Recht des Errichtungsortes unterstellt werden können, wie im Urteil Blanchard gegen Schmid, Kappeler & Cie. (BGE 38 II S. 519) nebenbei gesagt ist. Die Doktrin hat jedenfalls diese Konsequenz nicht gezogen und auch die Praxis des Bundesgerichts ist noch nicht festgelegt. Man wird zum mindesten mit dem Vertragsabschluss zeitlich zusammenhängende (Nichtigkeit, Anfechtbarkeit) und spätere Vertragsauflösungen (Rücktritt mangels Erfüllung u. ä.) zu unterscheiden haben.

[1]) Vergl. hierzu Gmür, Personenrecht, 2. Aufl. Art. 1 Anm. 5.

wenn man in solchen Fällen den Parteien einen Willen unterschiebt und sich darüber den Kopf zerbricht, was die Parteien vernünftigerweise gewollt hätten, wenn sie eben — gewollt hätten. Damit wird nur die Notwendigkeit verschleiert, das anwendbare Recht aus der Gesamtheit aller Umstände und der international wichtigsten Beziehung herauszufinden. Die tatsächlichen Umstände können so deutlich sein, dass aus ihnen auf einen bewussten Willen der Parteien geschlossen werden kann, so wie auch jede andere Willenserklärung durch konkludentes Handeln abgegeben werden kann. Wo das nicht der Fall ist, muss der Entscheid, wie bei allen andern Lücken der Parteiberedung, nach objektiven Kriterien gesucht werden.

So ist es schon aus diesen allgemeinen Gründen völlig richtig, dass das Gericht entsprechend der Kritik von Börlin (oben S. 233a) dem prozessualen Verhalten der Parteien und Parteivertreter vor den kantonalen Instanzen nicht mehr die frühere Bedeutung für das anwendbare Recht beimisst. Ob die Parteivertreter und vielfach auch die Gerichte selbst etwas über die Frage sagen oder an ihr vorbeigehen, kann nach allgemeinen Grundsätzen für die Frage der Rechtsanwendung nicht entscheidend sein und noch weniger darf solches Schweigen als bewusste Wahl des schweizerischen Rechts gedeutet werden. Die Änderung der Praxis hat allerdings eine für den Rechtsverkehr unerwünschte Folge gehabt: das aufgegebene Prinzip wirkte zugunsten der Anwendung des schweizerischen Rechts, das Bundesgericht überprüfte infolgedessen die kantonalen Urteile in ihrer Gesamtheit. Die neue Praxis führte dagegen öfter zur Anwendung ausländischen Rechts, dessen richtige Anwendung nach der bis jetzt befolgten Praxis der Überprüfung durch das Bundesgericht nicht untersteht. Dem Bundesgericht mochte die dadurch bei einzelnen Fällen bewirkte Entlastung erwünscht sein, nicht ebenso der Wegfall der bundesgerichtlichen Kontrolle für den internationalen Rechtsverkehr. Es wird auf diese Lücke der jetzigen

prozessualen Ordnung zurückzukommen sein. Auf keinen Fall dürfte eine einzelne unerwünschte Nebenwirkung zur Wiedereinführung des mit gutem Grund aufgegebenen Prinzips der Ableitung eines Parteiwillens aus dem prozessualen Verhalten führen.

Aus den nämlichen Gründen ist es unrichtig, wenn für die Wahl des Erfüllungsortes als für die Rechtsanwendung massgebender Beziehung der Umweg über einen mutmasslichen Parteiwillen eingeschlagen wird. (Vergl. oben S. 234a.) Wo ein erklärter oder den Umständen zu erschliessender Parteiwille zugunsten des Erfüllungsortes fehlt, nützt es nichts zu fingieren, dass die Parteien vernünftigerweise diesen Ort als ausschlaggebend betrachtet haben müssen. Sondern es ist dann entsprechend der ständigen Praxis der Erfüllungsort als subsidiäres Prinzip aus objektiven Gründen als ausschlaggebend zu erklären, wo nicht besonderer Anlass zu Abweichungen besteht. Dass der Umweg über den Parteiwillen den Grundsatz des Erfüllungsortes anpassungsfähiger mache, wie Homberger S. 49 annimmt, kann ich nicht finden. Der Grundsatz gilt ja selbst nur als subsidiäre Regel. Wo er zu unhaltbaren Resultaten führt, kann er auch ohne Berufung auf den Parteiwillen aufgegeben werden.

Die bedeutsamste kritische Frage aber ist: Ist es richtig, dass das Gericht, wo der Parteiwille oder die Umstände nichts Besonderes verlangen, ein subsidiäres Anknüpfungsprinzip aufstellt? Und wenn ja, welches der vorgeschlagenen Anknüpfungsmomente ist das bestbegründete und welches bringt die praktisch brauchbarsten Resultate hervor?

Es ist mehrfach die Meinung geäussert worden, dass kein allgemeines Prinzip anzuwenden sei, sondern dass die Praxis sich in voller Freiheit von Fall zu Fall entscheiden soll. Niemand hat diese Auffassung glänzender vertreten als E. Roguin, der sie seinem hervorragenden Entwurf zu handen der III. Haager Konferenz zugrunde gelegt und auch im Institut de Droit International verteidigt

hat.[1]) Die Begründung dieser These lautet zusammengefasst: Wie die Parteien frei sind, das anwendbare Recht in den Schranken der zwingenden Gesetze völlig frei zu wählen, so soll auch der Richter bei der Erforschung dieses Parteiwillens oder bei dessen Ergänzung nicht durch irgend eine Praesumption gebunden sein, zumal da alle die vorgeschlagenen Prinzipien nur mit vielen Ausnahmen Geltung beanspruchen können.

Bei aller Anerkennung der in diesem Vorschlag steckenden Logik wurden in den Beratungen des Instituts von allen andern Autoritäten die dringenden Bedürfnisse der Rechtssicherheit dieser vollen richterlichen Freiheit vorangestellt. Es ist in der Tat notwendig, dem Rechtsverkehr und den Gerichten im Interesse der Voraussehbarkeit und der Rechtssicherheit eine allgemeine Richtschnur in Form eines subsidiär anwendbaren Prinzips zu geben, das überall zu befolgen ist, wo nicht besondere, im einzelnen aufzuführende Umstände eine andere Lösung fordern. Bei aller Mannigfaltigkeit der Umstände darf doch die Rechtssprechung nicht den Charakter des

---

[1]) Vergl. Actes de la troisième Conférence de la Haye 1900 p. 61, Annuaire de l'Institut 1920 p. 75, auch abgedruckt bei Meili II S. 22. Art. 5 dieses Vorschlags lautet: Dans la mesure où il n'est en contradiction avec aucune disposition impérative, ni prohibitive, le fond du contrat est soumis à la loi choisie expressément ou implicitement par les contractants. — Si les contractants n'ont en aucune façon montré quelle était leur volonté à cet égard, le juge, examinant toutes les circonstances de l'espèce, recherchera à quelle législation ils se seraient le plus probablement référés, si leur attention s'était portée sur ce point. — Le juge examinera, entre autres, quel a été le lieu de la conclusion du contrat, et quel est celui de son exécution. Il se préoccupera aussi du domicile et de l'indigénat des parties, surtout quand l'un ou l'autre sera le même pour tous les contractants. Il tiendra compte également de la concordance dans les solutions de deux ou plusieurs des lois en compétition. — Et, finalement, le juge prendra comme règle la loi lui paraissant répondre le mieux aux circonstances du cas concret, sans être lié par aucune présomption, ni absolue, ni même seulement relative.

völlig Unberechenbaren und Zufälligen annehmen. Nur wenn eine solche allgemeine Richtschnur aufgestellt wird, kann die Forderung nach objektiver und nach Möglichkeit einheitlicher Rechtssprechung erfüllt werden.

