

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: 59 (1940)

Artikel: Die Parteiautonomie in der neuern Praxis des Bundesgerichtes auf dem Gebiete des internationalen OR

Autor: Niederer, Werner

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896184>

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: 25.12.2025

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

Die Parteiautonomie in der neuern Praxis des Bundesgerichtes auf dem Gebiete des internationalen OR.

Von Privatdozent Dr. Werner Niederer, Rechtsanwalt,
Zürich.

I.

Allgemeines.

Gesetzliche Kollisionsnormen auf dem Gebiete des OR sind selten. Auch Rechtsordnungen, die im übrigen eine eigentliche Gesetzgebung des IPR kennen, wie z. B. das deutsche Recht, überließen die Schöpfung von Kollisionsrecht für das OR, insbesondere für die Vertragsobligation, völlig der Gerichtspraxis.

Auf dem Kontinent haben von den größeren privatrechtlichen Kodifikationen nur das ABGB und das italienische Recht schon frühzeitig einige gesetzliche Grundsätze aufgestellt (ABGB § 35—37, *alter c. c. ital.*, *disp. prelim.*, Art. 9, jetzt neu Art. 15 der *disp. sull'app.*, im *rev. c. c.*). Erst in neuester Zeit ist versucht worden, auch das internationale OR gesetzgeberisch systematisch zu erfassen: so enthält das polnische Gesetz vom 2. August 1926 über das IPR eine bis ins einzelne gehende Regelung auch des internationalen OR, und dasselbe gilt von dem tschechoslowakischen Revisionsentwurf zum ABGB (Art. 23 ff.), der aber noch nicht geltendes Recht geworden ist und unter den heutigen Verhältnissen wohl kaum bald in Kraft gesetzt werden dürfte.

Ein Hauptgrund dieser legislatorischen Abstinenz ist wohl von Anfang an ein gewisser Mangel an Tradition gewesen, da bekanntlich die Vorläuferin des modernen IPR, die Statutenlehre, vorwiegend erb-, ehe- und immobilienrechtlich orientiert war. Sodann ist zu sagen, daß die grundsätzliche Vertragsfreiheit des modernen OR die Aufstellung von allgemeingültigen Regeln erschwert. Und endlich ist die Tatsache zu berücksichtigen, daß der internationale Handel, das internationale Bank-, Versicherungs- und Transportwesen erst in den letzten fünfzig Jahren die große Bedeutung erhielten, die sie heute haben, so daß ein erhöhtes Bedürfnis nach Rechtssicherheit (und damit nach einer gesetzlichen Regelung) auf diesem Gebiete erst seither besteht.

Die Schweiz hat bisher ebenfalls wie die meisten anderen Staaten ganz darauf verzichtet, gesetzliche Kollisionsnormen auf dem Gebiete des OR aufzustellen. Die Regelung unseres IPR durch die Ergänzung des NAG war bei der Einführung des ZGB ohnehin nur als eine provisorische Ordnung gedacht. Man dachte damals offenbar, daß bei einer späteren definitiven Regelung des IPR auch das internationale OR einbezogen werden könne. Aber das Provisorium des NAG scheint definitiv zu bleiben, und von der gesetzlichen Verankerung des internationalen OR ist keine Rede. Auch in der am 1. Juli 1937 in Kraft getretenen, teilweise revidierten Fassung des schweiz. OR finden wir nur in den Art. 1086 ff. und 1138 ff. die wechsel- und scheckrechtlichen Kollisionsnormen in ihrer den Konventionen von 1930/31 angepaßten Fassung wieder.

Dem Bundesgericht blieb es daher vorbehalten, auf dem Gebiete des internationalen OR schöpferisch zu sein und die Lücke in unserem Kollisionsrecht auszufüllen. Schon vor mehr als 50 Jahren hat das Bundesgericht ausdrücklich festgestellt, das Fehlen von gesetztem eidgenössischem Kollisionsrecht auf dem Gebiete des OR habe nicht etwa das Weiterbestehen der früheren kantonalen Kol-

lisionsnormen zur Folge (soweit es überhaupt solche gab), sondern es bestehe hier eine eigentliche Lücke im Gesetz, die nur vom Richter ausgefüllt werden könne (vgl. BGE 11/363).

Die kantonale Rechtsprechung hat sich den bundesgerichtlichen Grundsätzen angepaßt und kaum in irgendeiner Frage eine eigene Initiative gezeigt, trotzdem das Bundesgericht bekanntlich nach ständiger Praxis nur ein beschränktes Überprüfungsrecht im IPR für sich in Anspruch nimmt. Ich verweise in diesem Zusammenhang auf den neuesten Entscheid 64 II 92, der wiederum den Standpunkt vertritt, das Bundesgericht könne die Anwendung einer schweizerischen Kollisionsnorm nur dann überprüfen, wenn statt schweizerischem Recht ausländisches angewandt worden sei. Dies heißt nichts anderes, als daß die kantonale Rechtsprechung in den Fällen eigene Kollisionsregeln entwickeln könnte, da die Kollisionsnorm schweizerisches Recht nicht zur Anwendung bringt (z. B. bei Konkurrenz verschiedener ausländischer Rechte). Dieser Entscheid illustriert, nebenbei bemerkt, neuerdings die Notwendigkeit der Revision des Organisationsgesetzes, die bekanntlich schon 1925 vom Schweizer Juristenverein auf Vorschlag des damaligen Referenten gerade auch im Zusammenhang mit dieser Praxis gefordert wurde.

Infolge der tatsächlichen Anpassung der kantonalen Rechtsprechung an die vom Bundesgericht aufgestellten Grundsätze kann praktisch gesagt werden, daß die bundesgerichtliche Praxis das gesamte positive internationale OR der Schweiz enthält. Eine Darstellung der gesamten Praxis des Bundesgerichtes wäre aber eine Aufgabe, die den Rahmen dieser Arbeit weit überschritte. Wir beschränken uns hier auf das internationale Vertragsrecht, und zwar auf eine Darstellung der allgemeingültigen, auf alle Vertragsarten anwendbaren Grundsätze, deren Leitmotiv bekanntlich der Grundsatz der Parteiautonomie ist. Wir beschränken uns ferner auf

die neuere bundesgerichtliche Praxis, indem wir für die Periode vor 1925 ohne weiteres auf die bekannten Arbeiten von Homberger, Fritzsche und Sauser-Hall hinweisen können (Homberger: Die obligatorischen Verträge im IPR nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes, Abh. z. Schweiz. Recht, N. F. Heft 5, Bern 1925; Fritzsche: Die örtliche Rechtsanwendung auf dem Gebiete des OR, Verhandlungen des Schweizer Juristenvereins 1925, abgedruckt in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht; Sauser-Hall: idem, Korreferat).

