

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:	60 (1941)
Artikel:	Die Spaltung des Vertrages bezüglich seiner Wirkungen im schweizerischen internationalen O.R.
Autor:	Niederer, Werner
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896307

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: 05.02.2026

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

Die Spaltung des Vertrages bezüglich seiner Wirkungen im schweizerischen internationalen O. R.

Referat von Privatdozent Dr. Werner Niederer,
Rechtsanwalt, Zürich.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
I. Einleitung: Die Problemstellung.	
1. Die Entstehung der Vertragsspaltung . . .	223a
2. Die Abgrenzung der Vertragsspaltung . . .	224a
3. Die Fragestellung der Vertragsspaltung . .	226a
II. Die Vertragsspaltung in der Doktrin	
1. Die Befürwortung der Spaltungstheorie in der Doktrin	227a
a) Savigny als Begründer der Spaltungstheorie .	227a
b) Die Befürworter der Spaltungstheorie nach Savigny	230a
2. Die Ablehnung der Spaltungstheorie in der Doktrin	237a
a) Die völlig ablehnende Stellungnahme der ro- manischen Doktrin	237a
b) Die Bekämpfung der Spaltungstheorie in der deutschen Literatur	239a
3. Zusammenfassung der Stellungnahme der Doktrin	243a
III. Die Vertragsspaltung in der Praxis des Bundesgerichts	
1. Die Entscheide, die zum Spaltungspro- blem ausdrücklich Stellung nehmen . . .	245a
a) Chronologische Darstellung der einzelnen Ent- scheide	245a
b) Zusammenfassung	249a

	Seite
2. Die Entscheide, die sich indirekt für die Vertragsspaltung aussprechen	250a
a) Einzelne typische Formulierungen im Sinne der Spaltungstheorie	250a
b) Weitere Beispiele für die Spaltungstheorie . .	251a
3. Die Entscheide, die sich indirekt gegen die Vertragsspaltung aussprechen	253a
a) Einzelne typische Formulierungen im Sinne der Gesamtanknüpfung	253a
b) Weitere Beispiele für die Gesamtanknüpfung	257a
4. Die tatsächliche Undurchführbarkeit der Spaltung in der materiellen Rechtsanwendung des Bundesgerichts	260a
a) Die materielle Rechtsanwendung des Bundesgerichts im allgemeinen	260a
b) Untersuchung der materiellen Rechtsanwendung in einzelnen Entscheiden	262a
5. Zusammenfassung	265a

IV. Kritik und Lösung der Vertragsspaltung

1. Die Vertragsspaltung im Lichte der kollisionsrechtlichen Logik	266a
a) Die Vertragsspaltung und die Lehre vom Objekt der Anknüpfung	267a
b) Die Vertragsspaltung und der Parteiwille . .	273a
c) Zusammenhang mit der Vertragsspaltung bezüglich „Entstehung“ und „Wirkung“ des Vertrages	277a
2. Die Vertragsspaltung und das materielle Recht	279a
a) Störung des materiellrechtlichen Gleichgewichts als Hauptargument der Spaltungstheoriegegner	279a
b) Das rechtspolitische Gleichgewicht	282a
c) Das rechtslogische Gleichgewicht	285a
3. Die Lösung des Spaltungsproblems	
a) Zusammenfassung der bisherigen Untersuchung	296a
b) Die Lösungen des Spaltungsproblems in der Doktrin	297a
c) Die Lösung im Sinne der allgemeingültigen schweizerischen Kollisionsregeln auf dem Gebiete des internationalen OR	299a

I. Einleitung: Die Problemstellung.

1. Die Entstehung der Vertragsspaltung.

Nirgends ist das Problem der Anknüpfung so umstritten und unbestimmt wie im Vertragsrecht. Gesetzliche Normen sind selten, so daß die maßgeblichen Grundsätze vor allem durch die Gerichtspraxis zur Entwicklung gebracht worden sind.

Eine ganze Anzahl von Anknüpfungsmomenten gelangen nebeneinander zur Anwendung: Nationalität und Domizil der beteiligten Person, der Ort, wo der Vertrag abgeschlossen worden ist, der Ort der gewerblichen Niederlassung, der Ort der Erfüllung u. a. m.

Einige dieser Kriterien beziehen sich nun auf den ganzen Vertrag (wie der Abschlußort), andere aber beziehen sich nur auf eine der beiden Vertragsparteien (wie Domizil) oder nur auf die Verpflichtung der einen oder andern Vertragspartei (wie der Erfüllungsort).

Die Erscheinung, mit der wir es in unserer Untersuchung zu tun haben, beruht nun darauf, daß bei Anknüpfung an ein Kriterium, das nur auf eine der beiden Vertragsparteien oder deren Verpflichtung Anwendung finden kann, eine doppelte Anknüpfung möglich wird, sobald in einem synallagmatischen Vertrag die beiden Parteien sich in der gleichen Qualität (z. B. jede als Schuldner der andern) gegenüberstehen. Knüpfen wir an das Domizil des Schuldners an, so sind immer dann zwei Anknüpfungen möglich, wenn in einem Synallagma beide Parteien gegenseitig Schuldner sind und im Herrschaftsgebiet verschiedener Rechtsordnungen Domizil haben. Dasselbe trifft zu bei der Nationalität, und — was in der Schweiz besonders wichtig ist — beim Erfüllungsort.

Wenn ein Schweizer in Zürich einem Deutschen in Berlin Ware verkauft, die bereits in Prag liegt und dort abgeliefert werden soll, dann ergibt sich bei Anknüpfung an den Erfüllungsort für den schweizerischen Richter das folgende Problem:

Der schweizerische Verkäufer muß in Prag erfüllen, wo die Ware bereits liegt; der deutsche Käufer muß seine Preisschuld in Zürich erfüllen, am Wohnort des Gläubigers. Die eine Verpflichtung des Synallagma ist also in Prag, die andere in Zürich zu erfüllen, so daß wir sowohl an das Recht des in Prag geltenden ABGB wie an dasjenige des schweizerischen OR anknüpfen können.

Dieselbe Schwierigkeit taucht auf, wenn wir an das Domizil oder an die Nationalität des Schuldners anknüpfen: Da jeder der Schuldner des andern ist, kann an das deutsche oder an das schweizerische Recht angeknüpft werden.

Was wir nun mit „Spaltungstheorie“ bezeichnen, ist die auch in der schweizerischen Praxis vorkommende Lösung, daß nicht der einen oder der andern dieser beiden möglichen Anknüpfungen der Vorzug für den ganzen Vertrag gegeben wird, sondern daß man den Vertrag aufteilt, aufspaltet, und dann jeweils einen Teil des Vertrages an das eine Recht, den andern an das andere Recht „anknüpft“: Man unterstellt z. B. die Verpflichtungen des Käufers dem Rechte des Ortes, wo er seine Preisschuld leisten, und die Verpflichtungen des Verkäufers dem Recht des Ortes, wo er seine Warenschuld erfüllen muß.

2. Die Abgrenzung der Vertragsspaltung.

Unsere Untersuchung ist beschränkt auf die „Spaltung bezüglich der Vertragswirkungen“. Aus dieser Beschränkung schon ergibt sich, daß noch weitere „Spaltungen“ des Vertrages im Kollisionsrecht möglich sind.

Und in der Tat gibt es neben der oben an Beispielen illustrierten Spaltung noch weitere ähnliche Erscheinungen,

die ebenfalls eine verschiedene Anknüpfung ein und des selben Vertrages zur Folge haben können.

So werden im schweizerischen Vertragskollisionsrecht bekanntlich die Fragen über die Entstehung und die Fragen über die Wirkungen verschieden angeknüpft, die ersten an die *lex loci contractus*, die letzteren nach verschiedenen Anknüpfungsmöglichkeiten, u. a. auch an den Erfüllungsort.

Ferner werden einzelne Rechtsfragen wie z. B. die Frage, nach welchem Recht die Mängelrüge zu beurteilen sei, ebenfalls gesondert angeknüpft.

Schließlich werden allgemein einzelne Rechtsfragen, die sich im Gesamtkomplex des Vertragsabschlusses ergeben, traditionell ausgesondert und nach besonderen Anknüpfungsregeln behandelt: So wird etwa die Frage, ob die Parteien handlungsfähig waren, oder ob die Form des Vertrages rechtsgültig sei, seit jeher den besonderen Regeln über die Handlungsfähigkeit oder die Form unterstellt.

Diese Spaltungen liegen nicht in der Natur des Anknüpfungsbegriffes begründet. Man reißt in den genannten Fällen den Vertrag zum vornherein schon auseinander und verwendet für die Anknüpfung der einzelnen Fragenkomplexe zum vornherein verschiedene Anknüpfungsbegriffe.

Der Unterschied zu unserem Problem besteht also darin, daß es sich im einen Fall um eine automatische, unwillkürliche, in der Natur des Anknüpfungsbegriffs liegende Spaltung handelt, im andern Fall aber um eine willkürliche, aus ganz bestimmten Gründen absichtlich herbeigeführte Spaltung.

Wir befassen uns hier nur mit der Spaltungstheorie im engern Sinne, d. h. mit der aus der Natur des Anknüpfungsmomentes entstehenden Spaltung.

Ebenso bleiben zum vornherein Spaltungen unberücksichtigt, die dem schweiz. JPR immer fremd geblieben sind, und die seit jeher ein mehr literarisches Dasein ge-

führt haben, wie etwa die verschiedene Anknüpfung von „effets“ und „suites“ (Foelix, Lomonaco) oder von „Rechtsfolgen“ und „Ausführung“ des Vertrages (Asser).

3. Die Fragestellung der Vertragsspaltung.

Die Vertragsspaltung im engen Sinne bleibt beschränkt auf die synallagmatischen Verträge: Sie hat zur Voraussetzung, daß zwischen zwei Vertragsparteien gegenseitig Rechte und vor allem Pflichten bestehen. Nur dann ist es überhaupt möglich, daß der Anknüpfungsbegriff auf beide Parteien angewendet werden kann. Ferner ist wie gesagt Voraussetzung, daß wir einen Anknüpfungsbegriff anwenden, der sich seiner Natur nach nicht auf das ganze Vertragsverhältnis bezieht, sondern nur auf die eine Partei oder die Verpflichtung einer Partei.

Wir können nun aber auch aus Anknüpfungsmomenten, die nur auf ein in der Person einer Vertragspartei oder in der einseitigen Verpflichtung herselben begründetes Element abstellen, die Anknüpfung des ganzen Vertrages herleiten, wenn wir die in der Person der einen Vertragspartei (bzw. in ihrer einseitigen Verpflichtung) gegebene Voraussetzung als für den ganzen Vertrag gültig betrachten (Domizil des Typisch-Verpflichteten, — Erfüllungsort der „obligation principale“ usw.).

Die Spaltungstheorie steht auf dem Standpunkt, man müsse bei Anwendung solcher zweifach auslegbarer Anknüpfungsbegriffe nicht den ganzen Vertrag, sondern nur die einseitige Verpflichtung mit der Anknüpfung erfassen. Die Bekämpfer der Spaltungstheorie dagegen sagen, man müsse auch in diesem Falle den ganzen Vertrag mit der Anknüpfung erfassen.

Die Gründe für und wider die Spaltung sind zweifacher Natur: Man versucht entweder aus dem Anknüpfungsakt selbst, oder dann aus dem materiellrechtlichen Ergebnis die eine oder die andere Lösung zu begründen.

Wir haben m. a. W. zwei Grundfragen vor uns, von denen die Lösung des Problems abhängt:

1. Was ist Objekt der Anknüpfung, die einzelne „obligatio“ oder der ganze „Vertrag“?
2. Gibt die Spaltung materiellrechtlich eine vernünftige Lösung?

Diese Fragestellung liegt auf der Hand: Wenn wir uns über das Objekt der Anknüpfung klar werden können im einen oder andern Sinne, ist das Problem gelöst. Wenn dies nicht möglich ist, müssen wir untersuchen, ob das Resultat der Spaltung, — die Anwendung zweier verschiedener materieller Rechtsordnungen auf den gleichen Vertrag, — ein vernünftiges Ergebnis zeitigt.

Bevor wir aber kritisch auf diese Fragestellung eingehen, werden wir einen zusammenfassenden Überblick über die Stellungnahme der internationalen Doktrin im allgemeinen und sodann der schweizerischen Praxis im besonderen geben.

Wir werden dabei sehen, daß beide, Doktrin und Praxis, ebenfalls die gleichen Grundfragen gestellt haben, die wir oben formulierten, nämlich die Fragen nach der kollisionsrechtlichen und materiellrechtlichen Möglichkeit der Spaltung.

Die gefundenen Antworten werden auch für unsere kritischen Untersuchungen wegleitend sein.

II. Die Vertragsspaltung in der Doktrin.

1. Die Befürwortung der Spaltungstheorie in der Doktrin.

a) Savigny als Begründer der Spaltungstheorie.

Man kann von Savigny, dem Begründer des modernen internationalen Privatrechts, behaupten, daß er schon alle kollisionsrechtlichen Probleme vorausgesehen hat, die bis heute aufgetaucht sind. Sogar Fragestellungen wie das Qualifikationsproblem, als dessen Entdecker Bartin gilt, können auf ihn zurückgeführt werden,

wie wir bereits an anderem Orte nachgewiesen haben (vgl. Frage der Qualifikation, 1940, S. 10).

Es ist daher nicht verwunderlich, daß auch die Vertragsspaltung von Savigny schon in ihrer ganzen Tragweite klar erfaßt und dargestellt worden ist. Savigny gelangt bekanntlich vom Gedanken der überwiegenden Berücksichtigung des Schuldners ausgehend zum Erfüllungsort als Schwerpunkt der örtlichen Beziehung der Obligation. Er verweist in diesem Zusammenhang auf die sich aus der Gegenseitigkeit vieler Verträge ergebende „Schwierigkeit“, da „jede der beiden Parteien als Schuldner anzusehen“ sei, weshalb die „aufgestellte Regel“ der überwiegenden Berücksichtigung des Schuldners nicht mehr auszureichen scheine (Savigny, System, Bd. VIII, S. 200 ff.).

Eine eigentliche Lösung dieser Schwierigkeit gibt Savigny aber nicht; er begnügt sich, die sich daraus ergebende getrennte Behandlung der einzelnen Schuldverhältnisse als durchaus möglich darzustellen; nichts hindere, „für jede der beiden, durch diese Trennung entstehenden Hälften, den Gerichtsstand und das örtliche Recht nach der Person des Schuldners zu bestimmen“. Er betrachtet diese Trennung mit dem Hinweis auf das römische Recht sogar als „natürlich“ (Hinweis auf die Form des römischen Kaufvertrages in zwei getrennten stipulationes) und die „zusammenfassende Behandlung“ als „abgeleitet und künstlich“.

Der Autor gibt indessen zu, daß auch diese zusammenfassende Behandlung in der „innigen Verbindung der beiden Obligationen ihre Rechtfertigung findet“, und daß die „absondernde Behandlung beider Hälften einer zweiseitigen Obligation“ auch „Zweifel und Verwicklungen mit sich führen kann“ (S. 202, Anmerkung).

Mit dieser Stellungnahme kann Savigny als Begründer der Spaltungstheorie gelten, ebenso wie er als eigentlicher Begründer der Theorie vom Erfüllungsort gilt. Vor Savigny ist das Problem kaum klar erkannt

worden, wohl auch darum, weil als Anknüpfungsmoment der Vertragsabschlußort vorherrschend war (vgl. z. B. Schaeffner, Entwicklung des internationalen Privatrechts, § 86).