Welches der vorgeschlagenen Anknüpfungsmomente aber soll in solcher Weise verwendet werden? Das Bundesgericht hat in den Spuren Savignys wandelnd wie bekannt den Erfüllungsort gewählt.[1]) „Die Obligation besteht eben darin, dass irgend etwas, das früher in der Willkür einer Person stand, in ein Notwendiges, das bisher Ungewisse in ein Gewisses, verwandelt wird, und dieses notwendig und gewiss Gewordene ist gerade die Erfüllung. Auf diese also ist die ganze Erwartung der Parteien gerichtet, und es liegt daher im Wesen der Obligation, dass der Ort der Erfüllung als Sitz der Obligation gedacht, dass an diesen Ort der Gerichtsstand der Obligation durch freie Unterwerfung verlegt werde.“ (System B. VIII S. 208.) Nachdem diese Lehre anfänglich fast unbedingte Zustimmung gefunden hatte und ihre allgemeine Annahme als eine blosse Frage der Zeit erscheinen konnte, hat sie in den letzten Jahrzehnten an Ansehen eingebüsst. Man muss ihr in der Tat gewichtige praktische Bedenken entgegenhalten. Der „Erfüllungsort“ ist ein Rechtsbegriff, über den die verschiedenen Rechtsordnungen keineswegs einig sind. Es muss also die Vorfrage gelöst werden: woher nimmt der Richter diesen Rechtsbegriff, bevor er ihn für die Frage der Rechtsanwendung nutzbar machen kann? (Vergl. oben S. 236a.) Verwendet der Richter — was keineswegs unbestritten ist —, den seiner eigenen Rechtsordnung entstammenden Begriff, so wird er regelmässig (auch in der Schweiz OR 74) auf eine komplizierte Ordnung verwiesen, bei der zudem wiederum der Parteiwille eine wichtige Rolle spielt. Die unangenehmste, von der bundesgerichtlichen Praxis allerdings abgeschwächte

[1]) Siehe Gutzwiller, Der Einfluss Savignys auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts, Freiburg 1923, S. 92, 106 f.

Konsequenz dieses Prinzips ist das mögliche Auseinanderfallen der Erfüllungsorte und damit des anwendbaren Rechts bei den synallagmatischen Verträgen. (Vergl. oben S. 236a.)

Es wird sich fragen, ob bei den andern Anknüpfungsgründen wesentlich andere Verhältnisse bestehen. Zu näherem Vergleich brauchen indessen wohl nur die Anknüpfungsmomente: Ort des Vertragsschlusses und Wohnsitz des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses herangezogen zu werden, da sie allein als ernstliche Rivalen des Erfüllungsorts in Frage kommen.[1])

Der Abschlussort hat zunächst den Vorzug der international weitesten Verbreitung und Anerkennung. Gerade für das Gebiet des Obligationen- und Handelsrechtes ist fraglos eine international gleiche Behandlung der Konflikte ein Postulat von der höchsten praktischen Bedeutung. Solche Einheitsbestrebungen werden erleichtert, wenn sie sich an die Prinzipien anschliessen, die bereits ein weites Anwendungsgebiet haben. Aus diesem Grunde hat z. B. Niemeyer seinen Vorschlägen für das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch den Abschlussort zugrunde gelegt.[2]) Auch das Institut de Droit International hat sich schliesslich auf dies Prinzip als letzte allgemeine Regel geeinigt.[3])

---

[1]) Insbesondere darf wohl das von Zitelmann vertretene und zuletzt auch von Bar (Hinneberg, Kultur der Gegenwart, Systematische Rechtswissenschaft S. 155) aufgenommene Prinzip der Staatsangehörigkeit des Schuldners als allgemein abgelehnt ausserhalb der näheren Besprechung bleiben.

[2]) Sein Vorschlag lautet: § 7. Für die Entstehung von Schuldverhältnissen aus unerlaubten Handlungen sind die Gesetze des Ortes massgebend, an dem die Handlung begangen ist — Im übrigen sind die Schuldverhältnisse nach denjenigen Gesetzen zu beurteilen, deren Anwendung nach Lage des einzelnen Falles gemäss dem Wesen und der Aufgabe der Rechtspflege im Sinne internationaler Rechtsgemeinschaft angemessen erscheint. Im Zweifel gilt als solches für Rechtsgeschäfte unter Lebenden das Ortsrecht der Geschäftserrichtung.

[3]) Nach Aufstellung zahlreicher konkreter Regeln über Einzelfälle formuliert das Institut: Art. 3. Si la détermination de la

Der Abschlussort hat auch den Vorzug der für beide Teile unter allen Umständen gleichen Lösung. Aber er hat auch seine Nachteile. Er hat vor allem mit der grossen Schwierigkeit der Bestimmung des Abschlussortes bei Verträgen unter Abwesenden zu tun. Darin gehen die einzelnen Rechte ausserordentlich weit auseinander. Es stellt sich also die gleiche Frage, wie beim Erfüllungsort: welches Recht soll massgebend sein für die Entscheidung dieser Vorfrage? Man darf wohl auch darauf hinweisen, dass mit zunehmender Formlosigkeit der Rechtsgeschäfte und mit den immer reicheren Möglichkeiten des Verkehrs die Fälle zunehmen, in denen der Errichtungsort ein reiner Zufall ist, bei dem jeder innere Grund dafür fehlt, gerade ihn als massgebend für die Rechtsanwendung zu erklären. Die notwendigen Ausnahmen mögen so leicht die subsidiäre Regel fast völlig verdrängen, zumal in Ländern wie der Schweiz, wo der Urkundenbeweis und damit der Zwang zur Formalisierung der Geschäfte eine weit geringere Rolle spielt als in den romanischen Ländern, bei denen dies Prinzip vor allem in Blüte steht.