Wir werden dabei sehen, daß die Praxis der letzten Jahre einige Wandlungen gebracht hat, die vielleicht in Zukunft grundsätzliche Bedeutung erlangen können, so daß sich heute schon eine kurze Zusammenstellung dieser zutage tretenden neuern Tendenzen rechtfertigen läßt.

Damit ist der Zweck der vorliegenden Arbeit umschrieben. Es war nicht leicht, die große Zahl von Entscheidungen im Sinne übereinstimmender Tendenzen zusammenzustellen. Wir haben uns bemüht, möglichst objektiv die grundsätzlichen Divergenzen der Praxis herauszuarbeiten, und möchten nur wünschen, daß vom Bundesgericht selbst in Zukunft zu den verschiedenen Fragen, wie Verhältnis des stillschweigenden zum hypothetischen Parteiwillen, oder Verhältnis der Parteiautonomie zu den objektiven Anknüpfungsmomenten, oder Über- und Unterordnung der verschiedenen objektiven Anknüpfungsmomente unter sich usw., etwas bestimmter Stellung genommen werde, als dies bisher der Fall war.

II.

Die Fragestellung.

Wie bereits gesagt, war und ist die feste Grundlage der ganzen bundesgerichtlichen Praxis von allem Anfang an bis heute das Prinzip der Parteiautonomie.

Der Parteiwille ist im Kollisionsrecht schon seit langem bekannt: ich erinnere nur an die *professio juris* der frühmittelalterlichen Stammesrechte, die mit der Zeit zu einer bloßen Rechtswahl wurde, oder an die von der Rechtsschule von Bologna herausgearbeitete Willens-*theorie*.

Es erscheint fast als selbstverständlich, daß auch im modernen IPR fast in allen Rechtsordnungen der Parteiwille die Grundlage des internationalen OR ist. Denn dieser Gedanke geht parallel mit der in den modernen Rechtsordnungen überall mehr oder weniger weitgehend anerkannten Vertragsfreiheit. Auch dort, wo ausnahmsweise gesetzliche Regelungen des internationalen OR versucht wurden, stehen sie unter dem Vorbehalt, daß kein anderslautender Parteiwille nachgewiesen werden kann (z. B. Italien), oder sie schränken höchstens die Wahlfreiheit der Parteien katalogartig ein (z. B. Polen).

Es erheben sich nun aber sofort einige Fragen, die diese scheinbar so einfache Grundregel der freien Rechtswahl durch die Parteien in der praktischen Anwendung sehr komplizieren. Diese Fragen ergeben sich aus der Sache selbst und betreffen die Grenzen der Parteiautonomie, die Erscheinungsformen des Parteiwillens und endlich die Frage nach der Regelung bei Fehlen eines Parteiwillens:

Können die einen obligatorischen Vertrag schließenden Parteien das gesamte Vertragsverhältnis ausnahmslos einem beliebigen Recht unterstellen, bezüglich Entstehung und Untergang des Vertrages, bezüglich formelle und materielle Gültigkeit, bezüglich Haupt- und Nebenwirkungen? Oder ist ihre Wahlfähigkeit beschränkt? Wo ist die Grenze dieser Rechtswahl?

Wie weit muß und kann das Vorhandensein eines Parteiwillens angenommen werden? Wie äußert sich ein eventueller stillschweigender Parteiwille? Ist immer ein Parteiwille anzunehmen? Soll man einen Parteiwillen

vermuten, wenn keiner nachweisbar ist? Kurz: Wie äußert sich der Parteiwille?

Nach welchen Grundsätzen wird angeknüpft, wenn der Parteiwille fehlt? Welcher von den vielen anderen Anknüpfungsmomenten tritt hier an Stelle des Parteiwillens: Sitz des Vertrages (Savigny), Schwerpunkt der räumlichen Beziehung (Gierke), Recht, mit dem der Vertrag den engsten tatsächlichen Zusammenhang aufweist (Westlake), *lex loci contractus*, *lex loci solutionis*, *lex domicilii* des Schuldners, Heimatrecht des Schuldners, *lex fori* usw.? Welches sind die objektiven Anknüpfungen beim Fehlen eines Parteiwillens?

Im folgenden soll diese dreifache Fragestellung unserer Betrachtung der bundesgerichtlichen Praxis zugrunde gelegt werden, denn die vom Bundesgericht entwickelten Grundsätze lassen sich auf diese drei Hauptprobleme zurückführen.

III.

Die Grenzen der Parteiautonomie.

Dem Fragenkomplex über die Grenzen der Parteiautonomie liegt in erster Linie eine logische Fragestellung zugrunde: die Vereinbarung der Anwendung eines bestimmten materiellen Rechts ist ein Bestandteil des Vertrages. Diese Vereinbarung kann also erst wirksam werden, wenn der Vertrag zustande gekommen ist. Welche Rechtsordnung soll nun aber primär bestimmen, ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist? Kann es das von den Parteien in diesem selben Vertrag vereinbarte Recht, oder muß es ein anderes Recht sein?

Es wird oft argumentiert, daß eine primäre Anknüpfung an den Parteiwillen schon rein logisch nicht möglich wäre. Dies ist m. E. nicht richtig: der Begriff „Parteiwille“ ist ein Anknüpfungsbegriff und setzt daher die Entstehung eines Vertrages nicht schon logisch voraus, wenn wir auf dem Standpunkt stehen, daß tatsächliche Ver-

hältnisse und nicht Rechtsverhältnisse angeknüpft werden, und daß ein tatsächliches und nicht schon rechtlich qualifiziertes Kriterium das Substrat der Anknüpfungsbegriffe ausmache. „Parteiwille“ ist im Sinne der Kollisionsnorm richtigerweise nur ein Tatbestandsmerkmal, kein rechtlich bereits qualifiziertes Vertragsverhältnis.

Welche Stellung nimmt das Bundesgericht zu dieser Frage ein, ob die Entstehung des Vertrages an den Parteiwillen angeknüpft werden könne?