Mit Savigny begann auf dem Gebiete des Kollisionsrechts ein neuer Zeitabschnitt. Der achte Band seines Werkes erschien 1848. Schon 1863 hat seine Theorie ein ansehnliches Gefolge und 30 Jahre nach ihrer Publikation war sie herrschend in Deutschland, und zwar sowohl bei den Romanisten wie bei den Germanisten (vgl. Gutzwiller, Der Einfluß Savigny's auf die Entwicklung des IPR, 1923, S. 49).

Bekanntlich war die Theorie von Savigny denn auch bis heute in Deutschland maßgebend. Ebenso hat sie im übrigen Europa und selbst im anglo-amerikanischen Rechtskreis tiefen Spuren hinterlassen.

Man kann nun feststellen, daß die Spaltungstheorie überall dort auftritt, wo der Erfüllungsort Savigny's sich durchsetzt. Sie spielt daher in der Literatur und Praxis des vom Erfüllungsort beherrschten deutschen Kollisionsrechts die größte Rolle, ist aber auch z. B. in der Schweiz im gleichen Maße aufgetaucht, wie unser Vertragskollisionsrecht vom Erfüllungsort durchdrungen wurde.

In den letzten 50 Jahren hat sich allerdings die internationale Doktrin des IPR gegenseitig dermaßen beeinflußt, daß die in der einen nationalen Rechtsordnung besonders akuten Fragestellungen auch in die Literatur der andern Staaten übergingen. Zum Spaltungsproblem wurde daher in neuerer Zeit auch in der französischen und italienischen Doktrin, ja sogar vereinzelt in der englischen und amerikanischen Literatur Stellung genommen.

Aber die Frage der Vertragsspaltung ist im Vergleich zu andern allgemeinen Problemen des IPR nur gelegentlich zur Sprache gekommen. Die Beschäftigung mit ihr ist eher Ausnahme als Regel. Immerhin können wir, von

Savigny ausgehend, eine bis in die Gegenwart andauernde Diskussion des Problems nachweisen, das indessen heute noch so wenig gelöst ist wie vor hundert Jahren.

b) Die Befürworter der Spaltungstheorie nach Savigny.

Auf Savigny folgte eine Art von „leerem Zeitraum“, der einige Jahrzehnte dauerte und durch eine wenig große Fruchtbarkeit nicht nur des deutschen IPR, sondern der ganzen deutschen Rechtswissenschaft überhaupt ausgezeichnet war (vgl. Gutzwiller, Der Einfluß Savigny's auf die Entwicklung des IPR). Nachher aber folgen unmittelbar aufeinander drei Namen von unvergänglichem Klang, die der Spaltungstheorie ausdrücklich ihre Zustimmung gaben: Windscheid, von Bar und Mitteis.

Bei Windscheid ist allerdings die Spaltungserscheinung nicht wie bei Savigny darauf zurückzuführen, daß statt des ganzen Vertrages die einzelne Verpflichtung angeknüpft wird, sondern darauf, daß eine Prädominanz des von Windscheid angenommenen Anknüpfungspunktes des Wohnsitzes weder für die eine noch für die andere Vertragspartei angenommen wird. „Der Punkt des Raumes, welchem obligatorische Rechtsverhältnisse angehören, wird bestimmt durch den Wohnsitz der Parteien. An und für sich nicht minder durch den Wohnsitz des Gläubigers als durch den des Schuldners, da aber der Gläubiger derjenige ist, der verlangt, so muß er, um überhaupt etwas zu verlangen, das Recht des Wohnsitzes des Schuldners akzeptieren, wenn dieser auf dem Recht seines Wohnsitzes besteht, umgekehrt aber auch das Recht seines eigenen Wohnsitzes, wenn es dem Schuldner paßt, auf dieses zu greifen“ (vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. I, § 35, Ziff. 3). Es wird damit eine Art Alternativlösung ausgesprochen, die theoretisch wohl den ganzen Vertrag entweder dem Recht der einen oder der andern Vertragspartei unterstellt, die praktisch aber auf eine Spaltung herausläuft. (Wir werden noch sehen, daß

die Spaltung übrigens auch in der Praxis des BG auf eine Art alternative Rechtsanwendung hinausläuft; vgl. unten S. 264a.) Windscheid beruft sich dabei auf den Sachsen-Spiegel III 33, § 2, wo das Recht des Beklagten als anwendbar erklärt wird.

Ähnlich hat dann auch der Gebhart'sche Entwurf zum int. OR, § 11, Abs. 2, einen Doppelvorschlag wie folgt formuliert:

- a) Sind beide Vertragsschließende Schuldner, so kann jeder Teil verlangen, daß seine Verbindlichkeit nach dem für die Verbindlichkeit des anderen Teils maßgebenden Recht beurteilt wird.
- b) Entstehen aus einem Vertrag für beide Teile Verpflichtungen und sind für die letzteren die Gesetze verschiedener Orte maßgebend, so kann jeder Teil verlangen, daß seine Verpflichtung nach den für die Verpflichtung des andern Teils maßgebenden Gesetzen beurteilt wird.

Bekanntlich ist dann aber die Materie des int. OR später im EG zum BGB gar nicht aufgenommen worden. Aber auch wenn dies der Fall gewesen wäre, hätte diese Lösung wohl kaum Aussicht auf gesetzliche Sanktion gehabt.

Anders tritt die Spaltung bei von Bar in Erscheinung: „Jedes zweiseitige Geschäft läßt sich in zwei einseitige zerlegen, z. B. der Kauf in die Obligation des Verkäufers, die Sache zu gewähren, und die des Käufers, den Kaufpreis zu bezahlen“, — also können diese einseitigen Geschäfte gesondert angeknüpft werden (von Bar, Theorie und Praxis des IPR, Bd. II, 1889, S. 15). Die Spaltung wird geradezu für die postulative Begründung der Anknüpfung an das Personalstatut des Schuldners herangezogen (vgl. von Bar, Lehrbuch des IPR und int. Strafrechts, 1892, S. 108 f., insbesondere S. 109, b).

In den Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages hat dann Mitteis die Frage, ob eine „Obligation“ immer nach einem einzigen Recht zu beurteilen sei, aus-

drücklich verneint. Allerdings stellt auch Mitteis das Spaltungsproblem noch nicht in seiner ganzen Schärfe, wie aus den Beispielen hervorgeht, die er anführt (z. B.: Von österreichischen Unternehmern werden in Italien mit italienischen Arbeitern Dienstverträge abgeschlossen, die in Österreich zu erfüllen sind. Hinsichtlich der Gültigkeit der Verträge gelte nun italienisches Recht, hinsichtlich der Kündigung österreichisches Recht, usw.). Aber Mitteis entscheidet sich doch grundsätzlich für eine Aufspaltung der Anknüpfung einer „Obligation“, wobei er unter Obligation nicht die einseitige Verpflichtung, sondern das ganze Vertragsverhältnis versteht (vgl. Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages, 4. Bd., S. 98 ff.).

Es muß immer wieder betont werden, daß in der Folge nicht nur von der Praxis, sondern auch von der Doktrin die Spaltung sehr oft einfach stillschweigend als gegebene Tatsache vorausgesetzt wurde, ohne daß man überhaupt zum Problem Stellung bezog. Statt auf viele verweise ich hier auf ein uns naheliegendes Beispiel, den Kommentar Becker zum schweizerischen OR, dessen ganze Darstellung auf eine diskussionslose Akzeptierung der Spaltungsfolgen hinausläuft (vgl. insbesondere Becker, Kommentar zu Art. 312, V, N. 20, S. 294; oder zu Art. 319/362, II, N. 2, S. 304).

In der Folge sind in der deutschen Literatur die Befürworter der Spaltungstheorie gekennzeichnet durch die Namen von Zitelmann, Neumeyer und in neuester Zeit Frankenstein.

Zitelmann (vgl. IPR, Bd. II, 1912, S. 405 ff.) ist wohl der erste, der das Problem in seinem ganzen Umfang erfaßt hat. Er weist ausdrücklich auf die Schwierigkeiten hin, die bei Anwendung der Anknüpfung an das Heimatrecht, das Wohnsitzrecht und den Erfüllungsort entstehen, wenn es sich um zweiseitige, aufeinander abgestimmte Verträge handelt, bei denen die Verpflichtungen des einen durch diejenigen des anderen bedingt seien. Da Zitelmann selbst auf dem Grundsatz

aufbaut, daß jede Vertragspartei nach ihrem Personalstatut zu behandeln sei, bleibt die Spaltung unvermeidlich. Zitelmann will daher in den genannten Sonderfällen besondere Regeln gelten lassen, nämlich: Kumulativwirkung beider Rechtsordnungen für die Frage der Entstehung des Vertrages (S. 415). Bezuglich der Wirkungen des Vertrages steht Zitelmann auf dem Standpunkt, daß der Parteiwille ihre Anknüpfung beherrsche. Aber er ist sich dessen bewußt, daß die eine oder die andere Rechtsordnung für die Auslegung des Vertrages herangezogen werden muß, wenn der Parteiwille versagt. Und hier löst der Autor den Konflikt so, daß er die Auslegungsregeln jedes einzelnen Heimatrechtes soweit anwendet, wie sie auf die von gerade diesem Personalstatut beherrschten Wirkungen Einfluß haben (S. 424). Aus den angeführten Beispielen geht hervor, daß der Autor bei den Wirkungen des Vertrages eine Spaltung im eigentlichen modernen Sinne des Wortes eintreten läßt. Dies ist für seine ganze Lehre auch durchaus folgerichtig, geht sie doch von der Grundidee der Anknüpfung der einzelnen Verpflichtung jeder Partei aus, und nicht von der Anknüpfung des ganzen Vertrages.

Neumeyer stellt die Spaltung als eine Selbstverständlichkeit hin: „Bei zweiseitigen Verträgen bestimmen sich demgemäß die Verpflichtungen einer jeden Partei je nach ihrem Recht“ (vgl. Neumeyer, IPR, 1923, S. 27). Immerhin läßt der Autor Abweichungen von dieser aus dem von ihm vertretenen Wohnsitzrechtsprinzip sich ergebenden Lösung zu: „Häufig sind die Verpflichtungen der beiden Vertragsparteien auf der einen Seite für beide Teile lokalisiert“ (z. B. bei gleichförmigen Massenverträgen, vg. Neumeyer, op. cit., S. 28). Auf alle Fälle stand aber Neumeyer in den Verhandlungen des „Institut de droit international“ auf Seite der ausgesprochenen Anhänger der Spaltungstheorie (vgl. Nolde, Rapport, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1925, S. 125 f.).

Der konsequenteste und modernste Verfechter einer grundsätzlichen Spaltung ist aber Frankenstein (vgl. IPR 1929, Bd. II, S. 189 ff., ferner 295 ff. etc.). Er stellt zwar fest, daß die herrschende deutsche Lehre die Spaltung höchstens als unvermeidliches Übel betrachte. Dabei sei die Spaltung doch einfach eine logische Gegebenheit. Ein Vertrag sei nicht rechtlich eine Einheit, sondern nur wirtschaftlich. Warum sollten aus einem einheitlichen Tatbestand verschiedene Rechtsordnungen nicht verschiedene Rechtsfolgen ziehen können? Die Unterstellung beider Parteien unter dieselbe Rechtsordnung sei sicher nicht begriffsnotwendig. Immerhin gibt Frankenstein zu, daß diese Lösung keine ideale sei, aber ebendeswegen nicht weniger logisch richtig (vgl. Frankenstein, op.cit., S. 190—193).

Der logische Fehler dieser Argumentation liegt darin, daß Frankenstein den Anknüpfungsakt nicht auf den vorerst rechtlich indifferenten Tatbestand anwendet. Er müßte dann nämlich gerade von der „wirtschaftlichen“ Einheit des Vertrages ausgehend, eher zu einer zwar nicht logisch notwendigen, wohl aber zweckmäßig bedingten Ablehnung der Spaltung gelangen (vgl. unten S. 266a ff.). Im Übrigen hebt sich praktisch bei Frankenstein die Spaltung oft selbst wieder auf infolge der Konstruktion der primären und sekundären Anknüpfung, dann nämlich, wenn die beiden primär gefundenen Rechtsordnungen der beiden Parteien auf das gleiche Recht verweisen.

Damit ist die Zahl der eigentlichen Befürworter der Spaltung in der deutschen Doktrin ziemlich erschöpft. Zusammenfassend können wir sagen, daß in ihrem Lager zwar einige klangvolle Namen anzutreffen sind, daß aber seit Savigny im Wesentlichen nichts mehr von Bedeutung für die Spaltungstheorie vorgebracht worden ist.

Wenn wir uns außerhalb der deutschen Literatur umsehen, so müssen wir geradezu suchen, bis wir etwas anderes finden, als die ganz selbstverständliche Ablehnung der Spaltung. Aus der romanischen Doktrin

pflegt man etwa als „zustimmende“ Meinungsäußerungen die Namen von Foelix, Rolin, Fiore, Audinet anzuführen (vgl. z. B. Nolde in *Annuaire de l’Institut du droit international*, 1925, S. 125 ff.; dort werden Audinet und Rolin genannt).

Dabei sind aber Foelix, Fiore und Audinet vor allem für die Spaltung in der Anknüpfung des Vertrages bezüglich seines Zustandekommens und seiner Wirkungen eingetreten, eine Aufspaltung, die, wie wir bereits ausgeführt haben, grundsätzlich von der eigentlichen Spaltungstheorie im engern Sinn (bezügl. der Wirkungen für die beiden Vertragsparteien) verschieden ist (vgl. Foelix, Bd. I, S. 231/5; Fiore, *dir. int. priv.*, S. 333 ff.). Von Fiore kann man im übrigen höchstens sagen, daß er generell eher die einzelne Obligation als Anknüpfungsobjekt zu betrachten scheint, ohne aber das Problem selbst direkt zu berühren (vgl. Fiore, *le dr. int. priv.*, Bd. I, 1890, S. 152 ff., Nr. 111 ff.; Bd. III, 1907, S. 1054, 1073 ff. usw.). Dasselbe läßt sich übrigens auch von Brocher sagen (vgl. *Cours de droit int. priv.*, 1883, Bd. II, Nr. 161 und Nr. 191/2). Rolin hat andererseits die Anknüpfung an das Domizil gerade mit dem Hinweis auf die Vertragsspaltung bekämpft (vgl. Rolin, *Rapport sur les conflits de lois en matière d’obligations*, 10ième commission de l’Institut de dr. int., 1908, S. 97), und im übrigen in seinem 1897 erschienenen Werk über das IPR, Bd. I, klar Stellung genommen gegen die Vertragsspaltung im engern Sinne (S. 463 ff., No. 271). Zu erwähnen ist vielleicht noch Jitta, der die eigentliche Spaltungerscheinung in seinem bekannten Werk über die „substance des obligations dans le droit international privé“ vom Jahre 1906 erwähnt, ohne dazu Stellung zu nehmen (Bd. I, S. 68). Jitta sprach sich in den Beratungen des Institut de droit international vom Jahre 1925 generell gegen eine zusammenfassende Anknüpfung (vgl. *Revue de droit int. privé*, 1926, S. 122 f.), aber auch gegen die Vertragsspaltung aus, so daß er trotz seiner Tendenz im Sinne einer

Anknüpfung der einzelnen Obligation nicht als Befürworter der Spaltung gelten kann.

In der englischen Doktrin wird auch das Spaltungsproblem (wie die meisten anderen kontinentalen Fragestellungen) in der Regel mit Stillschweigen übergangen. Trotz des großen Einflusses, den Savigny auf Westlake gehabt hat (vgl. Gutzwiller, Einfluß Savigny's, S. 128) wird die Spaltung von diesem nicht erwähnt, — und aus der angeführten Kasuistik ist, wie bei Story auch, auf eine einheitliche Vertragsanknüpfung zu schließen, auch dann, wenn nicht an die *lex loci contractus*, sondern an den Erfüllungsort (place of performance) angeknüpft wird. Die anglo-amerikanische Anschauung geht auch in diesem Falle von der Grundidee des Suchens nach dem „proper law of contract“ aus, die ohne weiteres die Einheitlichkeit der Anknüpfung bedeutet.