Auch der Wohnsitz des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses als subsidiär anzuwendendes Prinzip bietet Vor- und Nachteile für die praktische Handhabung. Auch er ist ein Rechtsbegriff, der in den verschiedenen Rechtsordnungen keineswegs einheitlich ausgestaltet ist. Auch da bedarf es also einer Verständigung über die Vorfrage, welchen Wohnsitzbegriff der Richter anzuwenden habe. Mit dem Erfüllungsort teilt der Wohnsitz auch das Schicksal, dass er sehr häufig nicht beiden Parteien gemeinsam ist, sodass auch hier ein Auseinanderfallen des anwendbaren Rechts bei den synallagmatischen Verträgen un-

---

loi applicable, dans le silence des parties, ne ressort ni de la nature du contrat, ni de leur condition relative ni de la situation des biens, le juge aura égard à la loi de leur domicile commun, à défaut de domicile commun, à leur loi nationale commune, et si elles n'ont ni domicile dans le même pays, ni nationalité commune, à la loi du lieu de contrat. (Annuaire 1922 S. 291.)

vermeidlich ist, ein Nachteil, dessen wirkliche Bedeutung freilich auch nicht überschätzt werden darf.[1]) Demgegenüber bietet die Bestimmung nach dem Wohnsitz doch Vorteile, die ganz erheblich zu seinen Gunsten ins Gewicht fallen. Der Wohnsitz ist ein von der streitigen Obligation unabhängiges Element, das eine objektive, normalerweise doch nicht zu schwer festzustellende Tatsache in den Vordergrund stellt. Er ist jedenfalls ein weit einfacherer Rechtsbegriff, als der Erfüllungsort mit seiner erneuten Verweisung auf den Parteiwillen. Da der Gerichtsstand des Wohnsitzes (BV Art. 59) im Gebiet des Obligationenrechts eine höchst wichtige Rolle spielt, ergäbe sich durch die Wahl dieses Anknüpfungsgrundes für die schweizerische Rechtssprechung ungezwungen und in theoretisch einwandfreier Weise in zahlreichen Fällen die höchst erwünschte Übereinstimmung zwischen Gerichtsstand und anwendbarem Recht. Auch auf die Übereinstimmung mit dem allgemeinen Grundsatz des Personen-, Familien- und Erbrechts (ZivrVerhG Art. 2) darf hingewiesen werden. Ich komme daher zum Schluss, dass im Rahmen unseres heutigen Rechts die Anknüpfung an den Wohnsitz derjenigen an den Erfüllungsort vorzuziehen wäre. Man darf wohl auch sagen, dass schon die jetzige Praxis die Neigung zeigt, den Wohnsitz stärker zu betonen. (Vergl. oben S. 237a.) Dass jeder Wechsel des

[1]) Die Ansichten der Theorie über die Tragweite solchen Auseinanderfallens gehen weit auseinander. Nur wo eine direkte Abhängigkeit gegenseitiger Verpflichtungen voneinander besteht, muss eine einheitliche Norm gesucht werden. Im übrigen kann bei der Vielgestaltigkeit der möglichen internationalen Beziehungen die Berücksichtigung mehrerer Rechtsordnungen innerhalb eines Rechtsverhältnisses nicht schlechthin ausgeschlossen werden. (Vergl. S. 221a Anm. 1.) Wer in internationale Rechtsverhältnisse eintritt, muss sich vor Augen halten, dass unter Umständen auch das fremde Recht des Partners oder eines sonstwie mit dem Tatbestand in Beziehung stehenden fremden Landes seinen Einfluss übt. Eine gewisse Unsicherheit und erhöhte Gefahr, verglichen mit dem internen Rechtsverkehr, lässt sich beim heutigen Stand der Dinge nicht völlig ausschliessen.

massgebenden Prinzips, zumal auf dem Wege der blossen Gerichtspraxis, auch seine praktischen Bedenken hat, entgeht mir dabei nicht.

Das Zusammenfallen von Gerichtsstand und materiellem Recht, von forum und jus, sucht die letzte Phase der bundesgerichtlichen Rechtssprechung durch die Wahl der lex fori zu erreichen. (Vergl. oben S. 238a.) Gegen diese Praxis aber bestehen sehr erhebliche Bedenken. Über ganz wenige Fragen des internationalen Privatrechts besteht heute eine so durchgehende Übereinstimmung der Doktrin, wie in der absoluten Verwerfung der lex fori als Bestimmungsgrund des örtlichen Rechts.[1])

Ausgangspunkt aller internationalprivatrechtlicher Ordnung ist die Erkenntnis, dass das Gericht nicht einfach sein eigenes Recht auf die zu beurteilenden Tatsachen anwenden darf, sondern dass Zweifel über die örtliche Rechtsanwendung nach objektiven Kriterien (durch Anknüpfung an ein als wesentlich zu erkennendes Element des Tatbestandes) geschlichtet werden müssen. Für diese Frage bedeutet der Zufall nichts, wo gerade Recht gesprochen wird. Das Ideal ist ja, dass überall auf den nämlichen Tatbestand dasselbe Recht zur Anwendung gelange. Sobald der Richter einfach sein eigenes Recht anwendet, ist diese übereinstimmende Behandlung auch der Idee nach aufgegeben. In der Praxis ist die lex fori ein für den ganzen Bestand des internationalen Privatrechts ungemein gefährliches Prinzip. Der Richter wird

---

[1]) Walker S. 324. Über diese, man kann sagen, geschlossene Meinung der die lex fori verwerfenden Doktrin geht die Beweisführung Börlins (l. c. S. 199) doch zu leicht hinweg. Schon Homberger (S. 65 Anm. 2) hebt hervor, dass jedenfalls die angelsächsischen Autoren nicht auf dem Standpunkt der lex fori stehen. Es bleibt eigentlich nur die vereinzelte Meinung Hölders, der seinerseits auf die allgemein aufgegebene Theorie von Wächter zurückgegriffen hat. Wie schwierig die von Börlin immerhin zugelassenen Ausnahmen zugunsten fremder Rechte zu ermitteln und einheitlich zu handhaben wären, sei nur nebenher erwähnt. — Gegen die lex fori gut Homberger S. 65.

natürlich gern geneigt sein, im Zweifel sein eigenes Recht anzuwenden. Da solche Zweifel ja immer vorhanden sind, besteht die erhebliche Gefahr, dass die unteren Instanzen dem JPR noch weniger Beachtung schenken, als es sonst geschieht und mit dieser bequemen Regel die Beachtung fremden Rechtes nach aller Möglichkeit ausschalten.

Das Bundesgericht hat glücklicherweise für einen wichtigen Fall, den Arrestprozess mit seiner vom internationalrechtlichen Standpunkt aus völlig willkürlichen Schaffung eines inländischen Forums, die subsidiäre Anwendung der lex fori als ausgeschlossen erklärt. „Das forum arresti kann nicht als natürliches Forum des Beklagten erscheinen und daher für die Rechtsanwendung auch nicht von durchschlagender Bedeutung sein.“ (Urteil i. S. Labin & Koppel gegen Gutsche, BGE 46 II S. 489.) Dieser Gedanke bedarf aber der Verallgemeinerung. Der schliessliche Gerichtsort wird in zahlreichen Fällen des internationalen Rechts völlig unvoraussehbar, der reine Zufall, sein (z. B. beim Wechsel des Domizils des Beklagten nach Vertragsschluss). In allen solchen Fällen darf also die lex fori für die Frage der Rechtsanwendung keine Rolle spielen. Wenn das anerkannt wird, dann ist allerdings für die schlimmsten Fälle vorgesorgt. Aber es ändert nichts daran, dass das Prinzip als solches falsch und gefährlich ist. Wenn man mit dem „natürlichen Recht“ des Beklagten operieren will, so darf das vielleicht im Zusammenhang mit dem „natürlichen Richter“ (le juge naturel), also dem Wohnsitz des Beklagten, geschehen. Aber die lex fori als allgemeiner Bestimmungsgrund des anwendbaren Rechts ist aufzugeben.