Für die ältere Praxis bis 1925 sei hier verwiesen auf Homberger, op. cit., S. 25, sowie auf Fritzsche, op. cit., S. 229a ff. Die Zusammenstellungen der beiden Autoren ergeben folgendes: Anfänglich etwas tastend und zögernd hat das Bundesgericht schließlich mit Konsequenz den Standpunkt eingenommen, alle mit der Entstehung des Vertrages zusammenhängenden Fragen (consens, dolus, error, Gültigkeit der Form, Frage, ob ein Vertreter den Vertrag rechtsgültig für den Vertretenden abschließen kann usw.) seien nicht nach dem Parteiwillen anzuknüpfen. Diese Bundesgerichtsentscheide sprechen ausdrücklich davon, daß die mit der Entstehung des Vertrages zusammenhängenden Fragen dem Parteiwillen „entzogen“ seien, d. h. daß der Parteiwille hier gar nicht aktiv werden könne (vgl. insbesondere noch den letzten bei Fritzsche genannten Entscheid 49 II 73 f.).

Die neuere Praxis, seit 1925, hat diese Stellungnahme nur bestätigt. Es wäre etwa zu nennen der Entscheid BGE 59 II 399: Es handelt sich hier um einen Darlehensvertrag, der im Auslande abgeschlossen worden war, wobei die Frage hineinspielte, ob dieser Darlehensvertrag realiter oder consensualiter zustande gekommen sei. Das Bundesgericht stellt richtigerweise fest, daß für das Zustandekommen des Vertrages das Recht des Abschlußortes gelte. Die gestellte Frage wird dann aber unter unrichtiger Verquickung mit der Qualifikationstheorie nach der *lex fori* gelöst.

Auch der letzte Entscheid im Sinne einer Bestätigung dieser Praxis, BGE 64 II 349, stellt kurz und bündig fest:

„ . . . In der Tat ist für Fragen, welche die Entstehung eines Vertrages betreffen, das Recht des Abschlußortes maßgebend.“

Dieser Entscheid ist höchstens insofern aufschlußreich, als es sich hier um die formelle Gültigkeit eines Vertrages handelt (Bürgschaft). Das Bundesgericht wendet also die *lex loci contractus* genau gleich an für die materielle wie für die formelle Gültigkeit eines Vertrages und nennt beide im gleichen Atemzug. Im Resultat kommt dieser Satz somit bezüglich der formellen Gültigkeit in den meisten Fällen auf eine Bestätigung der bekannten Regel: „*locus regit actum*“ heraus. Ganz richtig ist diese Vermengung nicht, denn es ist theoretisch denkbar, daß der Vertragsabschlußort vom Ort des formellen Aktes verschieden ist.

Wir haben also im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis von allem Anfang an diese beiden Anknüpfungsmomente: Vertragsabschlußort und Parteiwille. Der erste für die Fragen der Entstehung des Vertrages, der zweite für die Wirkungen des Vertrages.

Diese Lösung des Bundesgerichtes erscheint um so verdienstvoller, als z. B. die französische und auch die deutsche Rechtsprechung Fragen der Vertragsentstehung ebenfalls so verknüpfen wie die Vertragswirkungen mit der Ausnahme etwa, daß die Verbotsgesetze der *lex loci contractus* zu beachten seien im Sinne einer eventuellen Nichtigkeit des Vertrages (vgl. Nußbaum, Deutsches IPR, S. 244 f.). Im übrigen geht nach der deutschen und französischen Praxis der Parteiwille vor, auch für Fragen der Vertragsentstehung (RG vom 4. 12. 1926; RG 3. 2. 1933; für die französische Praxis vgl. Pillet, Manuel d. d. i. p., S. 590 und dort zit. Lit.).

Die Gleichbehandlung der Fragen der Vertragsentstehung und der Fragen der Vertragswirkungen kann verheerend sein, wenn wir an die Spaltungsfolgen der

Anwendung des Erfüllungsortes denken: man kann eine Aufspaltung der Vertragswirkungen zur Not noch begreifen, nicht aber eine Aufspaltung der Vertragsentstehung. Das Zustandekommen eines Vertrages kann doch nicht für die eine Partei nach dem Recht des Staates X und für die andere Partei nach dem Recht des Staates Y beurteilt werden! Diese Konsequenz ergibt sich aber, wenn die Vertragsentstehung dem Recht des Erfüllungsortes unterstellt wird. Vor solchen Paradoxen bewahrt uns die geschilderte Aufteilung der Anknüpfung nach Entstehung und Wirkung des Vertrages, wie das Bundesgericht sie in konstanter Praxis vertritt.

Es erhebt sich nun aber in diesem Zusammenhang die weitere Frage, wie im einzelnen die Unterscheidung zu treffen sei, was zur Entstehung des Vertrages und was zu den Wirkungen des Vertrages gehöre.

Bundesgerichtliche Entscheide, die sich ausführlich mit dieser Frage befassen, d. h. die eine genaue Definition der Begriffe „Entstehung“ und „Wirkung“ des Vertrages geben, sind mir nicht bekannt. Man müsse per analogiam annehmen, daß, wie beim Begriff des Erfüllungsortes, die *lex fori* maßgeblich sei, meint Homberger (op. cit. S. 55), Tatsache ist, daß das Bundesgericht im allgemeinen nach der materiellen *lex fori* entscheidet (vgl. BGE 62 II 127 und dort zit. Ent. — ferner 63 II 384).

Bis heute hat also die Unterscheidung von Vertragswirkung und Vertragsentstehung der Praxis keine Schwierigkeiten gemacht, eine Feststellung, die schon Fritzsche 1925 machen konnte. Dagegen sei in diesem Zusammenhange verwiesen auf die großen Schwierigkeiten in der Qualifikation des „Abschlußortes“ bei Verträgen unter Anwesenden.

Die Lösungen sind in den verschiedenen Rechtsordnungen deutlich vom materiellen Vertragsrecht beeinflußt: Dort, wo angenommen wird, der Vertrag komme beim Eintreffen der Annahmeerklärung des Akzeptanten beim Offerenten zustande, besteht eine Tendenz, als Vertrags-

abschlußort den Wohnsitz des Offerenten, bzw. dessen gewerbliche Niederlassung anzusehen. Dies gilt auch für die Schweiz (für das materielle Recht vgl. von Tuhr, Das schweiz. OR, Bd. I, S. 146 und dort zit. Lit.; vgl. ferner BGB § 130, Abs. I; — für das Kollisionsrecht vgl. Schönenberger S. 73; Schnitzer, Das schweiz. IPR, S. 282). Im Gegensatz dazu steht z. B. die Lösung des anglo-amerikanischen Rechtskreises: dort gilt der Ort der Absendung der Annahmeerklärung als Vertragsschlußort (so in England; vgl. ferner die von dieser Anschauung beeinflussten ostasiatischen Rechte: Japan, Gesetz vom 15. Juni 1898 Art. 9; China, règlement sur l'application des lois, vom 5. August 1918, Art. 23; für den Fall, daß der Ort der Absendung der Annahmeerklärung nicht bekannt ist, gilt das Domizil des Akzeptanten).