Nur bei Dicey ist schon im vergangenen Jahrhundert positiv zur Spaltungstheorie Stellung genommen worden (vgl. den wörtlich zitierten Passus von Dicey bei Meili, Bd. II, S. 18/9).

Barbey hat aber in einer im *Journal du droit international* (Jahrg. 1936, S. 803 ff.) publizierten Studie nachgewiesen, daß die neuere anglo-amerikanische Doktrin (besonders Chesire) wieder völlig zur Unterstellung des ganzen Vertrages unter eine einheitliche Rechtsordnung zurückkehre, sodaß wir von der heutigen anglo-amerikanischen Doktrin behaupten können, sie lehne die Vertragsspaltung ab (vgl. auch das ablehnende Zitat von Goodrich, *On Conflict of Laws* 1927, bei Lewald, *Zentralblatt für die jur. Praxis*, 45, S. 758).

Damit ist die außerdeutsche Literatur, die direkt oder indirekt als spaltungsfreundlich bezeichnet werden kann, erschöpft. Zusammenfassend ist festzustellen, daß zwar eine gewisse Neigung besteht, von der einzelnen obligatio als Anknüpfungsobjekt auszugehen, daß aber nur ganz vereinzelt ausdrücklich für die Spaltung Stellung genommen wird.

2. Die Ablehnung der Spaltungstheorie in der Doktrin.

a) Die völlig ablehnende Stellungnahme der romanischen Doktrin.

Vor dem Erscheinen der großen Werke der neuern Zeit von Weiß, Diena usw. wurde das Problem der Spaltung weder in der französischen noch in der italienischen Literatur in seiner heutigen Bedeutung gestellt.

Wir haben gesehen, daß die etwa genannten angeblichen Vertreter der Spaltungstheorie (Foelix, Fiore, Audinet) nicht die eigentliche Spaltung bezüglich der Wirkungen des Vertrages, sondern nur die Sonderbehandlung der Fragen der Entstehung und der Fragen der Wirkung im Auge hatten.

So beruft sich denn Weiß gerade auf Foelix, um zu zeigen, daß die Spaltung unbrauchbar sei: Er führt aus, daß Foelix dadurch, daß er das Personalstatut nur auf einseitige Verträge anwende und für die zweiseitigen die *lex loci contractus* postuliere, die Spaltung vermieden habe (vgl. Weiß, *Traité*, Bd. IV, S. 359, Anm. 1).

Vereinzelte Ausführungen in Monographien geben schon vor Beginn der eigentlichen Diskussion um die Spaltungstheorie zu erkennen, daß die Aufspaltung des Vertrages als ganz selbstverständlich abgelehnt wird. So finden wir z. B. in einer 1886 erschienenen Monographie von Jarrassé (*Essai sur la substance et les effets des conventions en droit international privé*) die Ansicht wiedergegeben, daß die *lex solutionis* bei gegenseitigen Verträgen darum unanwendbar sei, weil sie keine einheitliche Lösung ergebe (. . . „soit que les parties soient réciprocement débitrices et créancières: dès lors la *lex solutionis*, n'étant plus unique, ne peut donner la solution du conflit“).

Bewußte und begründete Ablehnungen der Vertrags-spaltung finden wir aber erst bei Diena und Weiß.

Diena polemisiert gegen Fiore und von Bar, deren Ansichten einen Angriff auf die „unità del contratto“

darstellen. Die Lösung im Sinne der Spaltungstheorie sei völlig „unjuristisch“ (Diena, *Trattato di dir. comm. int.*, II. Teil, 1903, S. 161).

Weiβ seinerseits lehnt die Spaltung mit dem Hinweis auf den Ursprung der Anknüpfung im Parteiwillen ab: „Mais on irait manifestement, sous prétexte d'interprétation, contre la volonté des parties, en présumant qu'elles ont entendu se référer, pour le même acte, à deux législations qui se contredisent et qui s'excluent. Une opération juridique, qui est une ne peut être régie que par une loi unique, comme la volonté même d'où elle est sortie (Weiβ, op. cit., Bd. IV, S. 359/60, ebenso Ablehnung des Erfüllungsortes bei synallagmatischen Verträgen, S. 363/4; ferner Weiβ, *Manuel de dr. int. pr.*, S. 573).

Zahlreich sind die späteren ablehndenden Stimmen in der französischen Doktrin, wobei wie bei Weiβ die Vertragsspaltung meist als Argument gegen den Erfüllungsort betrachtet wird (vgl. z. B. Despagnet, *Précis de dr. int. pr.*, S. 884; Roguin, *Contreprojet sur les conflits de lois en matières d'obligations*, in *Annuaire de l'Institut de dr. int.*, Jahrg. 1904, S. 75 ff., insbesondere S. 79, Note b und Note d, ferner S. 143; Pillet, *Traité pratique de dr. int. pr.* 1924, Bd. II, S. 171, Pillet-Niboyet, *Manuel de dr. int. pr.*, 1924, S. 589; Dreyfus, *l'acte juridique*, thèse, Paris 1904, S. 307; De Nova, *l'estinzione delle obligazioni convenzionali nel dir. int. priv.*, 1930, S. 57; Rolin, 1897, Bd. I, S. 463 f., Nr. 271).

Das „Institut de droit international“ hat sich, wie bereits verschiedentlich erwähnt, mit der Frage des auf obligatorische Verträge anwendbaren Rechts eingehend befaßt. Dabei haben sich neben Diena, auch Nolde, Ditta, Niemeyer und Reuterskjöld gegen die Spaltung ausgesprochen. Allerdings ist in den Diskussionen des „Institut“ nicht klar unterschieden worden zwischen Spaltung bezüglich „Entstehung“ und „Wirkungen“ des Vertrages, und der eigentlichen Spaltungstheorie Sa-

vigny's, die aus der gesonderten Anknüpfung der einzelnen Verpflichtung entspringt. Wesentlich an den Diskussionen des „Institut de droit international“ ist vielleicht noch, daß auch die Anhänger des Erfüllungsortes z. T. die Spaltungsfolgen dieser Anknüpfung damit bekämpfen, daß sie eine „obligation principale“ oder eine „spezifische Obligation“ konstruieren, deren Anknüpfung für beide Vertragsteile gelten soll (z. B. Harburger und Nolde; vgl. Rapport im Annuaire de l'Institut de droit int., 1925, S. 124 ff.).

b) Die Bekämpfung der Spaltungstheorie in der deutschen Literatur.

In der deutschen Doktrin können wir wie gesagt neben den relativ wenigen befürwortenden eine ganze Anzahl ablehnender oder doch vorwiegend ablehnender Stimmen anführen: Zugegeben, der Akzent der Ablehnung ist nicht überall gleich stark, und man kann vielleicht mit Frankenstein sagen, daß die herrschende Strömung eher eine widerwillige Anerkennung der Spaltung als eines leider unumgänglichen Übels darstellt.

Unter den ablehnenden Stimmen sind in erster Linie Neumann, Meili und Niemeyer zu nennen.

Bei Neumann ist die Ablehnung der Spaltung eher versteckt ausgedrückt, in Form einer Polemik gegen die von Gebhard proponierte Wahlmöglichkeit des Rechts durch die beklagte Partei. Diese stehe dem als vorhanden vorausgesetzten Parteiwillen entgegen. Die Lösung könne auch nicht befriedigen, da bei ihr die Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses nicht zum Ausdruck komme, wie die synallagmatische Natur des Vertrages es erfordere. Für solche Fälle versage die Bezugnahme auf das Recht am Wohnsitz des Schuldners, weil bei diesem Schuldverhältnisse zwei Personen mit verschiedenen Wohnsitzen beteiligt seien (vgl. Neumann, Internationales Privatrecht, 1896, S. 90, ferner Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages, Bd. I, S. 185 und f.).

Meili lehnt die Spaltung mit folgenden Worten ab: „... was die zweiseitigen Obligationen im speziellen anbetrifft, so sind auch sie nach Maßgabe der gemachten Erörterungen zu behandeln. Die Zerlegung in zwei Verpflichtungen kann nicht als richtig anerkannt werden ... richtigerweise muß doch gesagt werden, daß die aus einem zweiseitigen Rechtsgeschäft des OR hervorgehenden Rechte und Verpflichtungen in einer gegenseitigen Abhängigkeit und Wechselwirkung stehen ...“ (vgl. Meili, Das internationale Zivil- und Handelsrecht, Bd. II, 1902, S. 17).

Niemeyer hat das Problem mit seltener Schärfe erfaßt; er führt aus: „Erklärt man die lex domicilii des Schuldners als entscheidend, so sind damit keineswegs alle Schwierigkeiten behoben. Die meisten Schuldverhältnisse sind solche, bei denen beide Teile Gläubiger und Schuldner sind“ ... „Die Lösung liegt anscheinend nahe. Man zerlegt die betreffenden Schuldverhältnisse in zwei einseitige Obligationen und beurteilt jede derselben nach dem Domizilrecht desjenigen, der in derselben als Schuldner erscheint. Eine solche Zerlegung gilt fast allgemein als zulässig.“ Ob mit Recht, könne dahingestellt bleiben. Jedenfalls dürfe das Moment der Gegenseitigkeit, der Abhängigkeit der beiden Leistungen voneinander, nicht vergessen werden; dieses aber stehe der Spaltung entgegen ... „Der Kauf zerfällt nicht, wie zur Unterstützung der getrennten Behandlung geltend gemacht wird, in die Obligation des Käufers, den Preis zu bezahlen, und die Obligation des Verkäufers, die Kaufsache zu liefern.“ Der Verkäufer sei nur verpflichtet, gegen Preiszahlung zu liefern usw. Die Teilung biete daher keinen Anhalt für die Entscheidung, wenn das eine Recht die verspätete Lieferung als Erfüllung betrachte, das andere nicht (vgl. Niemeyer, Zur Vorgeschichte des IPR im BGB — die Gebhart'schen Materialien — 1915, S. 146).

In neuerer Zeit haben einige Autoren, die besonders auch über das schweizerische internationale Privatrecht

schrieben, die Spaltungstheorie abgelehnt; in erster Linie ist hier Homberger zu nennen, der wiederum gerade mit dem Argument der Ableitung des Erfüllungsortes aus dem Parteiwillen zu einer scharfen Kritik der Spaltungstheorie gelangt (vgl. Homberger, „Die obligatorischen Verträge im IPR nach der Praxis des schweiz. BG“, 1925, S. 14 f.; S. 47 ff.; — im Anschluß daran ebenso Schönenberger, Komm. 1929, Allgem. Einleitung, LVI und LVII). Ebenso scharf lehnt Nußbaum die Spaltungstheorie oder, wie er sie nennt, das „Zweirechtssystem“ ab (vgl. Nußbaum, Deutsches IPR, 1932, S. 218). Schließlich nimmt auch Schnitzer in seinen beiden neuen Werken gegen die „Zerreißung des Vertrages“ Stellung (vgl. Schnitzer, Handbuch des IHR, 1938, S. 241, und Handbuch des IPR, 1937, S. 277; ferner SJZ, 35. Jahrg., Heft 21, S. 325), indem er vom „trüben Bild der Rechtsprechung“, von der „mitunter fast grotesken Zerreißung eines Rechtsverhältnisses“ usw. spricht.

Aber diese offen ablehnenden Stimmen sind doch in der Minderzahl. Häufiger finden wir die widerstrebende und widerwillige Anerkennung der Spaltung, die aber doch mit so viel postulativer Ablehnung verbunden ist, daß wir sie im Abschnitt über die „Bekämpfung der Spaltungstheorie“ anführen müssen.

Als symptomatisch für diese Einstellung kann der Aufsatz von Neuner gelten (vgl. Die Beurteilung gegenseitiger Verträge nach dem Rechte des Schuldners, in Rabel 1928, S. 108 ff.): Die Anwendung verschiedener Rechte auf einen einheitlichen Vertrag sei sicher nicht von der Hand zu weisen (S. 109/10), aber es beständen doch eine Anzahl von Einwendungen gegen das Prinzip der Spaltung. Erstens, daß eine logische Entscheidung nicht möglich sei, zweitens, daß der Grundgedanke, jede Partei solle nach ihrem eigenen Recht beurteilt werden, damit doch nicht verwirklicht werde, und drittens, daß die Spaltungsergebnisse auch sachlich nicht gerechtfertigt seien (S. 128/129). Die eigentliche Schwierigkeit des Spal-

tungsproblems liege darin, daß die gegenseitigen Pflichten und Rechte voneinander abhängig seien (S. 110 /1). Man müsse daher die Anwendung von zwei Rechtsordnungen bei der Auslegung gegenseitiger Verträge ablehnen, weil sie zu unbilligen Ergebnissen führe und weil sie in einzelnen Fällen überhaupt nicht durchführbar sei (S. 118). Aber so leicht uns der Nachweis falle, daß die gegenseitigen Verpflichtungen des synallagmatischen Vertrages nur nach einem Recht zu beurteilen seien, so schwierig gestalte sich die Bestimmung dieses Rechts. — Neuner findet eine mögliche Lösung darin, daß im Sinne einer autonomen Qualifikation der Begriff „Erfüllungsort“ einheitlich für den ganzen Vertrag qualifiziert werde. Was etwa auf dasselbe herauskommt, wie wenn im englischen Recht der „place of performance“ als ein für den ganzen Vertrag gültiger festgestellt wird, so daß man damit zum „proper law of the contract“ gelangt. Die Lösung Neuners unterscheidet sich dagegen von der an den Verhandlungen des Institut de droit int. vertretenen, wonach der Erfüllungsort der „obligation principale“ als für den ganzen Vertrag maßgeblich proklamiert werden sollte (vgl. oben S. 239a), und von dem andern oft vorgebrachten Ausweg, wonach der Erfüllungsort der „typischen“ Leistung als für den ganzen Vertrag maßgeblich erklärt wird (vgl. z. B. Homberger, op. cit., S. 49). Neuners Gesamt-Erfüllungsort ist grundsätzlich unabhängig von den vertraglichen oder gesetzlichen Erfüllungsorten der einzelnen Verpflichtungen.

Sehr ausführlich hat sich sodann Lewald an verschiedenen Orten mit diesem Problem auseinandergesetzt, und zwar im wesentlichen auch mit der Grundtendenz, die Spaltung zwar als logisch gegeben, aber als praktisch unerwünscht zu betrachten. Sie sei daher nach Möglichkeit zu vermeiden. Man solle lieber auf die Logik verzichten, um zu einfachen Lösungen zu gelangen. Nur ganz subsidiär, wo eine einheitliche Lösung nicht möglich sei, dürfe man den Vertrag aufspalten (vgl. Lewald, Das deutsche IPR auf Grundlage der Rechtsprechung, 1931, S. 246 ff.,

Nr. 304 ff.; ferner im Répertoire de droit international, Bd. 10, 1931, Nr. 44 f., S. 80; — ebenso Zentralblatt für die jur. Praxis 45, S. 759).

Besonders eindrücklich sind die vom Autor in dem erstgenannten Werke angeführten praktischen Fälle.