Ob nun der Abschlussort, der Wohnsitz des Schuldners im Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder der Erfüllungsort als subsidiäres Prinzip gewählt wird, ist übrigens nicht von so fundamentaler Bedeutung. Jedes Prinzip muss zahlreiche Ausnahmen anerkennen und unter jedem System werden sich Einzelfälle in grosser Zahl behaupten, die einer eingehenderen Regelung bedürftig sind. (Vergl.

oben S. 241a.) Auf allen diesen Wegen werden so die wesentlichen Bedürfnisse des internationalen Rechtsverkehrs befriedigend geordnet werden können, wobei sich durch dieses Zusammenspiel von Regeln mit Ausnahmen die Einzellösungen in den verschiedenen Staaten einander eher annähern werden. Und in derselben Richtung wirken die grossen Prinzipien der Vertragstreue und der Billigkeit. Das ergibt für eine schliessliche Vereinheitlichung auch der leitenden Grundsätze eine günstige Prognose. Im Unterschied zu manch anderen Fragen des JPR spielen im Gebiet des Obligationenrechts nicht nationale, politische, wirtschaftliche Fragen die Hauptrolle, sondern solche der juristischen Technik und blosser Zweckmässigkeit. In solchen Fragen ist starres Festhalten am Überlieferten nicht notwendig.

Wir fassen zusammen:

Die verschiedene Behandlung von Abschluss und Wirkungen der Verträge ist unter dem System des Erfüllungsorts (und wohl auch des Wohnsitzes) aus praktischen Überlegungen gerechtfertigt. Der ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Parteiwillen ist im Gebiete des nichtzwingenden Rechts als erste Regel für die Ermittlung des örtlichen Rechts beizubehalten, jedoch unter Verzicht auf alle Untersuchungen über einen mutmasslichen, vernünftigen und dergl. Willen. Wo nicht nach Lage der Umstände eine besondere Behandlung eintreten muss, hat sich die Rechtssprechung an ein allgemeines Prinzip zu halten. Als solches wäre im System des schweizerischen Rechts der Wohnsitz des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses dem Erfüllungsort überlegen. Der Übergang zum Abschlussort könnte aus Gründen internationaler Einheit ernstlich in Frage kommen. Das Recht des Gerichtsortes ist als subsidiäres Prinzip gänzlich aufzugeben.

IV. Die Frage der Gesetzgebung.

Dass eine gesetzgeberische Lösung der Probleme des internationalen Obligationenrechts ihre ganz besonderen Schwierigkeiten bietet, bedarf nach dem Gesagten kaum besonderer Begründung. Steht doch hier nicht bloss das Wie, sondern auch das Ob in Frage. Es gibt zahlreiche Vertreter der Wissenschaft des JPR, die grundsätzlich einer gesetzgeberischen Lösung abgeneigt sind und eine angemessene, schliesslicher Uebereinstimmung sich nähernde Bewältigung der Aufgabe am ehesten von Praxis und Wissenschaft erwarten.[1]) Nach Hafner wäre das, wie ich erst jetzt sehe, auch der Grund gewesen, weshalb man bei Erlass des Obligationenrechts von einer gesetzlichen Regelung absah.[2]) Mit dieser Grundauffassung und mit den besonderen technischen Schwierigkeiten jedes gesetzgeberischen Versuches in diesem Rechtsgebiet ist die auffallende Zurückhaltung und Bescheidenheit der meisten Gesetzgeber in Verbindung zu bringen.

Immerhin gibt es Gesetze. Die entscheidende Frage wird also sein, in welchem Masse sich das Bedürfnis nach einer gesetzlichen Ordnung zeigt. Und da ist schon damit zu rechnen, dass gerade für die Schweiz mit ihrem ausgebreiteten internationalen Rechtsverkehr auf der einen

---

[1]) „Die Hauptarbeit muss im JPR ganz besonders der freien Wissenschaft bleiben; mit jedem neuen Gesetz eines einzelnen Staates können ohnehin neue Aufgaben hier auftauchen, und Gesetzgebung und Staatsverträge würden hier oft erst spät Abhilfe schaffen können, während die Wissenschaft, wenn sie allzu sehr durch positive Gesetze eingeschränkt und der freien Bewegung entwöhnt wäre, ihrerseits die Aufgabe auch nur einstweilen zweckentsprechend zu lösen verlernt hätte.“ v. Bar I 14.

[2]) „Denn offenbar hat das Stillschweigen des Gesetzes lediglich darin seinen Grund, dass man die Aufstellung bestimmter Regeln nicht für ratsam, der richterlichen Beurteilung eher hinderlich als förderlich erachtete und die Anwendung und Ausbildung der richtigen Grundsätze der Gerichtspraxis in Verbindung mit der Wissenschaft überlassen wollte.“ Hafner, Kommentar 2. Aufl., Einleitung S. XXVIII.

Seite, mit ihren Laiengerichten auf der andern, eine gesetzliche Formulierung besonders erwünscht sein könnte. Es bedarf also die Bedürfnisfrage in erster Linie der Abklärung. Vermag die bisherige Gerichtspraxis den Bedürfnissen der Rechtssprechung, aber auch des aussergerichtlichen Verkehrs, zu genügen? Hierüber zu einer sicheren Meinung zu kommen, ist für den einzelnen Beobachter nicht leicht. Es ist zu wünschen, dass am Juristentag recht viele, den verschiedenen Berufstätigkeiten angehörende Juristen die Gelegenheit ergreifen, sich zur Bedürfnisfrage zu äussern. Wird sie bejaht, so muss sich auch ein Weg finden, auf dem der Gesetzgeber zum Ziele kommt.

Zwei grundsätzlich verschiedene Wege gesetzgeberischer Technik scheinen sich aufzutun.

Der Gesetzgeber kann sich darauf beschränken, durch allgemein gehaltene, elastische Bestimmungen die Normalfälle zu ordnen, wobei aber ausdrücklich die richterliche Rechtsfindung für die Ordnung besonderer Fälle und von Spezialfragen vorzubehalten ist. Im Gebiete der Vertragsobligationen würde also der Gesetzgeber Stellung zu nehmen haben zu der Frage des subsidiär anwendbaren Anknüpfungsprinzips (Erfüllungsort, Abschlussort, Wohnsitz etc.), so wie das im Vorentwurf zum ZGB und im Entwurf von 1905 versucht wurde.[1]) Dabei könnte der

---

[1])Vorentwurf Schlusstitel. Anwendungs- und Übergangsbestimmungen. 1. Abschnitt. IV. Die Bestimmungen des Obligationenrechts finden, wenn keine andere Willensmeinung der Beteiligten anzunehmen ist, auf alle Verhältnisse Anwendung, die in der Schweiz zur Erfüllung gelangen sollen.