IV.

Der stillschweigende Parteiwille.

Die Frage nach der Erscheinungsform des Parteiwillens ist in erster Linie eine Tatfrage: ob ein Parteiwille vorhanden und wie er beschaffen ist, d. h. welchen Inhalt er hat, gehört zur richterlichen Würdigung des Tatbestandes. Das Gericht muß auf die Erklärung des Willens abstellen, oder dort, wo die ausdrückliche Erklärung fehlt oder wo sie mangelhaft ist (z. B. irrtümlich oder erzwungen) und sich also mit dem wirklichen Willen nicht deckt, auf Indizien, die einen schlüssigen Hinweis auf den wirklichen Willen gestatten.

Ob ein Konsens bezüglich der Rechtswahl überhaupt vorliegt oder nicht, ist eine reine Qualifikationsfrage: der vorliegende Tatbestand muß so qualifizierbar sein, daß er unter den Begriff „Parteiwillen“ der anzuwendenden Kollisionsnorm subsumiert werden kann. Wir haben es im vorliegenden Fall ausschließlich mit der (allerdings bloß gewohnheitsrechtlichen) schweizerischen Kollisionsnorm zu tun, und es erhebt sich daher die Frage, ob der

für das Vorliegen einer gültigen Rechtskürung notwendige gegenseitige „Konsens“ nach dem materiellen schweizerischen Recht zu beurteilen sei, mit andern Worten, ob die gleichen Forderungen erfüllt sein müssen (hinsichtlich dieses Konsenses) wie für einen nach schweizerischem Recht zu beurteilenden Vertrag.

Im Sinne der herrschenden *lex-foi*-Theorie ist dies zu bejahen, und da das Bundesgericht streng auf dem Boden der *lex-foi*-Qualifikation steht, wäre eigentlich anzunehmen, daß die Frage nach dem Vorliegen einer Rechtswahl gemäß den Grundsätzen des materiellen schweizerischen Rechts zu beurteilen sei. Tatsächlich aber kann man praktisch gar nicht anders verfahren, als auch die Frage des Zustandekommens der Rechtswahl der *lex loci contractus* zu unterstellen, genau gleich wie die Entstehung des Vertrages im allgemeinen. Man kann nicht die rechtsgültige Entstehung des Vertrages im allgemeinen dem einen Recht (des Abschlußortes), die Entstehung der meist einen Vertragsbestandteil bildenden Rechtskür aber einem anderen Recht (der *lex foi*) unterstellen.

Aber nicht diese Qualifikationsfrage interessiert uns hier in erster Linie, sondern die Frage, wo nach der bundesgerichtlichen Praxis die Grenzen des stillschweigenden Parteiwillens liegen, d. h. die Frage, in welchen Fällen das Bundesgericht annimmt, daß ein stillschweigender Parteiwille angenommen werden könne.

1. Das Verhalten der Parteien im Prozeß.

Schon früh hat das Bundesgericht dem Verhalten der Parteien im Prozeß eine wesentliche Bedeutung zuerkannt. Dabei schwankte die Praxis bis ca. 1917 zwischen der Annahme, daß ein übereinstimmendes Verhalten der Parteien vor Gericht geradezu einer Parteivereinbarung gleichzusetzen sei, — und der Annahme, daß immerhin durch das Verhalten der Parteien im Prozeß ein wichtiges Indiz für den Willen der Parteien bei Vertragsabschluß

gegeben sei (vgl. Fritzsche op. cit., S. 233a; Homberger op. cit., S. 22—23).

Etwa 1921/22 änderte sich die Praxis dahin, daß auf das Verhalten der Parteien im Prozeß nicht immer entscheidend abgestellt werden könne; denn der Wille der Parteien zur Zeit des Vertragsabschlusses sei maßgebend und ihr nachheriges Verhalten im Prozesse genüge nicht, um z. B. die Vermutung der Unterstellung unter das Recht des Erfüllungsortes zu entkräften, wobei der Erfüllungsort, wie wir noch im einzelnen sehen werden, als hypothetischer (nicht als stillschweigender) Parteiwille herangezogen wird. Die Anwendung des Erfüllungsortes trotz eines Parteiverhaltens im Prozesse, das auf ein anderes Recht verweist, heißt also nichts anderes, als daß das Bundesgericht trotz eines bestimmten Verhaltens im Prozeß annimmt, es liege überhaupt keine Parteivereinbarung vor, und den hypothetischen Parteiwillen sucht, den die Parteien „gehabt hätten, wenn sie überhaupt gewollt hätten“.

In der seitherigen Praxis sind immer wieder Schwankungen zu beobachten. Einzelne Entscheide scheinen dem Verhalten der Parteien im Prozeß wieder mehr Gewicht beizulegen, andere wieder weniger. Seit dem Entscheid 49 II 225 wird aber auf alle Fälle dem Prozeßstandpunkt der Parteien allein nie mehr eine entscheidende Bedeutung im Sinne einer eigentlichen verbindlichen Rechtskür unterstellt, mit einer einzigen Ausnahme, auf die wir noch zurückkommen werden.

Eine ausführliche Darstellung seines Standpunktes gibt das Bundesgericht im Entscheid 62 II 125. Es wird dort wörtlich folgendes ausgeführt:

„Die Vorinstanz hat . . . die Auffassung des Amtsgerichtes, daß nach dem Recht zu urteilen sei, welches von den Parteien im Prozeß angerufen werde, mit Recht abgelehnt. Wenn das Bundesgericht selbst zwischenhinein schlechthin auf die Parteiverweisung im Prozeß abgestellt hat (folgen Zitate bis 49 II 225), so ist es

auf jeden Fall längst wieder davon abgekommen und zu dem Grundsatz zurückgekehrt, daß der Parteiwille zur Zeit des Geschäftsabschlusses entscheidet und daß die Verweisung im Prozeß lediglich ein Indiz dafür bildet, welches Recht damals die Parteien beim Geschäftsabschluß als das maßgebliche gewollt haben.“

Diese Praxis wird dann noch zweimal bestätigt durch die Entscheide 63 II 44 und 63 II 307 f., indem dort ausgeführt wird, „. . . der Umstand, daß die beiden Parteien im Prozeß sich übereinstimmend auf ein anderes Recht als das des Erfüllungsortes berufen, bilde für sich allein kein genügendes Indiz, „durch welches die für das Recht des Erfüllungsortes sprechende Vermutung widerlegt würde“.