Walker begnügt sich mit einem Hinweis auf die „großen Schwierigkeiten“, die sich in manchen Fällen aus der Trennung ergäben (vgl. Walker, IPR 1934, S. 391) Auch Wolff schreibt von „Schwierigkeiten“, nimmt aber offenbar die Spaltung an sich trotzdem hin (Wolff, IPR 1933, S. 85). Ähnlich ist die Einstellung von Herzfeld in seiner Dissertation über „Kauf und Darlehen im IPR“, wo ebenfalls der Meinung Ausdruck gegeben wird, daß sich eben die Konsequenz der Spaltung infolge der vorherrschenden Stellung der *lex loci executionis* nicht vermeiden lasse. Daß vom schweizerischen BG für die Verzugsfolgen von einer Spaltung abgesehen werde, bezeichnet er als „erfreulich“ (vgl. Kauf und Darlehen im IPR, Basler Diss., 1933, S. 41/2 und 34/5).

3. Zusammenfassung der Stellungnahme der Doktrin.

Zusammenfassend können wir in erster Linie feststellen, daß die Spaltungstheorie so alt ist, wie das moderne internationale Privatrecht selbst.

Die Doktrin hat die Spaltung überwiegend abgelehnt. Zustimmung hat sie nur gefunden bei einem Teil der deutschen Literatur, und auch dort nur mit großen Vorbehalten. Die maßgebende schweizerische Literatur lehnt die Spaltung fast geschlossen ab.

Die Annahme der Spaltung basiert durchwegs auf der logisch an sich richtigen Verabsolutierung der einzelnen „*obligatio*“. Der Vertrag wird betrachtet als ein mehr oder weniger zufälliges Zusammenfassen zweier sich gegenüberstehender „*obligationes*“. Daß die einzelne Schuldverpflichtung angeknüpft wird, erscheint als selbstverständliches logisches Resultat.

Die Ablehnung der Spaltung geht vor allem von der Einheit des „Vertrages“ aus, der als Gesamtheit Objekt der Anknüpfung sei (vgl. z. B. Diena, oben S. 237a). So dann wird ein logischer Widerspruch mit den kollisionsrechtlichen Grundgedanken der Parteiautonomie festgestellt (vgl. z. B. Weiß, oben S. 238a). Mit andern Worten, es wird ein logischer Widerspruch zum Sinn der Anknüpfung im Kollisionsrecht behauptet. — In zweiter Linie treffen wir sodann auf das Argument, daß durch die Spaltung das notwendige Gleichgewicht zwischen Rechten und Pflichten im materiellen Recht gestört werde (z. B. sehr eingehend bei Niemeyer, vgl. oben S. 240a). — Und ganz allgemein ist schließlich die Kritik der Spaltung vom rein praktischen Standpunkt aus: Wir haben gesehen, daß sogar diejenigen Autoren, die sich logisch mit der Spaltung abfinden, das sich daraus ergebende praktische Resultat im einzelnen Fall als unbefriedigend erklären (z. B. Neuner, Frankenstein, vgl. oben S. 241a u. 234a).

Wir finden damit unsere bereits in der Einleitung skizzierte Fragestellung auch in der Behandlung des Problems durch die internationale Doktrin bestätigt; die Grundfragen sind auch hier die folgenden:

1. Entspricht die Spaltung der Logik des Kollisionsrechts? (Anknüpfung von Vertrag oder obligatio — Prinzip der Parteiautonomie).
2. Entspricht sie der Logik des materiellen Rechts? (Gleichgewicht des materiellen Rechts — Praktische Resultate).

Von der Beantwortung dieser zwei Grundfragen hängt die Lösung des Problems ab. (Vgl. unten S. 265a ff.)

III. Die Vertragsspaltung in der Praxis des Bundesgerichts.

1. Die Entscheide, die zu dem Spaltungsproblem ausdrücklich Stellung nehmen.

a) Chronologische Darstellung der einzelnen Entscheide.

Die Zahl der Entscheide, die für oder gegen das Problem der Spaltung direkt Stellung nehmen, ist sehr bescheiden. Wir werden sie im folgenden in chronologischer Reihenfolge anführen, da wir damit gerade auch ein allerdings nur summarisches Bild der Entwicklung der bundesgerichtlichen Praxis erhalten.

aa) Zum ersten Male finden wir eine Meinungsäußerung über das Phänomen der Vertragsspaltung in BGE 11, 364 ff. In diesem Entscheid wird die Spaltung als ein unerwünschtes Nebenprodukt der Anknüpfung an das Recht des Wohnsitzes angeführt. Der diesbezügliche Passus steht am Schluß einer allgemeinen Polemik gegen die Anknüpfung an den Wohnsitz beim Kaufvertrag im besonderen und bei gegenseitigen Verträgen im allgemeinen. Er lautet wie folgt:

„... 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, widersprechender 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“.

In seiner weiteren Begründung nimmt dieser Entscheid dann Stellung für den Erfüllungsort und gegen

den Wohnsitz. Das Bundesgericht hat also offenbar nicht beachtet, daß dieselbe Spaltungsmöglichkeit, die es bei Anwendung des Wohnsitzes befürchtet, auch beim Erfüllungsort auftreten kann.

Wie wir im folgenden noch nachweisen werden, ist die Frage der Spaltung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bis heute nicht gelöst worden. Umsomehr fällt daher auf, daß vom Bundesgericht schon vor mehr als 50 Jahren zu diesem Problem ausdrücklich Stellung genommen wurde. Es dürfte dies damit zusammenhängen, daß zu jenem Zeitpunkt im Anschluß an die Vorarbeiten für die Einführung des deutschen BGB das Problem sich auch für die deutsche Wissenschaft gestellt hatte (vgl. oben S. 231a: Gebhart'scher Entwurf zum EG des BGB).

Bemerkenswert ist, daß dieser Entscheid schon eines der Hauptargumente gegen die Spaltung vorbringt, das bis heute immer wieder angeführt wird, nämlich die Unvereinbarkeit der Spaltung mit dem Parteiwillen.

bb) Der genannte Entscheid ist aber vereinzelt geblieben. Erst im Jahre 1908 finden wir wieder eine ausdrückliche Stellungnahme, und zwar diesmal im Sinne einer entschuldigenden Gutheißung der Spaltung.

Im betreffenden Entscheid (B GE 34, 643 ff.) handelt es sich um die Anknüpfung eines Vertretungsvertrages. In Frage stand die Bezahlung der vereinbarten „Kommission“. Im Entscheid wird folgendes ausgeführt:

„C'est en revanche, avec raison et conformément à la jurisprudence constante du Tribunal Fédéral que, s'agissant de l'exécution d'une obligation, l'arrêt dont est recours a déclaré qu'il y avait lieu d'appliquer la loi du lieu d'exécution de l'obligation . . . Ce système a, il est vrai, pour conséquence logique que dans un contrat bilatéral, où les deux parties sont obligées, il pourra y avoir des fors différants, suivant qu'il s'agit de l'exécution des obligations

assumées par l'une ou l'autre des parties; mais cet inconvénient est plus théorique que pratique... En l'espèce le différend porte sur l'exécution de l'obligation du paiement d'une commission, assumée par la société défenderesse...“

In erster Linie ist in diesem Urteil ein Irrtum zu verbessern: es sollte richtig heißen... „il pourra y avoir des lois différentes“ statt „fors différents“. Dieser Fehler röhrt daher, daß vom Gericht derjenige Ort als „Erfüllungsort“ betrachtet wird, wo die verpflichtete Partei aus ihrer Verpflichtung belangt werden muß. Der Entscheid ist also ohnehin kollisionsrechtlich unrichtig gelöst (Verwechslung von Erfüllungsort und Gerichtsstand).

Sodann fällt auf, daß auch dieses Urteil wiederum im Sinne einer gewissen Polemik auf die Spaltungstheorie eingeht, allerdings nicht mehr im Sinne einer Polemik gegen den Wohnort und für den Erfüllungsort, sondern im Sinne einer direkten Verteidigung der Spaltung. Wir können daraus schließen, daß diese Verteidigung der Spaltung im Hinblick auf entgegengesetzte doktrinäre Meinungsäußerungen erfolgt ist; und da es sich um ein französisch redigiertes Urteil handelt, gehen wir wohl kaum fehl in der Annahme, daß sich diese bundesgerichtliche Verteidigung der Spaltungstheorie gegen die gerade zu jener Zeit auftauchende ablehnende Kritik der französischen Doktrin richtet.

cc) Der grundlegende Entscheid aber, der gemeinhin als ausschlaggebend für die Beantwortung der Frage gilt, ob das Bundesgericht die Spaltung annehme oder verwerfe, ist das oft zitierte Urteil BGE 41 II 594 ff.

Es ist wohl kein Zufall, daß es sich dabei um den seltenen Fall eines Tauschgeschäftes handelt.

Hier wird nun vom Bundesgericht auf die Verpflichtungen der einen Vertragspartei deutsches Recht, auf die Verpflichtungen der andern Vertragspartei aber schweizerisches Recht als anwendbar erklärt. Diese Ausscheidung

erwies sich als nötig, weil durch Klage und Widerklage die Verpflichtungen beider Vertragsparteien in Frage gestellt wurden.

Auffallend ist, daß der Entscheid sich begnügt, im Sinne einer selbstverständlichen Aufteilung der beidseitigen Vertragsverpflichtungen Stellung zum Spaltungsproblem zu nehmen. Kurz und bündig wird einleitend gesagt:

„Zu prüfen ist vor allem die Frage der Zuständigkeit des Bundesgerichts, und zwar mit Bezug auf das anzuwendende Recht. Dabei sind die durch die Klage und die durch die Widerklage geltend gemachten Ansprüche auseinanderzuhalten“.

Sodann wird in Erw. 1 das Klagebegehren untersucht und die ihm zugrunde liegende Verpflichtung des Beklagten vorerst allein angeknüpft und nachher in Erw. 2 das Widerklagebegehren in gleicher Weise gesondert behandelt.

Dieser als typisch für die Spaltungstheorie geltende Entscheid enthält somit zwar keine doktrinäre Stellungnahme zum Problem im allgemeinen, wohl aber eine klare kollisionsrechtliche (keine materiellrechtliche!) Rechtsanwendung im Sinne der Spaltung.

dd) Zu erwähnen ist sodann noch der Entscheid BGE 56 II 48, der im Zusammenhang mit einer Untersuchung über die Zulässigkeit einer besonderen Anknüpfung der Mängelrüge nebenbei auf die Spaltung bei synthetischen Verträgen zu sprechen kommt, und diese als selbstverständlich hinstellt. Der Entscheid führt aus:

„... Es besteht im IPR ein logisches Postulat, daß alle aus einem Vertrage sich ergebenden rechtlichen Beziehungen unter ein einziges Recht gestellt werden, und dieses Postulat wird in der neuern Doktrin wieder häufiger vertreten (vgl. Oser, Note 49 ff.). Allein die meisten der für die Wahl des anzuwendenden Rechts vorge-

schlagenen Prinzipien verbürgen für sich allein angewendet nicht nur keine innerlich gerechtfertigte Lösung, sondern sie widersprechen sogar auch dem erwähnten Postulat der Logik. Auch die Anwendung des Rechts des Erfüllungsortes allein kann, z. B. bei zweiseitigen Verträgen, zur Anwendung zweier Rechte auf einen einzigen Vertrag führen (Oser a. a. O. 49).“

Natürlich ist der Argumentation dieses Entscheides gegenüber zu sagen, daß ein „logisches Postulat“ der einheitlichen Anknüpfung nicht einfach mit dem Hinweis darauf widerlegt werden kann, daß die Anwendung des Erfüllungsorts bei zweiseitigen Verträgen zur „Anwendung verschiedener Rechte auf einen einzigen Vertrag führen“ könne. Wenn ein solches logisches Postulat zu Recht besteht, dann widerlegt es seinerseits die Spaltung erscheinung und nicht umgekehrt.

b) Zusammenfassung.

Mit den wenigen angeführten Zitaten ist die Ausbeute derjenigen Entscheide, die auf das Problem der Spaltung ausdrücklich eingehen, erschöpft.

Wir könnten nun, wie dies auch meistens geschieht, zusammenfassend feststellen, das Bundesgericht habe nach anfänglicher Ablehnung die Vertragsspaltung später sanktioniert und sei dieser Ansicht bis heute treu geblieben. Aber angesichts der großen Anzahl kollisionsrechtlicher Entscheide aus dem Gebiete des OR, die nicht ausdrücklich, wohl aber indirekt zu dem Problem Stellung nehmen, halten wir mit dieser Schlußfolgerung noch zurück und untersuchen vorerst, inwiefern aus der Menge der zahlreichen übrigen Entscheide Anhaltspunkte für unsere Fragestellung gewonnen werden können.

Wir werden dabei der besseren Übersicht halber die chronologische Darstellungsweise verlassen und je einen zusammenfassenden Überblick über die Entscheide geben,

die sich in ihren kollisionsrechtlichen Erwägungen indirekt für, und diejenigen, die sich indirekt gegen die Vertragsspaltung aussprechen.

2. Die Entscheide, die sich indirekt für die Vertragsspaltung aussprechen.

a) Einzelne typische Formulierungen im Sinne der Spaltungstheorie.

Wir finden in Übereinstimmung mit der ausdrücklichen Annahme der Spaltung in erster Linie eine große Anzahl von Entscheiden, die durch mehr oder weniger stereotype Formeln zu erkennen geben, daß die Anknüpfung im Bewußtsein erfolgte, sie gelte nur für die Verpflichtung der einen Vertragspartei.

Dabei bleibt es aber regelmäßig dahingestellt, wie gegebenenfalls die Verpflichtungen der andern Vertragspartei angeknüpft würden.

Die eine dieser stereotypen Formeln spricht vom „Erfüllungsort für die hier streitigen Verpflichtungen“ (vgl. in diesem Sinne: BGE 63 II 44; 49 II 31; 45 II 56; 32 II 298), oder analog vom „Erfüllungsort für die in Frage stehende Verpflichtung“ (BGE 63 II 389) oder vom Domizil der Verkäufer, „deren vertragliche Verpflichtung hier in Frage steht“ (BGE 21, 518) usw.

Eine zweite stereotype Formel spricht von der einen Vertragspartei, „auf deren Verpflichtungen es ankommt“, wodurch in ähnlicher Weise zu erkennen gegeben wird, daß im Hintergrund das Bewußtsein der Spaltungsmöglichkeit vorhanden ist (vgl. BGE 54 II 316 ff.; 51 II 305; 49 II 226; 47 II 192).

Eine dritte Formel weist darauf hin, daß der Erfüllungsort beidseitig oder „für beide Parteien“ innerhalb des Anwendungsgebietes einer bestimmten Rechtsordnung liege. Durch diese Hinweise auf den beidseitigen Erfüllungsort wird zu erkennen gegeben, daß der

„ganze“ Vertrag an diesen Erfüllungsort nur darum angeknüpft werde, weil zufällig die Anknüpfung beider Vertragsverpflichtungen auf dasselbe Recht hinweise (vgl. BGE 61 II 182; 56 II 43; 49 II 235; 47 II 541; ferner mit etwas abweichenden Formulierungen ebenso: BGE 37 II 601; 39 II 166; 20, 411; 20, 77).

b) Weitere Beispiele für die Spaltungstheorie.

Neben diesen stereotypen Formeln im Sinne einer stillschweigenden Voraussetzung der Spaltung finden wir nun aber noch eine große Anzahl einzelner Entscheide, die auf andere Art und Weise zu erkennen geben, daß sie vom Bewußtsein ausgehen, die „Obligation“, die „einzelne Verpflichtung“, die „Forderung“ und nicht der ganze Vertrag sei Objekt der Anknüpfung.