Entwurf 1905 Art. 1769. Die Bestimmungen des schweizer Zivilrechts über das Obligationenrecht finden, wenn keine andere Willensmeinung der Beteiligten anzunehmen ist, auf alle Verträge Anwendung, die in der Schweiz zur Erfüllung gelangen sollen. Forderungen aus unerlaubten Handlungen, die in der Schweiz vorgenommen worden sind, werden nach schweizerischem Rechte beurteilt.

Dazu ist in den Motiven S. 63 bemerkt: „Weitere Vorschriften schienen bei der geringen praktischen Bedeutung, die den betreffenden Materien zukommt, entbehrlich zu sein."

Gesetzgeber sich darauf beschränken, die bestehende Gerichtspraxis in ihren Grundzügen festzuhalten. Der damit erzielbare Vorteil würde darin liegen, dass die dem Fernstehenden schwer erkennbaren Entscheidungsprinzipien festgelegt, insbesondere auch für die untern Instanzen Klarheit über die Grundfragen geschaffen würde. Viele Einzelfragen würden offen bleiben, damit aber auch die richterliche Freiheit gewahrt. Selbstverständlich liesse sich auf solchem Wege auch der Übergang zu andern Grundsätzen vollziehen mit dem Vorteil, dass das Gesetzeswort rascher durchgreifen könnte, als eine lediglich auf dem Wege der Spruchpraxis durchzusetzende Änderung.[1])

Gegen die in den Entwürfen vorgeschlagene Lösung erhob sich namentlich Meili mit Schärfe: „Mit dieser Formel (Erfüllungsort) soll das ganze Obligationenrecht geordnet sein! So einfach liegen nun doch die Verhältnisse nicht, und indem der Vorentwurf die Lösung exclusive auf das Gesetz des Erfüllungsortes abstellt, geht er sogar weit über den grossen Savigny hinaus, dem man aber gerade in dieser Beziehung energisch entgegengetreten ist."[2])

---

[1]) Für die in Teil III oben entwickelten Auffassungen könnte etwa folgende Formulierung in Frage kommen:

Die mit dem Abschluss eines Vertrages zusammenhängenden Rechtsfragen werden in der Regel nach den am Abschlussort (Errichtungsort) geltenden Vorschriften beurteilt. Verträge unter Abwesenden gelten als an dem Orte abgeschlossen, wo die Annahmeerklärung eingetroffen ist.

Inhalt und Wirkungen der Verträge sind, sofern nicht zwingende Gesetzesbestimmungen in Frage stehen, nach dem Rechte zu beurteilen, das die Beteiligten gewählt haben.

Ist ein solcher Parteiwille weder ausdrücklich festgelegt, noch durch Auslegung zu ermitteln, so ist in der Regel das am Wohnsitz des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses geltende Recht massgebend.

Der Richter ist indessen berechtigt, wo die besonderen Umstände es erfordern, das anwendbare Recht nach einem andern der in der Rechtslehre vertretenen Grundsätze zu bestimmen.

[2]) F. Meili. Die Kodifikation des schweiz. Privat- und Strafrechts 1901 S. 120.

Es schwebte Meili sonach eine ganz anders geartete gesetzgeberische Technik vor. Der Gesetzgeber soll in die Einzelheiten eindringen und den Versuch machen, möglichst alle Zweifelsfragen dem Richter aus der Hand zu nehmen, die Tragweite der allgemeinen Anknüpfungsprinzipien genau abzugrenzen und auch alle Spezialfragen (Vertretung, Zession, Quasi-Verträge usw.) möglichst erschöpfend zu ordnen. Als Typus einer derartigen gesetzgeberischen Behandlung sind die Resolutionen des Institut de Droit International vom Jahr 1908 zu erwähnen.[1]) Nach mehrjährigen Studien und wiederholten, keine Entscheidung bringenden Beratungen gelangte die gelehrte Körperschaft schliesslich zu einer sehr eingehenden Ordnung, für die sich eine Mehrheit fand. Zahlreiche Einzelfragen wurden in einer Reihe von Artikeln zunächst kasuistisch gelöst und schliesslich auch noch ein allgemeines Entscheidungsprinzip (die lex loci contractus) aufgestellt. Bei allem Scharfsinn und trotz des sichtlichsten Bestrebens der versammelten Koryphäen der Wissenschaft, eine Einigung zustande zu bringen, hatte man schliesslich das lebhafte Empfinden, einer doch nur provisorischen Lösung gegenüber zu stehen.[2]) Jedenfalls sind diese Vorarbeiten nicht so weit gediehen, dass die Schweiz einfach diesen Entwurf übernehmen könnte in der Hoffnung, dadurch einer wirklich allgemeinen Ordnung den Weg zu bereiten.

Es kann aber auch nicht daran gedacht werden, im Rahmen der jetzt im Wurfe liegenden Neuordnung des Obligationenrechts rechtzeitig eine derart eingehende Ordnung zum Abschluss zu bringen. Dazu sind die in Betracht fallenden Probleme zu wenig abgeklärt. Nachdem sich das Bundesgericht in seiner über 40 Jahre dauernden Praxis zum Obligationenrecht doch nur in vereinzelten Fällen mit solchen Spezialfragen zu befassen gehabt hat, darf wohl auch unbedenklich das Bedürfnis nach einer gesetzgeberischen Ordnung aller dieser Einzelfragen über-

[1]) Annuaire XXII (1908) S. 289.

[2]) Siehe die Anträge und Bedenken Annuaire XXII S. 288.

haupt verneint werden. So scheint mir zum mindesten für die jetzt in Betracht fallende Lage nur der erste Weg, eine Gesetzgebung über die Grundfragen, gangbar.

Vor Einfügung besonderer Regeln ins Obligationenrecht bedarf auch eine systematische Frage der Entscheidung: Empfiehlt es sich nicht, die das Obligationenrecht beschlagenden Sätze des JPR in den Zusammenhang eines umfassenden neuen Gesetzes über das JPR einzustellen und also einstweilen mit einer Neuordnung zuzuwarten? Der Erlass von zusammenfassenden Regeln über das JPR ist, wie erinnerlich, nur verschoben, nicht aufgegeben worden. Für das Personen-, Familien- und Erbrecht ist auch die Frage des Bedürfnisses völlig abgeklärt. In diesen Gebieten ist der Übergang zum System der Gesetzgebung längst entschieden. Wir haben eine Gesetzgebung, aber eine veraltete, unklare, der Neuordnung ausser allem Zweifel dringend bedürftige. Mit Grund kann man auch sagen, dass das internationale Obligationenrecht bei aller Selbständigkeit seiner Probleme doch auch mit den übrigen Zweigen des JPR, vor allem mit dessen allgemeinen Lehren (z. B. Handlungsfähigkeit, Form der Rechtsgeschäfte, ordre public usw.), zusammenhängt. Wäre es sonach nicht besser, das Obligationenrecht erst in diesem grösseren Zusammenhang aufzugreifen?