Kurz nach dem zuletzt genannten Entscheid fällte das Bundesgericht nun aber ein Urteil, das trotz aller redaktionellen Bemühungen im Sinne einer Abschwächung wieder aus dem Rahmen fällt. Es handelt sich um den Entscheid 63 II 386: das Gericht wendet hier schweizerisches Recht ausschließlich darum an, weil beide Parteien sich im Prozesse darauf berufen hatten. Allerdings sei in der Regel die Verweisung der Parteien im Prozeß nicht ausschlaggebend, wird ausgeführt, und vor allem sei eine solche Verweisung nicht geeignet, ein sich durch Abstellen auf den Erfüllungsort oder andere räumliche Beziehungen ergebendes Recht zu entkräften. Aber im vorliegenden Falle sei die Sache etwas fatal: es handle sich um ein Kontokorrentverhältnis, von dem das Bundesgericht früher (z. B. BGE 44 II 492) entschieden habe, daß in den Fällen, da eine Partei das Kontokorrentgeschäft gewerbsmäßig betreibe, das an ihrem Geschäftssitz anwendbare Recht gelten solle. Nun ständen sich aber hier zwei Banken gegenüber: man komme also weder mit der Erfüllungstheorie (oszillierender Erfüllungsort) noch mit der Theorie des Sitzes des gewerbsmäßigen Kontokorrentführers zu einem eindeutigen Ziele. Und darum sei auf das Verhalten der Parteien im Prozeß abzustellen!

Dieser Entscheid ist sicherlich nicht befriedigend. Entweder ist das Verhalten der Parteien im Prozeß für sich allein ein genügendes Indiz für eine frühere stillschweigende Parteivereinbarung, oder es ist kein genügendes Indiz. Es kann aber nicht dann zu einem genügendem Indiz werden, wenn die objektive Anknüpfung dem Richter Schwierigkeiten bereitet. Im Hinblick auf die vielen gegenteiligen Entscheide zitiert in BGE 62 II 125 und angesichts der redaktionellen Wendungen der oben angeführten Begründung ist anzunehmen, dieser Entscheid bleibe vereinzelt. Zusammenfassend ist daher zu sagen, daß der bloße Prozeßstandpunkt der Parteien kein genügendes Indiz für eine stillschweigende Rechtskürung enthält. Dagegen wird daran festgehalten, daß der Prozeßstandpunkt ein Indiz des Parteiwillens sein kann, wenn er kumulativ mit anderen Indizien, z. B. einer Gerichtsstandsvereinbarung, einer materiellen Bezugnahme auf fremdes Recht im Vertragstenor usw. vorkommt.

Anders hat die deutsche Praxis entschieden, die den Prozeßstandpunkt der Parteien als Ausdruck des hypothetischen Parteiwillens anerkennt (vgl. RG vom 27. 4. 1932 und RG vom 10. 6. 1933).

2. Die Gerichtsstandsvereinbarung.

Eine Reihe von Entscheiden stellt schon seit Jahrzehnten auf die Gerichtsstandsvereinbarung ab, in der Mehrzahl allerdings nur kumulativ, zusammen mit anderen Indizien (vgl. BGE 60 II 302 und die dort zit. Ent.). Es wird dort u. a. wörtlich ausgeführt:

„ . . . denn mangels gegenteiliger Abrede kann nicht angenommen werden, die Kontrahenten haben dem deutschen Richter, dessen Zuständigkeit sie ausdrücklich feststellten, zumuten wollen, nach einem anderen materiellen Recht als dem deutschen zu urteilen. Für das Darlehen gilt demnach deutsches Recht . . .“

Wir sehen also, daß eine Gerichtsstandsvereinbarung ein starkes Indiz ist. Sie schafft eine allerdings umstoß-

bare Präsomtion für eine entsprechende Rechtskür. Das gleiche muß wohl gelten, wenn ein Schiedsgericht vereinbart wird, das ganz eindeutig an einen bestimmten Rechtskreis gebunden ist, z. B. ständige berufsständische Schiedsgerichte.

3. Der Vertrag zwischen Konationalen oder Kodomizilierten.

In der Doktrin wird oft der Vertrag zwischen zwei gleichen Staatsangehörigen, auch wenn er im Ausland geschlossen wurde, als stillschweigend dem Heimatrecht unterstellt betrachtet, — wenigstens dann, wenn diese beiden Angehörigen des gleichen Staates auch sonst enge Beziehungen zu ihrem Heimatstaat unterhalten, so wenn sie ihren ständigen Wohnsitz ebenfalls im Heimatstaate haben. Auch ist dieser Grundsatz z. B. im italienischen Recht in Art. 58 codice di commercio und in dem alten Art. 9 der art. prel. und im neuen Art. 15 der Einf.-Best. zum c. c. legislatorisch verankert. Ebenso hat das deutsche Reichsgericht entschieden (ZIP 43/90). Die marokkanischen Kollisionsrechte enthalten das Prinzip der Konationalen ebenfalls, und zwar subsidiär neben dem Kodomizil (vgl. Franz.-Marokko, Dahir sur la condition civile des français et des étrangers, 1913; ebenso für Spanisch-Marokko, Dahir von 1920, und für Tanger, Dahir von 1925). Aber auch im tschechoslowakischen Entwurf ist das Kodomizil als vermutlicher Parteiwille ausdrücklich aufgenommen worden. In diesem Zusammenhang ist auch daran zu erinnern, daß die deutsche Rechtsprechung die Konationalität als Grund zu einer vertraglichen Vermutung der Wahl des gemeinsamen Heimatrechtes ansieht (vgl. z. B. RG vom 12. 7. 1933).

In der gleichen Richtung weist nun auch der soeben genannte Entscheid, 60 II 303, der wenigstens kumulativ als weiteres Indiz für die Anwendung schweizerischen Rechtes die Tatsache nennt, daß ein Vertrag von zwei in

der Schweiz domizilierten Firmen im Ausland abgeschlossen wurde.