So wird in BGE 59 II 397 f. ausgeführt, man müsse nach Art. 74 OR „für die Rückzahlungspflicht den Wohnsitz des Darlehens als Erfüllungsort“ ansehen. Oder in BGE 56 II 45 f. wird, allerdings nicht im Zusammenhang mit der eigentlichen Spaltung, ausgeführt, daß die Parteien sich sehr wohl bei Vertragsabschluß über die Anwendung eines bestimmten Rechts verständigt haben, und daneben gleichzeitig noch darüber einig sein konnten, einzelne aus dem Vertrag sich ergebende Pflichten nach einem anderen Recht zu entscheiden, als das Rechtsverhältnis als Ganzes. BGE 53 II 347 knüpft die „obligation principale“ an. In BGE 46 II 489 wird der Erfüllungsort des „Verkäufers“ für die Anknüpfung gesucht mit der ausdrücklichen Begründung, daß es sich um die Streitfrage der richtigen Erfüllung durch die Beklagte handelt. BGE 38 II 519 knüpft den Schadenersatz-„Anspruch“ des Käufers an das Recht des Ortes an, wohin die Ware zu liefern war. BGE 37 II 346 wendet ausdrücklich das Recht am Ablieferungsort auf die „Lieferpflicht der Klägerin“ an, allerdings auf dem Umweg über den stillschweigenden Parteiwillen. BGE 36 II 368 f. spricht von den „obligations de la défenderesse,

qui seules sont aujourd'hui en cause“ und sucht für diese den Erfüllungsort. BGE 36 II 6 unterstellt einen bestimmten Rechtsakt der Vertragserfüllung „ohne Rücksicht auf die übrigen Verpflichtungen der Parteien“ dem schweizerischen Recht. BGE 32 II 268 stellt zuerst fest, daß „die das Schicksal des Rechtsstreites entscheidende Frage die Frage des Erfüllungsverzugs des Verkäufers“ sei, und unterstellt dann diese Frage dem Recht des „Erfüllungsorts des Verkäufers“. BGE 24 II 436 unterstellt „eine der Beklagten obliegende Verpflichtung“ dem Recht des Wohnortes der Beklagten. BGE 20, 873 knüpft die „Tätigkeit des Konsignatars“ einseitig an das „dort“ geltende Recht an. Diese Anknüpfung gilt dann auch für die gegen den Konsignatar gerichtete Schadenersatzforderung. Und endlich sei noch BGE 16, 795 genannt: Dieser Entscheid ist besonders interessant, weil er offenbar nur mit einigen Gewissensbissen die Rechtsfolgen, die sich aus dem Annahmeverzug des Käufers ergeben, dem Recht unterstellt, das vom Erfüllungsort der Verpflichtung des Verkäufers bezeichnet wird. Aus der ganzen Formulierung geht eindeutig hervor, daß der Richter von der stillschweigenden Voraussetzung ausgeht, daß die Pflichten jeder Partei eigentlich gesondert angeknüpft werden müßten.

Wir kommen aber damit bereits auf das unfruchtbare Gebiet der rein terminologischen Auslegung, die zu spekulativ ist um brauchbare Anhaltspunkte geben zu können. Oft wird in den Entscheiden ohne ersichtlichen tieferen Grund nebeneinander gesprochen von „Rechtsverhältnissen“, von „Verpflichtungen einer Vertragspartei“, von „Rechtsgeschäften“, vom „Vertrag“, von „Vertragsverhältnissen“, von „Rechtsbeziehungen“, von „Ansprüchen“, ja sogar von „Streitigkeiten“, die an ein bestimmtes Recht angeknüpft werden. Darauf im einzelnen einzugehen, halten wir für zwecklos.

Noch nach einer andern Richtung hin findet unsere Zusammenstellung hier eine Grenze: Bekanntlich gibt es

eine Reihe von Entscheiden, die einzelne Vertragswirkungen wie die Mängelrüge, oder gewisse Erfüllungssurrogate gesondert anknüpfen (vgl. z. B. BGE 56 II 47 für die Mängelrüge, oder BGE 50 II 33 für die gesonderte Anknüpfung einer anerkannten Schadenersatzforderung etc.). Diese Sonderanknüpfungen haben aber nichts mit der Spaltungstheorie im engern Sinne zu tun, so wenig wie die Spaltung des Vertrages bezüglich Fragen der Entstehung und Fragen der Wirkungen. Es handelt sich bei den genannten und andern ähnlichen scheinbaren Sonderanknüpfungen nicht um die aus der Anwendung eines einzigen Anknüpfungsbegriffs sich ergebende Aufspaltung, sondern um die Abgrenzung verschiedener Anknüpfungsgrundsätze: z. B. Anknüpfung der Mängelrüge nicht an den Erfüllungsort, sondern an den Ort der Erhebung der Rüge; oder Aufsuchen eines besonderen Erfüllungsorts für das vereinbarte Erfüllungssurrogat, etc.

Wir brechen daher unsere Zusammenstellung hier ab und gehen über zu der zwar nicht ebenso großen, aber doch namhaften Anzahl derjenigen Entscheide, die eine indirekte Ablehnung der Spaltungstheorie enthalten.

3. Die Entscheide, die sich indirekt gegen die Vertrags-spaltung aussprechen.

a) Einzelne typische Formulierungen im Sinne der Gesamtanknung.

Drei Entscheide sind es vor allem, die als Ausdruck einer stillschweigenden Ablehnung der Spaltung wichtig erscheinen:

aa) In erster Linie ist ein neuerer Entscheid, BGE 63 II 385 ff. zu nennen, der in der Form einer Polemik gegen die Anwendung des Erfüllungsorts eine indirekte Kritik am Phänomen der Spaltung enthält.

In diesem Entscheid wird zuerst festgestellt, daß nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts die Wirkungen eines obligatorischen Rechtsverhältnisses

nach dem Recht der „engsten räumlichen Beziehung“ beurteilt werden. Dies sei in der Regel der Erfüllungsort. Hinsichtlich des Konto-Korrentvertrages habe aber das Bundesgericht im Entscheid 44 II 492 festgestellt, daß an das Recht des Geschäftssitzes des Konto-Korrenthalters anzuknüpfen sei, wenn dieser das Konto-Korrentgeschäft gewerbsmäßig betreibe. Im vorliegenden Falle betrieben nun aber beide Parteien das Konto-Korrentgeschäft gewerbsmäßig, so daß diese Anknüpfung unmöglich sei. Man könnte daher daran denken, doch an das Recht des Erfüllungsortes anzuknüpfen. Die Erfüllung des Konto-Korrentvertrages bestehe nun im wesentlichen in der Begleichung der periodisch gezogenen Saldi, die sich aus dem gegenseitigen Geschäftsverkehr ergeben. Je nachdem ein Saldo zugunsten der einen oder der andern Partei bestünde, wäre somit der Vertrag vom einen oder andern Recht beherrscht. Nun sei es aber ein vom Lauf des Geschäfts abhängiger Zufall, zugunsten welcher Vertragspartei in einem bestimmten Zeitpunkt ein Saldo bestehe. Das auf die Wirkungen des gesamten Vertrags anwendbare Recht durch diesen Zufall bestimmen zu lassen, könne aber schwerlich der Wille der Parteien beim Vertragsabschluß gewesen sein usw.

Diese Argumentation geht also ohne weiteres davon aus, daß auch bei Anwendung der Anknüpfung an den Erfüllungsort der ganze Vertrag dem Recht desjenigen Ortes unterstehen würde, wo der zufällig zugunsten der einen oder der andern Partei bestehende Saldo zu erfüllen wäre!

Zu dieser Begründung ist in erster Linie folgendes zu sagen: Anzunehmen, daß der „ganze Vertrag“ oszillierend je nach der Zufälligkeit des bestehenden Saldos dem einen oder dem andern Recht unterstellt werden könnte, ist selbstverständlich unhaltbar, denn ein Rechtsverhältnis bleibt mit logischer Notwendigkeit immer dem gleichen Recht unterstellt; es kann nicht zwischen den Rechtsordnungen hin und her fliegen. Dies ist auch vom Bundes-

gericht ausdrücklich festgestellt worden im Entscheid 62 II 125: "... Das anwendbare Recht muß in der Tat unwandelbar sein. Ein Rechtsverhältnis besteht kraft des Rechts, auf Grund dessen es zustandegekommen ist, oder es besteht überhaupt nicht; die Existenzgrundlage kann nicht nachträglich durch eine andere ersetzt werden."

Die Kritik geht daher richtig verstanden gegen das Phänomen der Spaltung. Logisch richtig müßte der in Frage stehende Entscheid nämlich wie folgt argumentieren: Wir knüpfen a priori den ganzen Vertrag an. Dann haben wir zu wählen zwischen zwei Rechtsordnungen, die je für den gesamten Vertrag zuständig sind. Wir müssen uns somit für eine der beiden gewerblichen Niederlassungen (evtl. einen der beiden Erfüllungsorte) entschließen. Dies ist unmöglich, da sie gleichwertig sind.

Wenn wir somit am Erfüllungsort festhalten, können wir nur die einzelnen Verpflichtungen anknüpfen. Dann haben wir zwei gleichzeitig nebeneinander zuständige Rechtsordnungen, nämlich für die Verpflichtungen jeder Partei das Recht am Erfüllungsort der Gegenpartei. Wir verwenden damit den Erfüllungsort als Anknüpfungsmoment, wie dies auch beim Kaufvertrag geschieht.

Wenn wir ihn dennoch ablehnen, so geschieht dies darum, weil wir bei diesem speziellen Vertragsverhältnis die Spaltung unbedingt verhindern wollen.

Also: Wenn das Bundesgericht hier den Erfüllungsort ablehnt, nimmt es damit auch eindeutig Stellung gegen die Spaltungstheorie.

bb) Der zweite Entscheid, der wiederum eine Kritik der Spaltungstheorie in der Form einer Polemik gegen den Erfüllungsort enthält, ist BGE 59 II 362, wo folgendes ausgeführt wird:

„In diesem Sinne ist auch das Urteil des BG vom 13. September 1933 i. S. Miag gegen Gebr. Bühler aufzufassen, wo das BG es deshalb abgelehnt hatte, auf das Recht des Erfüllungsorts abzustellen, weil die Par-

teien, wenn sie an die Rechtsanwendung gedacht hätten, vernünftigerweise auf alle Wirkungen des Vertrages ein einheitliches Recht anwendbar erklärt hätten, das Vorhandensein verschiedener Erfüllungsorte eine solche einheitliche Rechtsanwendung aber nicht gewährleistet hätte.“

Hier bringt das Bundesgericht somit ein uns wohlbekanntes Argument vor, das sich aus der Willenstheorie gegen die Spaltung ableiten läßt: nämlich die Feststellung, daß die Vertragsparteien hypothetisch nur ein einziges Recht auf die sämtlichen Wirkungen des Vertrages anwenden wollen.

Zwar soll im angeführten Entscheid nicht die Spaltung getroffen werden, sondern das Bestehen mehrerer Erfüllungsorte für dieselbe Verpflichtung. Wenn das Argument aber hier richtig ist, dann muß es auch dann richtig sein, wenn es sich gegen die Spaltung richtet. Wenn wir annehmen, daß die Parteien bei Stipulierung verschiedener Erfüllungsorte für eine einzige Vertragsverpflichtung nicht an die sich daraus ergebende Möglichkeit der entsprechenden Anknüpfung an verschiedene Rechtsordnungen denken, dann dürfen wir mit ebensoviel psychologischer Notwendigkeit annehmen, daß sie an diese verschiedene Anknüpfung auch dann nicht denken, wenn jede der beiden vertraglichen Leistungen nur einen (aber einen von der Gegenleistung verschiedenen) Erfüllungsort hat.

cc) Der dritte, wichtige Entscheid endlich enthält zwar keine polemische, wohl aber eine praktisch kompromißlose Stellungnahme gegen die Spaltung, indem er die Verpflichtung des Käufers zur Bezahlung der Ware nach dem Recht des Erfüllungsortes für die Lieferung der Ware beurteilt, mit der ausdrücklichen Feststellung, der Umstand, daß der Beklagte allenfalls in der Schweiz hätte erfüllen sollen, sei irrelevant für die Frage der Rechtsanwendung.

Es handelt sich um BGE 58 II 435, der in den einschlägigen Stellen wie folgt argumentiert:

„Die Wirkungen eines Kaufvertrages werden nach der ständigen Rechtsprechung des BG durch das Recht beherrscht, welches die Parteien beim Abschluß in Aussicht genommen hatten, oder dessen Anwendung sie in jenem Zeitpunkt doch vernünftigerweise und billigerweise erwarten konnten und mußten (Zitationen). Das letztere ist in der Regel das Recht des Erfüllungsortes, es wäre denn, daß gegenteilige Indizien eine andere Vermutung aufkommen ließen (Zitationen). Da sich im vorliegenden Fall eine vom natürlichen Recht des Erfüllungsortes abweichende Auffassung der Parteien nirgends geäußert hat, gilt dieses als das von den Parteien in Aussicht genommene Recht, und es ist zu untersuchen, welches der Erfüllungsort sei... Auch der Umstand, daß die Gegenleistung des Beklagten allenfalls in Basel zu erfüllen war, ändert nichts daran, daß Toronto der Erfüllungsort ist.“

Der Richter unterstellt also hier auch die Verpflichtung des Käufers ausdrücklich dem Recht des für die Verpflichtung des Verkäufers zutreffenden Erfüllungsortes. Er lehnt somit die Spaltung zwar nicht expressis verbis, wohl aber de facto ab, und zwar bereits in seinen kollisionsrechtlichen Erwägungen. Darauf ist besonderes Gewicht zu legen, weil wir später sehen werden, daß die materiellrechtliche Durchführung der Spaltung ohnehin in Frage steht.

b) Weitere Beispiele für die Gesamtanknüpfung.

Neben den drei angeführten gibt es nur vereinzelte weitere Entscheide, die in anderer Art und Weise zu erkennen geben, daß sie von der stillschweigenden Voraussetzung ausgehen, der ganze Vertrag müsse angeknüpft werden. Wie aus der folgenden Zusammenstellung her-

vorgehen wird, sind die in Frage stehenden Entscheide meist etwas zweideutig, so daß sie nur mit Vorbehalt im Sinne der Ablehnung der Spaltungstheorie ausgelegt werden können.

Wir wollen dabei von allen denjenigen Vertragsarten absehen, die entweder auf Grund einer Verwendung anderer Anknüpfungsbegriffe, oder darum, weil sie im wesentlichen eine einseitige Verpflichtung enthalten, regelmäßig in ihrer Gesamtheit angeknüpft werden. Dies trifft z. B. zu für abstrakte, einseitige Schuldverpflichtungen und für die Bürgschaft, die gesamthaft dem Recht des Domizils des Verpflichteten unterstellt werden (vgl. BGE 65 II 80 f.; 63 II 308). Hierher gehört aber auch das Darlehen (vgl. BGE 61 II 245). Ferner sind in diesem Zusammenhange alle jene Vertragsarten zu nennen, die infolge der überwiegenden Bedeutung einer Vertragspartei am Orte der gewerblichen Niederlassung dieser Partei lokalisiert werden, wie der bereits in anderem Zusammenhang genannte Konto-Korrentvertrag, der Versicherungsvertrag usw.

Unter den Verträgen, die trotz Anknüpfung an den Erfüllungsort die Spaltung vermeiden, steht an erster Stelle der Vertretungsvertrag (Agenturvertrag), der vom Bundesgericht immer in seiner Gesamtheit dem Recht desjenigen Landes unterstellt wird, wo der Vertreter oder Agent seine Tätigkeit ausübt. „Handelt es sich um die Rechte und Pflichten des Alleinvertreters aus einem Agenturvertrag, so drängt sich die Auffassung auf, daß diese dem Rechte des Ortes unterstellt werden sollen . . .“ (vgl. BGE 64 II 168 ff., ebenso 60 II 322 ff.). Aus dieser Formulierung geht hervor, daß gesamthaft angeknüpft wird, da die „Rechte und Pflichten“ die sämtlichen gegenseitigen Vertragsbeziehungen bedeuten. Immerhin ist zu sagen, daß die Konstruktion hier zwar materiell auf den Erfüllungsort, formell aber meist auf den stillschweigenden Parteiwillen und die „engste räumliche Beziehung“ abstellt, so daß man auch hier einwenden könnte,

daß die Spaltung darum nicht eintritt, weil der Erfüllungs-ort nicht direkt und unmittelbar in Erscheinung tritt.