Die Antwort fällt mir leicht. Wenn ein entschiedenes Bedürfnis nach gesetzlicher Ordnung des Obligationenrechts besteht, so darf man nicht zuwarten. Der Erlass des Gesamtgesetzes kann sich nach den bisherigen Erfahrungen hinausziehen. Jener Gesetzgeber wird dankbar sein, wenn ihm in einem so heiklen Gebiete vorgearbeitet ist. Die Einordnung der obligationenrechtlichen Bestimmungen in eine Kodifikation des JPR wird schliesslich sehr einfach sein. Die Aufgabe ist also sofort an die Hand zu nehmen, wenn die Bedürfnisfrage bejaht wird.

So werden wir wieder auf diese entscheidende Frage zurückgeführt. Von der Versammlung des Schweizerischen Juristenvereins dürfen wir eine wesentliche Abklärung dieser

Frage erwarten. Ich möchte mir vorbehalten, je nach dem Ergebnis dieser Aussprache eine Resolution vorzuschlagen.

In einer andern, für die Anwendung des JPR höchst wichtigen Frage aber möchte ich heute schon dem Juristenverein eine Resolution beantragen. Die Beschäftigung mit der Judikatur zum internationalen Obligationenrecht bringt immer wieder eine höchst bedenkliche Lücke der bundesgerichtlichen Kontrolle zum Bewusstsein, die freilich über das Obligationenrecht hinausgreift.

Die Wahrung der Rechtseinheit ist bekanntlich das letzte Ziel der Tätigkeit des Bundesgerichts in Berufungssachen.[1]) Daher ist das Bundesgericht auf die Überprüfung des eidgenössischen Rechts beschränkt. (Org.G. Art. 57.) Im Gebiet des JPR führt das zu folgenden Konsequenzen: Das Gericht überprüft, ob die Vorinstanz den (eidgenössischen) Kollisionssatz richtig angewendet hat, ob also mit Recht schweizerisches, statt ausländischem Recht angewendet wurde und umgekehrt. Führt aber die Anwendung des schweizerischen Kollisionssatzes auf ausländisches Recht und ist dasselbe angewendet, so ist nach absolut sicherer Praxis die Aufgabe des Bundesgerichts in Berufungssachen erschöpft. Ob das an sich anwendbare deutsche, französische, italienische etc. Recht richtig angewendet wurde oder ob ein Verstoss gegen die materiellrechtlichen Bestimmungen einer fremden Rechtsordnung vorliegt, wird vom Bundesgericht nicht nachgeprüft, die kantonalen obersten Instanzen entscheiden hier souverän, auf jegliche Rechtseinheit wird verzichtet. Je nachdem in einem Prozess ausschliesslich fremdes Recht, oder solches in Verbindung mit schweizerischem, zur Anwendung kommt, ergeben sich mannigfaltige prozessuale Lagen, wie sie in dem Buche von Weiss auseinandergehalten sind.[2])

---

[1]) Bundesverfassung Art. 114. Schurter, Bundeszivilprozessrecht S. 254.

[2]) Th. Weiss, Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen S. 12 f, 289 f.

Einige dieser Situationen seien an Hand von Urteilen aus neuerer Zeit besprochen, um daran das Ungenügen der jetzigen Regelung darzutun.

Erster Fall: Der Streit dreht sich ausschliesslich um die Frage: schweizerisches oder ausländisches Recht. Beispiel Urteil i. S. Labin & Koppel g. Gutsche 46 II 488. Die erste kantonale Instanz wandte schweizerisches Recht an, das Obergericht dagegen deutsches Recht. Das Bundesgericht überprüft die Frage der Rechtsanwendung und kommt zum Schluss: „Die Vorinstanz hat daher mit Recht schweizerisches Recht nicht angewendet, weshalb auf die Sache selbst nicht eingetreten werden kann.“ Es kann nicht nachgeprüft werden, ob mit Recht deutsches, statt französischem, englischem Recht angewendet wurde. Und es kann nicht nachgeprüft werden, ob nicht die Vorinstanz bei Anwendung des deutschen Rechts in die Irre ging. Dass gerade in der Anwendung fremden Rechts die kantonalen Gerichte leicht irren können, liegt auf der Hand. Das für die Beurteilung solcher Fragen in jeder Richtung am besten ausgestattete Gericht bleibt ausgeschlossen. Auf einheitliche Anwendung der in Betracht fallenden Rechtssätze wird von allem Anfang an verzichtet. Die oberste Instanz ist ausgeschaltet, wobei nicht ausser acht zu lassen ist, dass davon Schweizer gerade so gut wie Ausländer betroffen sein können.

Ein anderer Fall: Ein Kaufvertrag eines schweizerischen Bankhauses mit einem in Deutschland wohnenden Verkäufer über argentinische Staatspapiere, von denen sich nachträglich herausstellt, dass der argentinische Staat sie nicht einlöst. Die Vorinstanz hat schweizerisches Recht angewendet. Das Bundesgericht tritt dem bei. „Insbesondere ist anzunehmen, dass die Streitsache nach eidgenössischem Recht zu beurteilen sei.“ Das gilt aber nicht schlechthin. Mitten in den Erwägungen des Bundesgerichts erhebt sich das für den Prozess zentrale Problem, ob der argentinische Staat zur Einlösung der fraglichen, von ihm ausgegebenen Anleihenstitel verpflichtet sei.

Diese Frage aber „wird nicht vom schweizerischen Recht beherrscht. Die Titel sind in Argentinien auf Grund der dortigen Gesetzgebung ausgegeben worden, und in Argentinien (bei der dortigen Staatskasse), sowie in Deutschland (bei den genannten Bankhäusern) zahlbar gestellt, weshalb sich nach argentinischem, daneben eventuell nach deutschem, nicht aber nach schweizerischem Recht beurteilt, ob und unter welchen Bedingungen eine Befreiung des Anleihensschuldners eingetreten sei. Nach Art. 57 OG hat daher das Bundesgericht, als Berufungsinstanz, in dem hier zur Entscheidung stehenden Punkte die Richtigkeit der kantonalen Entscheidung nicht nachzuprüfen.“ (AS 47 II 534, i. S. Cori g. Schweiz. Kreditanstalt.) Dergestalt findet sich das Bundesgericht in seinen Untersuchungen vor einen erratischen Block letzter kantonaler Weisheit gestellt, an den es sich nicht heranwagen darf. Es kann sich dabei, wie im vorliegenden Fall, um eine für den Prozess höchst wesentliche Frage handeln. Das Bundesgericht kann unter Umständen auch überzeugt sein, dass die getroffene kantonale Lösung unrichtig ist. Aber es ist gebunden und mag sehen, wie es auf unrichtigen Grundlagen zu einem guten Schlusse kommt. Das ist keine des Bundesgerichts würdige Stellung.