4. Die Sprache oder die Aufnahme einzelner Rechtsbegriffe einer fremden Rechtsordnung in den Vertrag.

Daß die Wahl einer bestimmten Sprache allein ein Indiz für eine stillschweigende Rechtskür sei, ist abzulehnen. Noch eher könnte man daran denken, daß die Wahl bestimmter termini technici, die einem bestimmten Recht angehören, als Indiz einer stillschweigenden Rechtskür gelten dürfe. Aber auch dies ist kürzlich vom Entscheid 62 II 143 abgelehnt worden: die Verwendung des anglo-amerikanischen Rechtsbegriffes trustee in den Anleihsbedingungen eines internationalen Anleihs sei nicht entscheidend dafür, daß die Parteien wirklich stillschweigend ihr Vertragsverhältnis dem englischen oder einem amerikanischen Recht unterstellen wollten. Im gleichen Entscheid ist auch festgestellt worden, daß die bloße Aufnahme einzelner bestimmter Rechtssätze eines fremden Rechts in die Vertragsbestimmungen, oder die Ausarbeitung der Anleihsbestimmungen durch Juristen eines bestimmten Landes kein genügendes Indiz für eine dementsprechende Rechtskür darstelle. Allerdings hat das Bundesgericht seine negative Stellungnahme den genannten eventuellen Indizien gegenüber nebenbei auch damit begründet, daß dieses Rechtsinstitut des trustee sowie die in den Anleihsbedingungen aufgenommenen Rechtssätze sowohl dem englischen wie den meisten nordamerikanischen Rechten bekannt seien, so daß man sowieso nicht wissen könnte, welches der angelsächsischen Rechte im einzelnen als von den Parteien gewollt betrachtet werden könnte.

5. Andere Indizien.

Es gibt nun neben den genannten möglichen Indizien eines stillschweigenden Parteiwillens selbstverständlich

noch viele andere, auf die wir darum nicht im einzelnen eintreten wollen, weil wir dazu keine Entscheide des Bundesgerichtes aus neuerer Zeit gefunden haben. Es kann sich z. B. handeln um die Festsetzung bestimmter Geldsorten, um Hinweise auf Börsen- und Branche-Usancen bestimmter Orte, um Messe- oder Marktabschlüsse usw.

Im übrigen bleibt eine gewisse Unsicherheit über die Wertung der bundesgerichtlichen Praxis in bezug auf die stillschweigende Rechtskür darum bestehen, weil das Bundesgericht bekanntlich auch beim Fehlen jeder Rechtskür, der stillschweigenden sowohl wie der ausdrücklichen, mit dem hypothetischen Parteiwillen operiert. Die Grenze zwischen stillschweigendem und hypothetischem Parteiwillen wird aber in der bundesgerichtlichen Praxis, wie wir noch sehen werden, nicht scharf gezogen.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß zur Annahme eines stillschweigenden Parteiwillens nach der Praxis des Bundesgerichts solche Indizien vorliegen müssen, die mit großer Wahrscheinlichkeit einen dementsprechenden echten Parteiwillen schon zur Zeit des Vertragsabschlusses erraten lassen.

V.

Der hypothetische Parteiwille.

Die Grundlage, von der die bundesgerichtliche Praxis bis in die neueste Zeit beim Fehlen sowohl einer ausdrücklichen wie einer stillschweigenden Rechtskür ausgegangen ist, hängt insofern mit dem allgemeinen Prinzip des Parteiwillens zusammen, als beim Fehlen eines solchen ein hypothetischer Parteiwille unterstellt wird.

Hier ist nun allerdings zu sagen, daß die Grenzziehung zwischen dem „stillschweigenden“ Parteiwillen und dem „hypothetischen Parteiwillen“ nicht klar in Erscheinung tritt: die auf dem Umweg über den hypothetischen Parteiwillen herausgearbeiteten Anknüpfungsmomente sind, wie

wir noch sehen werden, in erster Linie die *lex solutionis*, dann aber auch der Ort der gewerblichen Niederlassung, das Domizil des Schuldners usw. Diese gleichen Anknüpfungsmomente werden nun oft auch als stillschweigender Parteiwille angenommen, insbesondere das Recht des Erfüllungsortes. Um nur zwei neuere Entscheide zu nennen, spricht z. B. 56 II 41 vom Erfüllungsort, als von dem von den Parteien „in Aussicht genommenen Recht“, und im gleichen Entscheid wird vier Seiten später gesprochen von dem „vermutlich von den Parteien gewollten Recht“. Im Entscheid 61 II 182 ist unter Berufung auf frühere Entscheide die Rede vom Recht, das die Parteien „stillschweigend gewollt oder doch vernünftigerweise als maßgeblich betrachtet hätten, wenn sie an die Regelung dieser Frage gedacht haben würden.“

Abgesehen von solchen Grenzverwischungen gegenüber dem Gebiet des stillschweigenden Parteiwillens geht aber aus der überwiegenden Mehrzahl der Entscheide doch klar hervor, daß es sich bei den genannten Anknüpfungsmomenten (insbesondere also beim Erfüllungsort) um einen hypothetischen Parteiwillen handelt:

Eine der vom Bundesgericht stereotyp verwendeten Formeln spricht vom „Recht, das die Parteien vernünftigerweise erwarten konnten und erwarten mußten“ (von BGE 11/364 bis 60 II 300). Schon diese Formel läßt deutlich erkennen, daß ein eigentlicher Wille der Parteien bei Vertragsabschluß nicht notwendigerweise vorhanden sein muß: man wendet das Recht an, das die Parteien „vernünftigerweise“ erwarten mußten, ohne zu untersuchen, ob die Parteien tatsächlich (wenn auch nur stillschweigend) gewollt haben.

Ganz deutlich tritt der hypothetische Parteiwille in der zweiten stereotypen Formel zutage, die vom Bundesgericht immer wieder angewandt wird. Diese Formel spricht vom „Recht, das die Parteien als anwendbar erklärt haben würden, wenn sie an die Re-

gelung dieser Frage überhaupt gedacht hätten“.
(Statt vieler BGE 63 II 43 f. und dort zit. Ent.)

Diese zweite, eindeutig auf den hypothetischen Parteiwillen verweisende Formel scheint in den letzten Jahren die erstgenannte Formel eher zu verdrängen.

Die Konstruktion eines hypothetischen Parteiwillens ist nun in der Doktrin mit Recht kritisiert worden (Fritzsche 247a, in neuerer Zeit Schnitzer SJZ 1939, Heft 20/21): Wo kein Wille sei, wird argumentiert, soll auch keiner gesucht werden, auch kein hypothetischer. Das Bundesgericht wende eben in Tat und Wahrheit objektive Prinzipien an. Es sei unrichtig, wenn der Richter dort, wo er einen eigenen Rechtssatz bilden sollte, nach dem Willen der Parteien suche, der gar nicht vorhanden sei.