Aber auch bei anderen Vertragsarten finden wir vereinzelt noch weitere Indizien, die im Sinne der Ablehnung der Spaltung ausgelegt werden können: In BGE 63 II 43 ff. wird die Anwendung des Erfüllungsortes abgelehnt mit der Begründung, daß das „Schwergewicht“ des Rechtsverhältnisses der Parteien nach einem andern Lande weise. Oder es wird aus dem Erfüllungsort einer „Verpflichtung“ auf den „Sitz des Rechtsverhältnisses“ geschlossen und damit offenbar der ganze Vertrag lokalisiert (BGE 35 II 231). Oder es wird speziell beim Kaufvertrag aus dem Erfüllungsort für den Verkäufer geschlossen, daß sich „die Parteien“ dem „dort geltenden Recht unterwerfen wollten“ (BGE 23 II 839, ähnlich BGE 20, 970).

Aber diese Entscheide sind alle nicht sehr schlüssig, sei es, daß sie den Anknüpfungsbegriff des Erfüllungsortes vermeiden, oder sei es, daß nicht eindeutig feststeht, ob es sich nur um Ungenauigkeiten der begrifflichen Ausdrucksweise handelt.

Noch viel weniger kann etwas Schlüssiges aus den zahlreichen französisch redigierten Entscheiden abgeleitet werden, die kurz und bündig vom „contrat“ sprechen (vgl. z. B. BGE 57 II 72; 54 II 264/5; 44 II 417 u. a. m.). Das gleiche gilt von einzelnen italienisch redigierten Entscheiden (vgl. z. B. BGE 22 II 544, der mit Hinweis auf den Erfüllungsort die in Frage stehenden „contratti“ insgesamt einfach dem französischen Recht unterstellt).

4. Die tatsächliche Undurchführbarkeit der Spaltung in der materiellen Rechtsanwendung des Bundesgerichts.**a) Die materielle Rechtsanwendung des BG im Allgemeinen.**

Wir haben uns bisher damit begnügt, die Stellungnahme der Bundesgerichtsentscheide so zusammenzustellen, wie sie in den kollisionsrechtlichen Erwägungen zum Ausdruck kommen. Dabei wurde betont, daß eine tatsächliche materiell-rechtliche Aufspaltung der Rechtsanwendung damit noch nicht feststehe.

Die weitere Untersuchung, wie nun vom Bundesgericht die Spaltung im einzelnen konkreten Fall tatsächlich durchgeführt wird, ergibt ein ganz überraschendes Ergebnis: Nämlich die Bestätigung der bereits von Schönenberger wenigstens für einzelne Fälle festgestellten Tatsache, daß der Richter, wenn er den Vertrag auch scheinbar spaltet, in Tat und Wahrheit nur ein einziges Recht zur Anwendung bringt (vgl. Schönenberger, Komm., Allg. Einleitung, S. LVI und LVII, ferner die dortigen Zitate von Homberger und Neuner).

In der bundesgerichtlichen Praxis führen überdies die große Mehrzahl der von uns im Hinblick auf ihre kollisionsrechtlichen Erwägungen zitierten Entscheide ohnehin zu keiner materiellrechtlichen Spaltung. Bald wird vom Bundesgericht wegen Anwendung ausländischen oder kantonalen Rechts überhaupt nicht materiell auf den Fall eingetreten (z. B. BGE 59 II 397; 53 II 347; 49 II 235; 48 II 393; 46 II 489; 37 II 601; 37 II 346; 20, 873; 20, 411; 20, 77). Bald kommt wegen übereinstimmendem Erfüllungsort oder übereinstimmendem Domizil trotz grundsätzlicher Spaltung das gleiche Recht zur Anwendung (z. B. BGE 61 II 182; 56 II 48; 45 II 56; 39 II 166; 36 II 368; 32 II 298). Endlich wird vom Gericht oft aus anderen Gründen (z. B. Anwendung anderer Anknüpfungsmomente, wie gemeinsamer stillschweigender Parteiwille etc.) für einzelne Verträge oder Vertragsarten ein

einheitliches Recht angewandt, so daß aus diesem Grunde die vielleicht in den kollisionsrechtlichen Erwägungen gestreifte Sonderanknüpfung der einzelnen Verpflichtung bei der materiellen Rechtsanwendung nicht zur Durchführung gelangt (z. B. BGE 63 II 389; 63 II 44; 54 II 316; 51 II 305; 49 II 226; 47 II 192; 36 II 6; 24 II 436).

Sogar in den drei Entscheiden, die wir als Beispiele einer ausdrücklichen Spaltungsannahme zitiert haben, finden wir keine materielle Rechtsanwendung im Sinne der Spaltungstheorie: BGE 34 II 650 und 41 II 595 treten auf die materielle Rechtsanwendung nicht ein, weil kantonales und ausländisches Recht in Frage stehe, und BGE 56 II 48 spricht sich zur Spaltung nur nebenbei aus und beschäftigt sich im übrigen ausschließlich mit der Mängelrüge, die nach der *lex loci actus* gesondert angeknüpft wird.

Was noch übrig bleibt an solchen Entscheiden, die tatsächlich über den Erfüllungsort bis zur materiellen Rechtsanwendung vorstoßen, ist sehr wenig zahlreich. Wir haben nur zwei Entscheide (BGE 32 II 264 ff. und 49 II 28 ff.) feststellen können, die auf Grund des Erfüllungsortes grundsätzlich zur Anwendung von zwei verschiedenen Rechten gelangen, und eines davon für die Verpflichtungen der einen Partei dann auch wirklich materiell zur Anwendung bringen. Es handelt sich in beiden Fällen um Kaufverträge, wobei das eine Mal für die Lieferung, das andere Mal für die Zahlung des Kaufpreises ein besonderer Erfüllungsort vereinbart war. (Wir erinnern daran, daß sich im Hinblick auf OR 74 die theoretische Spaltung infolge örtlichen Zusammenfallens der Erfüllungsorte für Sach- und Geldschuld oft wieder aufhebt.) Wenn wir diese beiden Entscheide nun genau analysieren, finden wir, daß sie tatsächlich nur ein einziges materielles Recht zur Anwendung bringen, und zwar beurteilen sie jeweils die beidseitigen mit der in Frage stehenden Verpflichtung der einen Partei in Zu-

sammenhang stehenden Rechte und Pflichten beider Parteien nach dem eigentlich nur einseitig als zuständig gefundenen materiellen Recht (das infolge OG 57 immer das schweizerische ist).

b) Untersuchung der materiellen Rechtsanwendung in einzelnen Entscheiden.

aa) Die materielle Rechtsanwendung in BGE 32 II 264 ff.

Der Kläger, mit Wohnsitz in Zürich, kaufte vom Beklagten, mit Wohnsitz in Turin, Rohseide, lieferbar in Zürich. Wegen Verzuges des Beklagten trat der Kläger vom Vertrag zurück unter Geltendmachung von Schadenersatz, für den er in Zürich auf Ware des Beklagten Arrest nahm und Klage einleitete.

Das BG führte kollisionsrechtlich aus, daß „für die das Schicksal des Rechtsstreites entscheidende Frage: die Frage des Erfüllungsverzuges des Verkäufers, das Recht des Erfüllungsortes des Verkäufers“ zur Anwendung gelange.

Der Erfüllungsort des Klägers war nach aOR Art. 84 (Geldschuld; — Qualifikation nach *lex fori!*) am Wohnsitz des Beklagten (Turin), so daß also für die Verpflichtungen des Käufers italienisches Recht hätte zur Anwendung gebracht werden sollen.

Das BG hat nun aber in der Abwägung der gegenseitigen Pflichten einheitlich schweizerisches Recht zur Anwendung gebracht, und zwar auch auf den Pflichtenkomplex des Klägers (Käufers): Ob den Käufer eine Pflicht zur Fristansetzung traf, ob er nach seiner einseitigen Rücktrittserklärung doch noch an den Vertrag gebunden war oder nicht usw., all das wird nach schweizerischem Recht gelöst (vgl. S. 269—71).

bb) Die materielle Rechtsanwendung in BGE 49 II 28 ff.

Die Klägerin verkaufte dem Beklagten Mais und Hafer, lieferbar auf Abruf ab Lager in Innsbruck. Der Kaufpreis war in Zürich zu zahlen.

Das BG führte kollisionsrechtlich aus, es falle in Betracht, „daß der Erfüllungsort für die hier streitigen Verpflichtungen des Käufers... Zürich war.“

Da der Erfüllungsort der Beklagten eindeutig Innsbruck war, wäre für die Verpflichtungen derselben österreichisches Recht zu Anwendung gekommen.

Genau gleich wie in dem vorstehenden Entscheid wendet in der Folge das BG aber in der Abwägung der gegenseitigen Pflichten, und zwar auch bezüglich des Pflichtenkomplexes der Klägerin (diesmal Verkäuferin) einheitlich das schweizerische Recht an: Ob die Verkäuferin eine Pflicht zur Fristansetzung traf, ob der Verkäufer zur Geltendmachung der Preisdifferenz als Schadenersatz sofort oder unter Fristansetzung den Rücktritt erklären muß, ob er den Rücktritt überhaupt erklären muß, oder ob er zu vermuten ist, wird ausschließlich nach schweizerischem Recht beurteilt (S. 33—35).

cc) Vergleich der beiden Entscheide und Schlußfolgerungen.

Ein Vergleich dieser beiden Entscheide zeigt uns deutlich, daß von der Durchführung der Spaltung im Bereich des materiellen Rechts keine Rede sein kann.

Die Nebenpflichten des Käufers (Pflicht zur Fristansetzung, Pflicht zum Abruf) beurteilen sich im ersten Fall nach dem Recht des Erfüllungsortes des Verkäufers und im zweiten Fall nach dem Recht des Erfüllungsorts des Käufers. Ebenso beurteilt sich die Bindung des Verkäufers an den Vertrag im ersten Fall nach dem Recht des Erfüllungsorts des Verkäufers, im zweiten Fall aber nach dem Recht des Erfüllungsorts des Käufers.

Die Pflichten der Gegenpartei werden m. a. W. jeweils dem für den zufälligen „Beklagten“, auf „dessen

Verpflichtungen es ankommt“, als zuständig gefundenen Recht unterstellt.

Die Auswirkung der sogenannten „Spaltung“ in der materiellen Rechtsanwendung ist daher so, daß die auf Grund des einen Erfüllungsortes als zuständig gefundene Rechtsordnung tatsächlich auf das ganze Vertragsverhältnis Anwendung findet.

Wir haben es also eigentlich nicht mit einer „Spaltung“, sondern mit einer alternativen Rechtsanwendung zu tun: Bald wird das Recht des Erfüllungsortes des Käufers und bald das Recht des Erfüllungsortes des Verkäufers auf den ganzen Vertrag angewandt. Und zwar entscheidet ein reiner Zufall über die Anwendung des einen oder des andern Rechts: nämlich der Zufall, ob die gerichtlich zu entscheidende Rechtsfrage eine Verpflichtung der einen oder der andern Partei betrifft, d. h. ob die „streitige Verpflichtung“ eine solche der einen oder der andern Partei sei.

Es ist derselbe „Zufall“ und dasselbe unerwünschte Ergebnis, wie es im Falle des Konto-Korrentvertrages in BGE 63 II 385 ff. dargestellt wird: Man könne nicht den ganzen Vertrag dem einen oder dem andern Recht unterstellen, je nachdem zufällig ein Saldo zugunsten der einen oder der andern Vertragspartei in Frage stehe, wird dort vom Bundesgericht gesagt. Genau so kann aber bei jedem andern Vertrag mit verschiedenen Erfüllungsorten für Leistung und Gegenleistung gesagt werden, man könne nicht den ganzen Vertrag dem einen oder dem andern Recht unterstellen, je nachdem zufällig die Erfüllung der einen oder der andern Vertragsverpflichtung in Frage stehe.

Die vergleichende Analyse der beiden Entscheide hinsichtlich der materiellen Rechtsanwendung ergibt somit das folgende Resultat: In der materiellen Rechtsanwendung wird die Spaltung nicht durchgeführt. Das Gericht wendet alternativ das eine oder das andere Recht (des einen oder anderen Er-

füllungsortes) auf den ganzen Vertrag an. Diese „alternative“ Rechtsanwendung hat das BG aber selbst im Entscheid 63 II 385 ff. als unhaltbar erkannt.

5. Zusammenfassung.

Wenn wir die Ergebnisse unserer Untersuchung der bundesgerichtlichen Praxis überblicken, erhalten wir ein eigenartiges Bild: Einerseits wird die Spaltung in der kollisionsrechtlichen Argumentation überwiegend bejaht, und andererseits wird sie praktisch nicht durchgeführt. Dieser innere Widerspruch führt zu einer logisch unhaltbaren Doppellösung: Bald wird das eine Recht, bald das andere auf den ganzen Vertrag angewandt, je nachdem zufällig die Erfüllung der einen oder der andern Partei in Frage steht.

Der Ausweg aus dieser logischen Sackgasse kann nur der folgende sein: Entweder die Spaltung wird konsequent auch in der materiellen Rechtsanwendung durchgeführt oder wir verzichten auf die Spaltung und entschließen uns zur Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung auf den ganzen Vertrag, gleichgültig ob im konkreten Falle zufällig die Erfüllung der einen oder der andern Partei strittig ist.

Welcher von diesen beiden Auswegen beschritten werden kann, wird erst eine kritische Untersuchung des Spaltungsphänomens ergeben.

IV. Kritik und Lösung der Spaltungstheorie.

Wir haben schon in der allgemeinen Einleitung zwei Hauptfragen herauskristallisiert, von deren Beantwortung jede Stellungnahme zum Problem der Spaltung abhängt: Die Frage nach der Möglichkeit und Wünschbarkeit der Spaltung im Hinblick auf das kollisionsrechtliche Ergebnis und im Hinblick auf das materiellrechtliche Ergebnis.

Auch die Übersicht über die internationale Doktrin sowie die Darstellung der bundesgerichtlichen Praxis haben gezeigt, daß sowohl theoretisch wie praktisch diese beiden Fragen die Ausgangspunkte jeder Diskussion um das Spaltungsproblem sind. Wir werden daher in den nachstehenden kritischen Betrachtungen von dieser Zweiteilung ausgehen: Zuerst soll untersucht werden, ob die Spaltung der Logik des Kollisionsrechts entspricht, und sodann werden wir die Auswirkungen der Spaltung hinsichtlich des materiellen Rechts im einzelnen untersuchen.

1. Die Vertragsspaltung im Lichte der kollisionsrechtlichen Logik.

Wir haben ebenfalls schon im Verlauf der bisherigen Untersuchungen festgestellt, daß vor allem zwei Gesichtspunkte im Vordergrund stehen, wenn es sich darum handelt, zu untersuchen, ob sich die Spaltung mit Sinn und Zweck der Kollisionsnorm verträgt:

Ob der ganze Vertrag oder nur die einzelne Obligation angeknüpft wird, ist in erster Linie eine Frage nach dem Objekt der Anknüpfung.

Sodann stellt sich die weitere spezielle Frage, ob bei Anknüpfung an den Parteiwillen die Vertragsspaltung unter dem Oberbegriff des hypothetischen Parteiwillens noch Platz hat oder nicht. Diese spezielle Frage drängt sich im schweizerischen IPR darum auf, weil die bundesgerichtliche Praxis bis heute den Erfüllungsort als Ausfluß des hypothetischen Parteiwillens betrachtet.