Ein letzter Fall: Eine italienische Firma kauft durch ihren Vertreter in Zürich Farbwaren, die nach Italien zu liefern sind und dort als mangelhaft befunden werden.

Streitig sind die Fragen des Vertragsschlusses durch Stellvertreter und der Erfüllung durch die Verkäufer. In beiden Richtungen hat die Vorinstanz schweizerisches Recht angewendet. Das Bundesgericht findet: Für die Frage der Aktivlegitimation (Vertragsschluss durch Stellvertretung) gilt schweizer Recht. Die kantonale Entscheidung ist in diesem Punkte zu bestätigen. Im Gegensatz zur Vorinstanz ist dagegen die weitere Frage der Vertragserfüllung und die Folgen mangelhafter Erfüllung nach dem italienischen Recht zu beurteilen. „Ist aber als Erfüllungsort Mailand anzusehen, dann beurteilen

sich nach dem Gesagten die im vorliegenden Prozesse streitigen Fragen, ob der Beklagte für die Mängel, welche die Klägerin geltend macht, Gewähr zu leisten habe, eventuell in welchem Umfang und in welcher Art: ob er zur Wandelung verpflichtet sei, oder bloss zu einer Preisminderung und ob und inwieweit er noch Schadenersatz wegen nicht gehöriger Lieferung zu leisten habe, nach italienischem Recht. Das Bundesgericht ist daher zur Überprüfung der Entscheidung der Vorinstanz in allen diesen Punkten nicht zuständig. Es ist demzufolge auch nicht kompetent, die Frage zu prüfen, an welche Diligenzien seitens des Käufers die Gewährleistungspflicht des Beklagten gebunden sei, weshalb auch die Frage der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge sich der bundesgerichtlichen Beurteilung entzieht." (AS 49 II 70 f. i. S. Jucker-Petitpierre g. Schmid & Cie.)

In so gelagerten Fällen ist diese Lösung ganz besonders schlimm. Das Bundesgericht stellt fest: die Vorinstanz hat zu Unrecht schweiz. Recht angewendet. Die Anwendung des richtigerweise anwendbaren ausländischen Rechts wird aber nicht durchgesetzt. Aber es wird auch nicht überprüft, ob das an sich unanwendbare schweizer. Recht wenigstens richtig angewendet worden ist. Das ist doch eine völlig unhaltbare Situation. Welchen Begriff muss die unterliegende Partei von der Justiz bekommen![1])

Die Vertreter des internationalen Rechts sind einig in der Ablehnung dieses Systems. Zahlreiche Autoren halten es selbst de lege lata für unrichtig.[2]) Geschichtlich lässt

---

[1]) Aehnlicher Fall 49 II 232 i. S. Blackburn and Sons g. Iten. Hier empfindet das Gericht offenbar das Stossende der Entscheidung selbst. Es wird gefragt, ob nicht wenigstens Aufhebung und Rückweisung an die urner. Gerichte zur Anwendung des englischen Rechts erfolgen sollte. Das wird mangels Antrag abgelehnt, aber dann doch ausgeführt, es würde sich wohl auch nach englischem Recht kein anderes Resultat ergeben.

[2]) Ich verweise auf Morel, in Blumer-Morel, Bundesstaatsrecht III S. 159, Meili & Mamelok, Internat. Privat- und Zivil-

sich diese Rechtsprechung verstehen. Stand doch bei Erlass des Organisationsgesetzes das Problem der Abgrenzung eidgenössischen und kantonalen Rechts durchaus im Vordergrund. Die Berücksichtigung des ausländischen Rechts trat demgegenüber völlig zurück, gerade so, wie bei Erlass des Zivrh. G. die internationalrechtlichen Parteien als blosser Anhang erscheinen und dementsprechend stiefmütterlich behandelt worden sind. Die Gleichstellung des ausländischen mit dem kantonalen Recht beherrscht denn auch die offizielle Auffassung.[1]) Diese Gleichstellung

prozessrecht S. 66 . . . „Der interne Gesetzgeber will mit den Kollisionsnormen naturgemäss auch dafür sorgen, dass die internationalen Rechtsfragen materiell richtig entschieden werden. . . Die Kollisionsnorm, wenn sie auf auswärtiges Privatrecht abstellt, enthält nicht nur den Imperativ an den Richter, das fremde Recht anzuwenden, sondern auch, es richtig anzuwenden. Gehört aber ein derartiger Befehl zum Gesetzesinhalt, so ist klar, dass auch die Nichtanwendung, bez. unrichtige Anwendung des auswärtigen materiellen Rechts eine die Revision, bezw. die Berufung rechtfertigende Verletzung von Reichs-, bezw. Bundesrecht bildet.“ Ferner A. Reichel Kommentar zum Schlusstitel S. 132. Es beleuchtet eingehend die praktischen Unzukömmlichkeiten der überlieferten Rechtsprechung und kommt selbst de lege lata zur Zulassung der bundesgerichtlichen Überprüfung. „Es ist der Bundesgesetzgeber, der bestimmt, wenn und ob eine fremde Norm, die damit als Bestandteil des JPR auch Bestandteil des Bundesrechts wird, zur Anwendung gelangt. Trifft dies aber zu, so ist das Bundesrecht in jedem Fall verletzt, wenn der Vorderrichter fremdes Recht als Bestandteil einer Norm des JPR unrichtig ausgelegt hat. Damit ist die Zuständigkeit des Bundesgerichts gegeben.“ Sehr gut neuerdings auch Homberger, S. 15 und Anm. 1.

Ganz ähnlich liegt das Problem für Deutschland und Frankreich. Reichsgericht und Cour de Cassation überprüfen das ausländische Recht in materieller Hinsicht nicht. Doch findet in der Doktrin diese Praxis fast ungeteilte Ablehnung. Vergl. Walker, JPR 207, Weiss, Traité III S. 197 u. 199, neuerdings Pillet & Niboyet, Manuel 1924 Nr. 363 u. 364.