Das Echo auf diese Kritik ist nicht ausgeblieben. In einem Entscheid aus dem Jahre 1933 (BGE 59 II 361) geht das Bundesgericht auf diese Frage ausführlich ein, indem es folgendes ausführt:

„Es ergibt sich nun aber gerade aus der letzten Erwägung, daß das Bundesgericht beim Mangel ausdrücklicher Rechtskürung durch die Parteien nicht schlechthin, auf Grund eines objektiven Prinzips, auf das Recht des Erfüllungsortes abgestellt, vielmehr fällt dieses in Betracht, wenn und weil es die Parteien beim Geschäftsabschluß wirklich als maßgebend betrachteten oder doch vernünftiger- und billigerweise als anwendbar halten konnten und mußten. Ob damit durch das Bundesgericht in Wirklichkeit doch ein selbständiges, subsidiäres und unmittelbar anwendbares Prinzip verwendet oder der Umweg über eine tatsächliche Vermutung (des Willens) der Parteien zugunsten des Rechts des Erfüllungsortes aufrechterhalten wird, kann als theoretische Frage offengelassen werden. — Jedenfalls bleibt festzuhalten, daß das Recht des Erfüllungsortes auch beim Mangel einer ausdrücklichen Parteivereinbarung nicht anwendbar ist, wenn

der Parteiwille vernünftigerweise nicht auf dieses Recht gerichtet sein konnte.“

Mit dieser Entscheidung weist also das Bundesgericht die Kritik am Prinzip des hypothetischen Parteiwillens mit dem Hinweis auf dessen Elastizität zurück. Es will diese Konstruktion darum nicht aufgeben, weil die Ersetzung des hypothetischen Parteiwillens durch objektive Anknüpfungsmomente (z. B. Erfüllungsort) viel zu starr wäre. Das Bundesgericht hält am hypothetischen Parteiwillen fest, um die objektiven Anknüpfungsmomente, wie Erfüllungsort, Ort der gewerblichen Niederlassung, Domizil des Borgers oder des Bürgen usw., im einzelnen Fall wieder durchbrechen zu können.

In den letzten drei bis vier Jahren ist nun aber in bezug auf diese objektiven Anknüpfungsmomente eine deutliche Wandlung der bundesgerichtlichen Praxis zu beobachten. Als Ausdruck des hypothetischen Parteiwillens erscheint nicht mehr in erster Linie der Erfüllungsort (mit seinen allerdings sehr zahlreichen Ausnahmen), sondern das Prinzip der sog. „engsten räumlichen Beziehung“ (vgl. u. a. schon BGE 60 II 300; 61 II 182; 63 II 44 und 63 II 307; sodann eindeutig: 63 II 385).

Die ausgehend vom hypothetischen Parteiwillen entwickelten starren Anknüpfungsmomente, wie Erfüllungsort usw., erscheinen dabei nur noch als spezielle Anwendungsfälle dieses neuen Prinzips der engsten räumlichen Beziehung. Ich zitiere z. B. aus dem Entscheid 60 II 307. Als anwendbar erklärt wird dort:

„das Recht desjenigen Landes, mit welchem das streitige Rechtsverhältnis den engsten räumlichen Zusammenhang aufweist. Da unter den räumlichen Beziehungen eines Rechtsverhältnisses, soweit dessen Wirkungen in Frage stehen, dem Erfüllungsort überwiegende Bedeutung zukommt, ist deshalb in der Regel das Recht des Erfüllungsortes als das Recht des mutmaßlichen Parteiwillens anzusehen.“

Wir haben nun im Entscheid 59 II 361 gesehen, daß vom Bundesgericht das Prinzip des hypothetischen Parteiwillens vor allem mit dessen Elastizität verteidigt wurde. Mit dem neuen Prinzip der engsten räumlichen Beziehung ist nun aber diese Elastizität ohnehin gegeben, so daß der Hauptgrund für die Beibehaltung der Konstruktion eines hypothetischen Parteiwillens dahingefallen ist. Trotzdem hat das Bundesgericht bis in die allerneueste Zeit hinein am hypothetischen Parteiwillen festgehalten, ja sogar in Verbindung mit dem Prinzip der engsten räumlichen Beziehung. Das Bundesgericht konstruiert also wie folgt: Maßgeblich ist der hypothetische Parteiwille (der Wille, den die Parteien gehabt hätten, wenn sie daran gedacht hätten), und dieser hypothetische Wille sei gerichtet auf den Ort der engsten räumlichen Beziehung, — und dieser Ort der engsten räumlichen Beziehung sei normalerweise der Erfüllungsort (vgl. z. B. 60 II 300; 63 II 44; 63 II 307).

In einem neuesten Entscheide, 63 II 385, hat nun aber das Bundesgericht das Prinzip der engsten räumlichen Beziehung angewandt, ohne den Umweg über den hypothetischen Parteiwillen zu machen. Die engste räumliche Beziehung erscheint als ein objektiver Anknüpfungsbegriff. Es wird dort folgendes ausgeführt:

„Nach der ständigen Praxis des Bg beurteilen sich die Wirkungen eines obligatorischen Rechtsverhältnisses beim Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien über diese Frage nach demjenigen Recht, mit welchem das streitige Rechtsverhältnis den engsten räumlichen Zusammenhang aufweist. Da im allgemeinen mit dem Erfüllungsort die engsten räumlichen Beziehungen bestehen, so ist im allgemeinen auf das Recht des Erfüllungsortes abzustellen, es sei denn, daß die Umstände des Falles die Beziehungen zu einem andern Lande noch enger erscheinen lassen.“

Man hat nun im Anschluß an diesen Entscheid bereits von der Möglichkeit einer grundsätzlichen Umkehr der

bundesgerichtlichen Praxis im Sinne der Aufgabe des Prinzips des hypothetischen Parteiwillens zugunsten des objektiven Prinzips der engsten räumlichen Beziehung gesprochen (Schnitzer SJZ 1939, Heft 20/21).

Diese Erwartung erscheint mir aber vorläufig verfrüht: es ist nämlich seit jeher von einzelnen bundesgerichtlichen Entscheiden der Umweg über den hypothetischen Parteiwillen weggelassen worden, d. h. es ist seit jeher in einzelnen Entscheidungen der Umweg über den hypothetischen Parteiwillen nicht in Erscheinung getreten.