Wir werden daher die kollisionsrechtliche Untersuchung des Spaltungsphänomens wiederum in zwei Unterabschnitte gliedern, einen Abschnitt über Spaltung und Objekt der Anknüpfung und einen Abschnitt über Spaltung und hypothetischen Parteiwillen.

a) Die Vertragsspaltung und die Lehre vom Objekt der Anknüpfung.

aa) Das Objekt der Anknüpfung im Allgemeinen.

Das Objekt der Anknüpfung wird durch den Verweisungsbegriff bestimmt. Der Streit dreht sich also sozusagen um die Qualifikation des Verweisungsbegriffs. Die Meinungen sind geteilt, und zwar wird als Objekt der Anknüpfung bald der Tatbestand und bald das Rechtsverhältnis betrachtet.

Diese in der Doktrin hauptsächlich vertretenen Auffassungen entsprechen im Grunde genommen nur einer verschiedenen Ausgangsstellung: Die Gleichsetzung des Verweisungsbegriffs mit dem „Tatbestand“ ist dabei das Resultat einer internationalistischen (von Bar) oder autonomistischen (Rabel) Auffassung der Kollisionsnorm, die Gleichsetzung mit dem „Rechtsverhältnis“ dagegen stellt das Produkt einer positivistisch-nationalistischen Auffassung der Kollisionsnorm dar: Wenn nämlich die Kollisionsnorm eine über dem nationalen Recht stehende internationale (von Bar) oder wenigstens autonome (Rabel) Norm ist, dann muß die Verbindung mit dem Tatbestand (die Subsumierung des Tatbestandes unter die Rechtsbegriffe der Kollisionsnorm) auf übernationaler oder wenigstens autonomer Basis möglich sein, d. h. ohne Heranziehung der Rechtsbegriffe und rechtlichen Vorstellungen der einzelnen nationalen Rechtsordnung. Wenn aber die Kollisionsnorm eine nationale Rechtsnorm ist, d. h. wenn sie in das gleiche Begriffsgebäude wie die Sachnorm eingefügt wird, dann folgt daraus ohne weiteres die Qualifikation nach der *lex fori*, und die Anknüpfung eines (eben durch die *lex fori* bereits qualifizierten) „Rechtsverhältnisses“ (wie dies bei Kahn der Fall ist).

Wenn wir uns daher für die Autonomie der Kollisionsnorm entscheiden, setzen wir damit auch den „Tat-

bestand“ als Anknüpfungsobjekt voraus (vgl. unsere diesbezüglichen Ausführungen in: Die Frage der Qualifikation, 1940, S. 93 ff.).

Aber auch auf anderem Wege, nämlich durch rein logische Überlegung, gelangen wir zum gleichen Resultat:

Die übliche Vorstellung vom Wesen der Anknüpfung ist etwa die folgende: der Verweisungsbegriff ist das Objekt der Anknüpfung. Dieses ist zuerst als gegeben zu betrachten. Anhand des Anknüpfungsbegriffs sucht man dann die zuständige Rechtsordnung, sozusagen das Subjekt der Anknüpfung. Und nun geschieht die „Anknüpfung“, nun wird „das Subjekt“ auf „das Objekt“ losgelassen, nun ergreift m. a. W. die gefundene Rechtsordnung Besitz von dem anzuknüpfenden „Rechtsverhältnis“ bzw. von dem anzuknüpfenden „Tatbestand“.

Diese Vorstellung der zeitlichen Nacheinanderschaltung des Anknüpfungsaktes hat die verschiedenen Lehren von der Zweiteilung der Anknüpfung (oder auch der Qualifikation) zur Folge gehabt (besonders in der italienischen Doktrin: Ghirardini, Cavagliari, Fedozzi, Anzilotti, Agò, L. Meriggi; aber auch in der Schweiz: Schnitzer; vgl. unsere Zitate in op. cit. S. 78).

Man argumentierte so: Zuerst müsse die Kollisionsnorm auf den zu untersuchenden Tatbestand angewendet werden, bzw. der zu untersuchende „Fall“ sei zuerst unter die Kollisionsnorm zu subsumieren. Damit erhalte man den Umzugsbefehl, man finde also die materiell zuständige Rechtsordnung. Dann müsse man sich auf den Boden dieser aufgefundenen Rechtsordnung stellen und wieder von vorn anfangen, d. h. jetzt komme die Rechtsanwendung auf dem Boden dieser neuen Rechtsordnung hinzu. Und damit glaubte man, das Problem der Anknüpfung gelöst zu haben.

Von dieser Vorstellungsweise aus wären alle andern allgemeinen Probleme des IPR ohne weiteres lösbar: der Anknüpfungsakt würde in zwei Phasen zerlegt, wobei die erste Qualifikation der kollisionsrechtlichen Begriffe im

Rahmen der *lex fori* erfolgen würde, während die zweite Qualifikation erst nach dem Umzug in die fremde Rechtsordnung stattzufinden hätte, und zwar gemäß dem materiellen Recht dieser neuen, nun sachlich zuständigen Rechtsordnung.

Aber diese Vorstellung des Anknüpfungsproblems widerspricht im Grunde genommen der positivistischen Anschauung von der Koexistenz verschiedener einzelstaatlicher nebeneinanderstehender souveräner Rechtsordnungen. Diese Anschauung verträgt streng logisch keine Zweiteilung des Anknüpfungsaktes: Jedes rechtlich relevante Geschehen muß im Augenblick, da es vom „Tatbestand“ zum „Rechtsverhältnis“ wird, auch bereits angeknüpft sein.

Der Anknüpfungsakt und die Subsumierung unter das materiell zuständige Recht sind ein und dasselbe. Ein „Rechtsverhältnis“ setzt den materiellrechtlichen Nährboden voraus, auf dem es überhaupt erst entstehen kann. Da anderseits (wie bekanntlich Kahn in seiner berühmten Auseinandersetzung mit von Bar richtig festgestellt hat) der „Tatbestand“ zuerst rechtlich qualifiziert sein muß, bevor die Kollisionsnorm eine Anwendung finden kann, ergibt sich als einzige logische Lösung, daß die Subsumierung unter die Kollisionsnorm und die Subsumierung unter das materiell anwendbare Recht ein einziger Akt der Rechtsanwendung ist.

Wesentlich für uns ist die Feststellung, daß Objekt der Anknüpfung logisch richtig nichts anderes sein kann als das Objekt jeder Rechtsanwendung, d. h. ein Tatbestand.

bb) Der Tatbestand als Objekt der Anknüpfung im Vertragsrecht.

Was entspricht nun im Vertragsrecht dem Tatbestand? Wenn wir ein gegenseitiges Vertragsverhältnis haben, ist dann der Tatbestand das, was rechtlich qualifiziert dem ganzen Vertrag entspricht, oder ist es nur die einseitige Verpflichtung?

Wir müssen davon ausgehen, daß der „Tatbestand“ vorerst einfach ein Ausschnitt aus dem Geschehen der Naturordnung ist. Wie groß dieser Ausschnitt sein soll, d. h. wo wir die Abgrenzung zu ziehen haben, um einen solchen Ausschnitt aus der Naturordnung mit der Normordnung des positiven Rechts in Beziehung bringen zu können, bestimmt sich wiederum nach dem Inhalt dieser Normordnung. Wenn wir z. B. den einer Eheschließung zugrunde liegenden Tatbestand betrachten, dann sehen wir sofort, daß es sinnlos wäre, etwa das Erscheinen der Eheleute vor dem Zivilstandsbeamten trennen zu wollen von dem Akte der Erklärung des Ehewillens. Jeder für sich allein betrachtet ist eben kein rechtlich relevanter Tatbestand. Die sinnvolle Begrenzung des Tatbestandes muß also so weit gehen, daß eine Subsumierung unter das materielle Recht erwartet werden kann. Man wird also bei der Eheschließung weder das Erscheinen vor dem Zivilstandsbeamten ohne die Erklärung des Ehewillens, noch die Erklärung des Ehewillens ohne das gleichzeitige Erscheinen vor dem Zivilstandsbeamten als vollwertigen Tatbestand betrachten können, mit dem rechtlich etwas anzufangen wäre.

Wenn wir dieses Beispiel auf das Gebiet der zweiseitigen Verträge übertragen, dann ergibt sich das folgende Bild:

1. bei den *contractus bilaterales aequales* ist der Austausch zweier Leistungen der Zweck des Vertrages (z. B. Kauf: Ware gegen Geld).
2. bei den *contractus bilaterales inaequales* ist die eine Verpflichtung die Rechtsfolge der anderen (z. B. Leih: Rückgabe der Sache als Rechtsfolge der Hingabe der Sache).

In beiden Fällen aber ist die Gegenleistung wesentliches Tatbestandselement! Fehlt eines der *essentialia negotii*, dann ist der Tatbestand rechtlich irrelevant, ein Vertrag ist gar nicht zustande gekommen.

Ein Kaufvertrag ohne Preis, eine Miete ohne Zins, eine Leih ohne Rückgabeverpflichtung sind rechtlich undenkbar. Der Bestand eines derartigen Vertrages ist gar nicht möglich; ein solcher Vertrag kommt eo ipso gar nicht zur Entstehung.

Nun kann man allerdings sagen, daß ja auch bei einer Vertragsspaltung ein voller Tatbestand vorliege (Leistung und Gegenleistung sind vereinbart worden), und daß man nur sozusagen diesen Tatbestand zerschneide und jeden Teil separat anknüpfe.

Aber darum handelt es sich hier ja gar nicht! Wir wollen ja vom Objekt der Anknüpfung aus einen Rückschluß ziehen auf die möglichst sinnvolle Art und Weise der Anknüpfung. Wenn wir nun als Objekt der Anknüpfung den Tatbestand betrachten, und den Anknüpfungsakt mit der Entstehung des Rechtsverhältnisses selbst identifizieren, dann ist die einzige logisch sinnvolle Ableitung die, daß ein ganzer rechtlich relevanter Tatbestand gesamthaft angeknüpft wird.

Wir möchten in diesem Zusammenhange nochmals auf jenen interessanten bundesgerichtlichen Entscheid hinweisen, der sich mit unserer Auffassung von der Anknüpfung deckt: „Ein Rechtsverhältnis besteht Kraft des Rechts, auf Grund dessen es zustande gekommen ist, oder es besteht überhaupt nicht“ (BGE 62 II 125). M. a. W., durch die Anknüpfung wird die „Existenzgrundlage“ des Rechtsverhältnisses geschaffen. Wenn wir nun die Spaltung bejahen, dann werden nicht eine, sondern zwei Rechtsgrundlagen geschaffen, von denen jede für sich allein betrachtet rechtlich sinnlos ist. Denn nur der ganze synallagmatische Vertrag, mit Leistung und Gegenleistung kann überhaupt rechtlich existieren. Durch die Spaltung aber findet jede Hälfte dieses Synallagmas eine besondere rechtliche „Existenzgrundlage“, trotzdem sie, für sich gesondert betrachtet, rechtlich irrelevant ist.

Wir können also abschließend sagen, daß die Spaltung der Logik des Anknüpfungsaktes widerspricht, wenn

wir den Tatbestand als Objekt der Anknüpfung betrachten. Es erscheint im Gegenteil als selbstverständlich, daß wir nur einen sinnvollen Tatbestand als Gesamtheit anknüpfen können (z. B. nur den Tatbestand: „Preiszahlung + Warenlieferung, und nicht etwa die Preisvereinbarung separat und die Vereinbarung über die Warenlieferung separat).“

Auf gleicher Ebene bewegt sich übrigens auch die Kritik Hombergers, wenn er schreibt: „Der Vertrag, um den es sich hier handelt, ist nun entweder nach deutschem oder nach schweizerischem Recht zustandegekommen; begrifflich ist es nicht denkbar, daß er bald nach deutschem, bald nach schweizerischem Recht zur Entstehung gelangte. Eine theoretische Betrachtung muß daher zum Schluß führen, der Vertrag bestehe, und zwar sowohl bezüglich der Entstehung wie hinsichtlich Gehalt und Wirkungen, ganz nach schweizerischem oder ganz nach deutschem Recht“. (Homberger, Die oblig. Verträge im IPR nach der Praxis des schweiz. BG, 1925, S. 14/5).

cc) Das Rechtsverhältnis als Anknüpfungsobjekt.

Wir wollen der Vollständigkeit halber auch noch untersuchen, wie das Problem sich stellen würde, wenn wir davon ausgehen, daß Gegenstand der Anknüpfung ein „Rechtsverhältnis“ sei. In diesem Falle ergeben sich nämlich noch gewichtigere Gründe gegen die Vertragsspaltung.

Wenn wir ein „Rechtsverhältnis“ anknüpfen, dann muß dieses im Rahmen einer bestimmten Rechtsordnung sozusagen „vorläufig“ zur Entstehung gelangt sein; d. h. man kann sich dieses anzuknüpfende Rechtsverhältnis nur vorstellen als einen vorläufig rechtlich qualifizierten Tatbestand. Die vorläufige rechtliche Qualifikation kann logischerweise nur ausgehen von der *lex fori*, oder genauer, von der Rechtsordnung aus, die auch die anzuwendende Kollisionsnorm liefert.

Im Rahmen dieser Rechtsordnung können wir aber auch nur einheitlich qualifizieren, d. h. wir können nicht einen „halben“ Kaufvertrag als vorläufiges Rechtsverhältnis konkretisieren, um diesen dann an eine bestimmte Rechtsordnung anzuknüpfen, während wir die andere „Hälfte“ dieses Vertrages als getrenntes Rechtsverhältnis betrachten und anderweitig anknüpfen.

Auch bei einer vorläufigen Qualifikation können wir nur Rechtsverhältnisse zur Entstehung bringen lassen, die alle essentialia des betreffenden Vertragstypus aufweisen: d. h. es kann als anzuknüpfendes Rechtsverhältnis nur ein mit allen essentialia negotii versehener Kaufvertrag usw. in Frage kommen. Objekt der Anknüpfung ist in diesem Falle also ohnehin schon notwendigerweise das ganze Synallagma, — der ganze Vertrag mit Leistung und Gegenleistung.

Zusammenfassend können wir daher sagen, daß jede Untersuchung über das Objekt der Anknüpfung im Vertragsrecht, ob wir dabei von der Anknüpfung von Tatbeständen oder Rechtsverhältnissen ausgehen, einen logischen Widerspruch zur Spaltung ergibt.

b) Die Vertragsspaltung und der Parteiwille.

aa) Die beherrschende Stellung des Parteiwillens im schweizerischen internationalen Vertragsrecht.

Das gesamte schweizerische Vertrags-Kollisionsrecht basiert auf dem Prinzip des Parteiwillens: Der Parteiwille beherrscht grundsätzlich die ganze Anknüpfung und die sämtlichen sog. „objektiven“ Anknüpfungsregeln sind nur Herleitungen des allgemein anerkannten Oberbegriffs des Parteiwillens.

Dies ist in der Praxis des Bundesgerichts sehr leicht nachzuweisen: Wir verweisen hier auf die stereotypen Formeln der BG-Entscheide vom „Recht, das die Parteien vernünftigerweise erwarten konnten und erwarten“

mußten“ oder vom „Recht, das die Parteien als anwendbar erklärt haben würden, wenn sie an die Regelung dieser Frage gedacht hätten“ usw. M. a. W., im schweizerischen internationalen Vertragsrecht ist die objektive Anknüpfung, insbesondere auch der Erfüllungsort, als hypothetischer Parteiwille konstruiert (vgl. im einzelnen: Z. f. Schw. R., N. F., Bd. 59, Heft 2: „Die Parteiautonomie in der neueren Praxis des BG auf dem Gebiete des JOR“).