[1]) Vergl. Weiss, Berufung S. 291. „In allen obigen Ausführungen ist das ausländische Recht ganz gleich behandelt wie das kantonale. . . Es liegt aber derart in der Natur der Sache, dass die Anwendung eidgenössischen Rechts statt ausländischem

aber ist in staatsrechtlicher und in gesetzespolitischer Hinsicht völlig unrichtig. Es ist ganz selbstverständlich, dass der Bund, wenn er ausdrücklich Teile des Privatrechts den Kantonen überlässt und damit auf die Rechtseinheit verzichtet, dann auch die Rechtssprechung den Kantonen überantworten muss. Das kann um so eher geschehen, als ja die kantonalen Obergerichte die berufensten Beurteiler dieser kantonalen Fragen sind. In beiden Richtungen liegt die Sachlage gegenüber dem ausländischen Recht völlig verschieden. Nur kraft des bundesrechtlichen Kollisionssatzes wird es überhaupt anwendbar. An dessen vollständiger und richtiger Anwendung ist der Bund interessiert und er schuldet in gleichem Umfang, wie bei Anwendung seines materiellen Rechts, den Rechtssuchenden seine Kontrolle. Dabei macht es keinen Unterschied ob man — wie die zitierten Schriftsteller — die vom Bundesrecht als anwendbar erklärten Normen einer ausländischen materiellen Rechtsordnung geradezu als Bundesrecht auffasst oder ob man die Anwendung des Auslandsrechts als Ausfluss völkerrechtlicher Normen betrachtet. Denn auch die Anwendung und richtige Anwendung des Völkerrechts gehört zu den Aufgaben des Bundes.[1]) Aber auch in praktischer Hinsicht geht die Analogie völlig fehl. Die kantonalen Instanzen sind mit nichten die berufenen Hüter einer richtigen Handhabung des Auslandsrechts. Das ist kein Vorwurf, sondern in den besondern Schwierigkeiten solcher Rechtsanwendung begründet. Eine bundesgerichtliche Kontrolle ist hier ganz besonders notwendig. Man sage nicht dagegen, die Schweiz habe kein Interesse an der richtigen Anwendung des von ihr als anwendbar bezeichneten Auslandsrechts,

---

die gleiche Konsequenz haben muss, dass eine weitere Ausführung über die Notwendigkeit der Gleichstellung überflüssig erscheint. Andernfalls müsste das Bundesgericht ja das ausländische Recht selbst anwenden; das liegt aber nicht in seiner Aufgabe und nicht im Wesen des Rechtsmittels der Berufung."

[1]) Bundesverfassung Art. 8 bis 10. Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 728.

nur das Ausland und Ausländer werden davon berührt. Gerade im Gebiet des Obligationenrechts wird a priori gar nicht auszumachen sein, ob nicht dieser Weiterzug ans Bundesgericht mehrheitlich Schweizerbürgern zu gute kommen wird. Aber davon ganz abgesehen, wäre das ein völlig verfehlter Standpunkt. Die Achtung und Geltung der Schweiz im internationalen Leben ist im allerhöchsten Masse davon abhängig, dass ihre Rechtspflege Vertrauen und Ansehen geniesst. Die Schweiz kann nichts besseres tun, als immer wieder den Willen kundzugeben und zu betätigen, dass auch im internationalen Verkehr das Recht mit allen erreichbaren Mitteln geschützt werden soll. Und so darf auch gar nicht weiter in Betracht fallen, ob sich durch den geforderten Ausbau des Rechtsmittels der Berufung die Geschäftslast des Bundesgerichts um ein weniges vermehren könnte. Gegenüber einem für die Pflege des JPR so hochwichtigen Fortschritt muss diese kleine praktische Rücksicht schweigen.

Diese Frage ist also abgeklärt. Die Änderung ist längst von den Fachvertretern gefordert. Es ist auch erwiesen, dass beim Stand der Texte und der Überlieferung die Praxis aus eigenen Mitteln die Reform nicht bringen kann. Damit wird das Eingreifen des Gesetzgebers unumgänglich. Für diesen wird die Aufgabe sehr leicht sein und sie kann in der kürzesten Frist durchgeführt werden. Sie kann durch die Aufnahme eines einzigen Zusatzes zu Art. 57 OG geschehen, indem dort zu Absatz 2 ein Schlusssatz etwa in der Form beigefügt wird:

Eine vom Bundesrecht als anwendbar bezeichnete ausländische Rechtsordnung gilt als Bundesrecht.[1])

---

[1]) Ich bin also der Ansicht, dass das Bundesgericht sowohl soll angerufen werden können, wenn die kantonale Instanz ausschliesslich fremdes, bezw. eidgen. Recht angewendet hat, als wenn neben eidgenössischem auch ausländisches Recht zur Anwendung gelangte. Die prozessualen Konsequenzen (Rückweisung oder reformierendes Urteil) ergeben sich nach den allgemeinen Grundsätzen.

Es gibt freilich noch andere Fragen des Bundes-Prozess-

Der Juristenverein würde sich nach unserer Überzeugung ein grosses Verdienst erwerben, wenn er sein Ansehen und seine Fachkenntnis in den Dienst dieser für die Pflege des internationalen Rechtes der Schweiz bedeutungsvollen Reform stellen wollte. Und so möchten wir jetzt schon der Versammlung die Resolution vorschlagen:

1. Wo nach den Regeln des eidgenössischen internationalen Privatrechts die Anwendung ausländischen Rechts stattzufinden hat, soll im gleichen Umfang wie gegenüber dem internen Recht auch eine Nachprüfung der richtigen Anwendung des ausländischen Rechts durch das Bundesgericht ermöglicht werden.

2. Es ist zu diesem Zweck mit Beförderung eine Teilrevision des Organisationsgesetzes einzuleiten.

---

rechts, an deren gleichzeitige Ordnung man denken könnte. Zum Beispiel, ob nicht die zivilrechtliche Beschwerde nach OG Art. 87 Z. 1 gegeben werden sollte wegen Anwendung eidgenössischen anstatt kantonalen oder ausländischen Rechts. (Vergl. dazu Giesker-Zeller, Die zivilrechtliche Beschwerde S. 119 und den in der grossen Sammlung nicht aufgenommenen vereinzelten Entscheid Praxis XI Nr. 113 i. S. Ehele g. Senger.) Aber ich habe Bedenken, ob eine solche Ausdehnung wirklich am Platze wäre, jedenfalls erscheint sie mir nicht dringlich. Oder die Abgrenzung zwischen eidgenössischem und kantonalem Prozessrecht in der Frage der Berücksichtigung des ausländischen Rechts. (Vergl. den zur Kritik Anlass bietenden Entscheid i. S. Deutsche Evaporator A.-G. g. Bamberger Leroi & Cie. A.-G. AS 49 II 224 Erw. 2. Jetzt auch Stauffer, Kommentar zum Zivrh.G Art. 2 Anm. 17.) Wenigstens einstweilen liegt, wie ich glaube, hier kein Anlass zu gesetzgeberischem Eingriff vor.

Am allerwenigsten aber darf die Ausdehnung der Berufungskompetenz hinsichtlich der Anwendung des ausländischen Rechts zurückgestellt werden bis zu der bekannten Totalrevision des Organisationsgesetzes. Zu oft ist im Gebiete der eidgenössischen Gesetzgebung in den letzten Jahrzehnten das Bessere der Feind des Guten geworden!

Berichtigung.

S. 270a muss die Klammer in der Anmerkung heissen: (Vgl. dazu Giesker-Zeller, Die zivilrechtliche Beschwerde S. 119 und die Urteile A S 48 I 233 i. S. von Senger und Praxis XIV No. 108 i. S. Niederberger.)