Für die frühere Praxis verweise ich auf Fritzsche S. 335a, wo die Entscheide, in denen der Erfüllungsort als ein objektives Prinzip erscheint, bis zum Jahre 1925 zusammengestellt sind.

Für die neuere Praxis wäre etwa auf die folgenden Entscheide zu verweisen: 54 II 264; 57 II 72; 59 II 399. Vor allem die französisch redigierten Entscheide sind es, die traditionell wie folgt formulieren:

„Le lieu de l'exécution du contrat se trouvant ainsi en Suisse, c'est le droit suisse qui régit le litige, puisque rien n'indique que les parties aient songé à l'application d'un autre droit.“

Es ist also durchaus möglich, daß auch der Entscheid 63 II 385, der die engste räumliche Beziehung als objektives Prinzip verwendet, vereinzelt bleibt.

Zusammenfassend können wir also die neuere Praxis des Bundesgerichtes beim Fehlen eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Parteiwillens wie folgt charakterisieren: Das Bundesgericht knüpft an den hypothetischen Parteiwillen an und nimmt an, dieser sei gerichtet auf die engste räumliche Beziehung des betreffenden Vertragsverhältnisses. Als die engste räumliche Beziehung gilt normalerweise der Erfüllungsort. Neben dem Erfüllungsort sind jedoch sowohl für vereinzelte Vertragsarten wie auch vereinzelte Vertragswirkungen in konstanter Praxis auch andere örtliche

Beziehungen des Vertragsverhältnisses als engste räumliche Beziehung (oder früher direkt als hypothetischer Parteiwille) angenommen worden. So z. B. (ich zitiere nur aus der neueren Praxis) das Domizil des Borgers (61 II 245), oder das Domizil des Bürgen (63 II 308), oder der Ort der gewerblichen Niederlassung des Kontokorrenthalters (erwähnt in 63 II 385), oder der Ort des wirtschaftlichen Zweckes des Vertrages (63 II 44), oder der Ort, wo die Ware vom Verkäufer geprüft werden muß, für die Mängelrüge (56 II 47) usw.

VI.

Schlußbemerkungen.

Wir sind damit zum Schluß unserer Ausführungen gelangt. Es soll in diesem Zusammenhang nur noch darauf hingewiesen werden, wie außerordentlich unbestimmt die Anknüpfungsbegriffe im internationalen Obligationenrechte im allgemeinen sind. Wir haben schon auf die Schwierigkeit der Bestimmung des Vertragsabschlußortes bei Verträgen unter Abwesenden hingewiesen. Über die Qualifikation des Begriffes „Parteiwille“ könnte man ganze Dissertationen schreiben. Wir haben auch gesehen, wie schwankend selbst in der bundesgerichtlichen Praxis die Grenzziehung zwischen stillschweigendem und hypothetischem Parteiwillen ist.

Es liegt auf der Hand, daß auch das neue Prinzip der bundesgerichtlichen Praxis, das Prinzip der engsten räumlichen Beziehung, einer genauen begrifflichen Definition nicht fähig ist. Warum werden beim Darlehensvertrag, bei der Bürgschaft, beim Kontokorrentverhältnis in der Regel andere „engste räumliche Beziehungen“ (ein anderer hypothetischer Parteiwille) angenommen als bei den übrigen Vertragsverhältnissen? Wie kommt das Gericht dazu, plötzlich in einem Ent-

scheid entgegen aller Tradition auf den wirtschaftlichen Zweck des Vertrages abzustellen (63 II 44)? Wir sehen schon daraus, daß die elastischen Grundsätze des hypothetischen Parteiwillens und der „engsten räumlichen Beziehungen“ eine eindeutige Ableitung der eigentlichen konkreten Anknüpfungskriterien, auf die es im einzelnen praktischen Falle ankommt, nicht gestatten.

Aber selbst wenn wir von diesen elastischen und dehnbaren Grundsätzen aus bis zu den einzelnen für die Anknüpfung verwendbaren Konkretisierungen vorstoßen können, z. B. zum Erfüllungsort, zum Domizil des Schuldners usw., so sind wir von einer klaren Lösung immer noch sehr weit entfernt, da auch die Definition dieser Begriffe oft größte Schwierigkeiten bereitet.

Mit Sicherheit kann nur gesagt werden, daß vom Bundesgericht alle diese Begriffe, vor allem auch der Erfüllungsort, nach der *lex fori* qualifiziert werden. Das heißt z. B. beim Erfüllungsort, daß auf Art. 74 OR abzustellen sei. Dieser Artikel stellt nun seinerseits wiederum auf den ausdrücklichen oder stillschweigenden Parteiwillen ab und bestimmt für den Fall des Fehlens eines Parteiwillens je nach der Art der Obligation das Domizil des Gläubigers oder des Schuldners oder den Ort der gelegenen Sache als präsumtiven Erfüllungsort. Daß sich hier wieder eine Unmenge von einzelnen Fragen erheben können, liegt auf der Hand: Wie ist der Erfüllungsort zu bestimmen, wenn mehrere Gläubiger oder mehrere Schuldner vorhanden sind, oder wenn die Sache, die zu leisten ist, bei Vertragsabschluß noch nicht existiert, oder wenn sie auf der Reise ist, oder wenn sie auf mehrere Orte verteilt ist, oder wenn ein vorgesehener Erfüllungsort unmöglich wird, oder wenn der Erfüllungsort nach der Natur der Obligation ständig wechselt oder unbestimmbar ist, oder wenn er alternativ bestimmt werden kann? usw.

Mit diesem Hinweis soll lediglich illustriert werden, daß die eigentlichen Schwierigkeiten der Praxis im Grunde genommen erst da beginnen, wo wir aufgehört haben,

dort nämlich, wo wir von den allgemeinen Grundsätzen des obligationenrechtlichen Kollisionsrechtes zu den einzelnen Anknüpfungsmomenten vorstoßen.

Die oben entwickelten allgemeinen Grundsätze haben daher nur den Sinn von Wegweisern: eine unmittelbare Lösung des konkreten Falles kann ihnen nicht entnommen werden. Sie geben nur die Richtung an, in welcher die Lösung gesucht werden kann und gesucht werden muß. Sie sind aber das Fundament der Praxis und werden auch das Fundament jeder zukünftigen gesetzgeberischen Lösung auf diesem Gebiete darstellen müssen.