Als hypothetischer Parteiwille wird zwar in der neuesten Praxis generell der Ort der engsten räumlichen Beziehung genannt. Als solcher, d. h. also als ein Spezialfall des immer supponierten hypothetischen Parteiwillens, erscheint dann der Erfüllungsort. Dieser ist also trotz der Zwischenschaltung des Begriffs der „engsten räumlichen Beziehung“ immer noch ein Derivat des Parteiwillens geblieben. Wir haben an anderer Stelle nachgewiesen, daß auch aus dem scheinbaren Weglassen des Umweges über den hypothetischen Parteiwillen in einzelnen Entscheiden nicht geschlossen werden darf, diese Konstruktion sei vom BG fallen gelassen worden. (Z. f. Schw. R., N. F., Jahrg. 1940, Heft 2, S. 260.)

Zusammenfassend können wir also sagen, daß in der schweizerischen Praxis jeder objektive Anknüpfungsbegriff und gerade auch der Erfüllungsort, der ja in erster Linie die Vertragsspaltung im Gefolge hat, eine Willenshypothese darstellt.

bb) Die Willenshypothese und die Spaltungstheorie.

Wenn wir nun das „Recht suchen, das die Parteien als anwendbar erklärt haben würden, wenn sie überhaupt an die Regelung dieser Frage gedacht hätten“, besser, das „Recht, das die Parteien vernünftigerweise erwarten konnten und erwarten mußten“, dann kann man auf alle Fälle mit absoluter Sicherheit sagen, eine Spaltung des Vertrages hätten die Parteien weder „gewollt, wenn sie an die Regelung gedacht hätten“, noch konnten sie eine solche „vernünftigerweise“ erwarten.

Der Wille der Parteien ist ja auch in allen den Fällen, da er sich ausdrücklich oder stillschweigend äußert, ein auf den ganzen Vertrag gerichteter: Jede ausdrückliche Rechtskürzung gilt für die Verpflichtungen beider Parteien; jedes Indiz, das als genügend angesehen wird für die Annahme des Vorhandenseins eines stillschweigenden Parteiwillens, wird ja ebenfalls auf den ganzen Vertrag bezogen und nicht nur auf die Verpflichtung der einen oder anderen Partei: So ist das Verhalten der Parteien im Prozeß (soweit es überhaupt als Indiz für den stillschweigenden Parteiwillen von der Praxis des BG zugelassen wird) immer für beide Parteien als maßgeblich betrachtet worden. (BGE 49 II 225; 63 II 386); dasselbe gilt für die Gerichtsstandsvereinbarung, die nach ständiger Praxis als maßgebliches Indiz für eine entsprechende stillschweigende Rechtswahl betrachtet wird (vgl. BGE 60 II 302 und dort zit. Ent.).

Wenn nun aber der ausdrückliche und der stillschweigende Parteiwille *eo ipso* immer als auf den ganzen Vertrag gerichtet gelten muß, dann kann dies doch nicht anders sein beim hypothetischen Parteiwillen!

Entweder ist daher die Spaltung falsch oder die Willensvermutung. Diese beiden haben vernünftigerweise nicht Platz nebeneinander.

Vom Bundesgericht ist nun auf die zahlreiche Kritik der schweizerischen Doktrin, die gegen die Willensvermutung polemisiert hat, positiv festgestellt worden, daß auf die Willensvermutung nicht verzichtet werden könne. Das BG lehnt es m. a. W. ausdrücklich ab, etwa den Erfüllungsort als ein objektives Anknüpfungsmoment aufzufassen: im Gegenteil, der Erfüllungsort komme nur in Betracht, wenn und weil ihn die Parteien beim Geschäftsabschluß wirklich als maßgeblich betrachteten oder doch vernünftigerweise und billigerweise als anwendbar halten konnten und mußten (BGE 59 II 361).

Mit dem Festhalten an der Willensvermutung bezüglich des Erfüllungsortes setzt sich daher das Bundes-

gericht selbst in Widerspruch zur Spaltungstheorie. Wir haben denn auch bereits oben die einzelnen Entscheide angeführt, in denen vom Bundesgericht (allerdings meist in etwas anderem Zusammenhang) eine einheitliche Unterstellung unter ein Recht gerade mit dem Hinweis auf die Willensvermutung postuliert wird: Wir erinnern vor allem an den Entscheid bezüglich des Konto-Korrentvertrages, BGE 63 II 385/86, wo der Erfüllungsort mit dem Argument abgelehnt wird, daß es kaum im Willen der Parteien gelegen haben könne, die Rechtsanwendung von dem Zufall abhängig zu machen, zugunsten welcher Vertragspartei in einem bestimmten Zeitpunkt ein Saldo bestehé. (Vgl. auch BGE 59 II 362 und unsere diesbezügl. Ausführungen auf S. 255a.)

Sehr weitgehend ist das Argument des Widerspruchs zwischen Spaltung und Parteiwillen auch von der Doktrin in ihrer Polemik gegen die Spaltungstheorie zur Geltung gebracht worden: Homberger schreibt, man dürfe füglich die Behauptung aufstellen, daß die Spaltung regelmäßig nicht im Willen der Parteien liege (Die obligatorischen Verträge im IPR nach der Praxis des schweiz. BG, 1925, S. 49). Schnitzer geht sogar noch weiter und behauptet, die Vertragsspaltung bleibe für den Laien überhaupt unverständlich (vgl. SJZ Jahrg. 35, S. 325), so daß er diese also sicher auch nicht hypothetischerweise „wollen“ könne. Im übrigen verweisen wir auch auf das oben S. 238a in extenso angeführte Zitat von Weiß. Ferner sind in diesem Zusammenhang etwa noch die folgenden Autoren zu nennen: Rolin, der nach Schilderung der Spaltung die rhetorische Frage stellt: „Est-ce là ce que les deux parties peuvent être présumées avoir voulu?“ (Rolin, Dr. int. pr. 1897, Bd. I, S. 463 f., n° 271); oder Diena, der feststellt, man könne nicht annehmen, die Parteien „vogliano regolare a tale riguardo la loro convenzione contemporaneamente con due leggi di stati diversi, le quali possono contenere norme differenti“ (Trattato d. dir. comm. int. II. Teil, 1903, S. 161); oder in neuerer

Zeit Pillet, der ebenfalls zum Schluß kommt, daß man nicht behaupten könne, „que les parties à un même contrat aient eu l'intention de le soumettre concurremment à plusieurs législations à la fois“. (Traité pratique de dr. int. pr., Bd. II, 1924, S. 171), usw.

Der Vollständigkeit halber sei immerhin noch beifügt, daß hin und wieder die Spaltung im Gegenteil mit dem Hinweis auf den Parteiwillen gerechtfertigt wird, von dem alten Gedanken ausgehend, jede Partei „wolle“ sich nur nach dem ihr bekannten Recht verpflichten. So wird bei von Bar die Spaltung geradezu für die postulativen Begründung der Anknüpfung an das Personalstatut des Schuldners herangezogen mit dem Argument: „es sei anzunehmen, jeder habe sich in Gemäßheit der ihm bekannten Rechtsordnung erklärt, als welche die Personalstatuten zu gelten haben“ (Lehrbuch 1892, S. 109). Auch in der bundesgerichtlichen Praxis wird dieses Argument des „Willens“ des einzelnen Vertragsschließenden, sich „nach seinem Recht“ zu verpflichten, hin und wieder erwähnt (z. B. BGE 36 II 293). Doch geht dieses Argument grundsätzlich beim Erfüllungsort fehl, weil ja nicht das „Personalstatut“ jeder Partei, sondern der Erfüllungsort jeder Verpflichtung zur Anwendung gelangt, so daß das alte Postulat der „Verpflichtung nach dem eigenen Recht“ mit der bei uns üblichen Spaltung ohnehin nicht erreicht wird.

Abschließend können wir sagen, daß die Willensvermutung unvereinbar ist mit der Vertragsspaltung, und daß diese Unvereinbarkeit von einer zahlreichen Doktrin und indirekt in einzelnen Fällen auch vom Bundesgericht selbst festgestellt wurde.

c) Zusammenhang mit der Vertragsspaltung bzgl. „Entstehung“ und „Wirkungen“ des Vertrages.

aa) Homberger hat an der oben (S. 272a) zitierten Stelle den Gedanken ausgesprochen, daß die Sonderanknüpfung des Vertrages bezüglich der Fragen der Ent-

stehung und der Wirkung theoretisch ebenso falsch sei wie die eigentliche Spaltungstheorie, mit der wir uns hier befassen. Auch sonst wird oft die Vertragsspaltung im engern Sinne und die Aufteilung nach Entstehung und Wirkung von der Doktrin im gleichen Atemzug behandelt (vgl. z. B. die Verhandlungen des Instituts de droit int., 1925).

Die in konstanter Praxis vom Bundesgericht durchgeführte besondere Anknüpfung der Fragen der Vertragsentstehung ist tatsächlich der gleichen Einwendungen fähig wie die eigentliche Vertragsspaltung im engern Sinne: Auch hier wird ein einheitlicher Tatbestand, der nur in seiner Gesamtheit rechtlich erfaßbar ist, auseinandergerissen und verschieden angeknüpft.

Und doch ist ein deutlicher Unterschied feststellbar: Die Aufteilung in Fragenkomplexe bezüglich „Entstehung“ und bezüglich „Wirkungen“ des Vertrages geht auf die Begrenzung der Anknüpfung an den Parteiwillen zurück. Die Frage, ob überhaupt ein Vertrag zustande gekommen sei oder nicht, d. h. ob ein gültiger Konsens vorliegt oder nicht, soll dem Parteiwillen entzogen sein, da dieser ja einen Teil des Inhalts dieses Konsenses darstellt.

Es wird somit bei dieser Spaltung immerhin einerseits der ganze Komplex aller dem Parteiwillen entzogenen Fragen und andererseits der ganze Komplex aller durch den Parteiwillen anknüpfbaren Fragen jeweils einheitlich verknüpft.

Wenn also auch die vom Standpunkt einer kritischen Untersuchung über das Objekt der Anknüpfung aus vorgebrachten Einwendungen hier ebenfalls zutreffen mögen, so doch nicht die Bedenken, die sich vom Grundsatz des hypothetischen Parteiwillens aus ergeben.

bb) Noch in einer anderen Beziehung ist nun aber diese Spaltung zwischen Entstehung und Wirkungen mit der Vertragsspaltung im engern Sinne in Beziehung zu bringen: Sie verhindert die allzu krasse Auswirkung der

Spaltungstheorie im engern Sinne. Wenn wir nämlich die Fragen der Vertragsentstehung nicht trennen würden von den Vertragswirkungen, dann würde sich die Spaltung im engern Sinne nicht nur auf die Verpflichtungen der beiden Parteien im Sinne des materiellen Inhaltes dieser Verpflichtungen auswirken, sondern auch in Bezug auf die Entstehung dieser Verpflichtungen. Dann würde auch die Frage der Entstehung des Vertrages bald an das Recht des Erfüllungsortes der einen Vertragsleistung angeknüpft, bald an dasjenige der andern Vertragsleistung.

Die vom Bundesgericht durchgeführte Trennung bewirkt also, daß wenigstens auf die Frage der Entstehung des Vertrages immer nur eine Rechtsordnung Anwendung findet, nämlich die *lex loci contractus*, das Recht des Vertragsabschlußorts.

Dadurch sind in unserer Gerichtspraxis die krassen Fälle vermieden worden, die etwa die deutsche Rechtsprechung beschäftigten (vgl. Lewald, Das deutsche IPR, 1931, Nr. 306).

2. Die Vertragsspaltung und das materielle Recht.

a) Die Störung des materiell-rechtlichen Gleichgewichts als Hauptargument der Spaltungstheorie-Gegner.

Immer wieder wird von den Gegnern der Spaltungstheorie — auch von denen, die die Spaltung als eine Art notwendiges Übel betrachten — darauf hingewiesen, daß die materiellrechtliche Harmonie durch die Spaltung gestört werde. Dieser Vorwurf geht wie ein roter Faden durch die Doktrin, so daß wir sagen dürfen, dies sei das eigentliche Hauptargument der Spaltungsgegner.

Schon Rolin spricht von der Unmöglichkeit, d'envisager l'obligation de l'une des parties séparément de l'obligation de l'autre, parceque l'une (obligation) est la condition de l'autre (dr. int. pr. 1897, Bd. I, S. 463 f.). Niemeyers klassische Analyse haben wir bereits oben

(S. 240a) zitiert. Dieser Autor hat sehr klar erkannt, daß jede einzelne Rechtspflicht bis in alle Details hinab bedingt ist durch korrelative Berechtigungen, die wiederum auf Pflichten der Gegenpartei zurückgehen. Der Verkäufer ist niemals an sich abstrakt verpflichtet zu liefern, sondern nur z. B. gegen Preiszahlung usw. Neuner weist ebenfalls darauf hin, daß die eigentliche Schwierigkeit des Spaltungsproblems darin liege, daß die gegenseitigen Pflichten voneinander abhängig seien (Die Beurteilung der gegenseitigen Verträge nach dem Recht des Schuldners, in Rabel 1928, S. 110/11). Lewald, der die Spaltung zwar so weit als möglich einschränken möchte, aber nicht völlig darauf verzichten will, bringt als ernstes Bedenken gegen die Spaltung ebenfalls die Abhängigkeit von Rechten und Pflichten vor: „Jede Partei verspricht, weil ihr versprochen wird“ (Lewald, deutsches IPR, 1931, S. 247, und Répertoire, Bd. 10, 1931, n° 44, S. 80). In der gleichen Richtung geht das oft verwendete Schlagwort von der „unité du contrat“, der „unità del contratto“ (vgl. z. B. Roguin, Contre-projet sur les conflits de lois en matière d’obligation, S. 79 d; oder Diena, Trattato d. dir. comm. int., II. Bd., 1903, S. 161). Nußbaum bekämpft das „Zweirechtssystem“ u. a. mit dem Argument, man unterstelle damit die Verpflichtungen aus dem einheitlichen Vertragsverhältnis verschiedenen Rechten, „während doch die beidseitigen Verpflichtungen vollständig miteinander verknüpft sind und sich ohne Willkür nicht trennen lassen“ (deutsches IPR, 1932, S. 218).

Auch die Autoren, die sich mit dem schweiz. IPR befassen, und die speziell gegen die Spaltung Stellung nehmen, stützen sich weitgehend auf dieses Argument: Schon Meili stellt fest, daß richtigerweise doch gesagt werden müsse, daß die „aus einem zweiseitigen Rechtsgeschäft des OR hervorgehenden Rechte und Pflichten in einer gegenseitigen Abhängigkeit und Wechselwirkung stehen“ (Int. Civ. u. Hand. R., 1902, Bd. II, S. 17). Homberger geht in seiner Kritik der Spaltung davon aus, daß

alle Leistungen eines Vertrages für die Parteien eng zusammenhängen; „die Leistung erfolgt mit Rücksicht auf die Gegenleistung, und wenn die Leistung nach andern Grundsätzen beurteilt wird als die Gegenleistung, so bedeutet dies zum mindesten eine Verletzung der Billigkeit“ (op. cit. S. 48). Auch Schönenberger spricht in seinem Kommentar von 1929 den gleichen Gedanken aus: „Die einer Partei nach einer bestimmten Rechtsordnung zuerkannten Rechte und Mittel sind so oder anders geregelt, weil die Verpflichtungen der Gegenpartei entsprechend umschrieben sind, und es ist innerlich nicht begründet, die Verpflichtungen einer Partei nach diesem, die der Gegenpartei aber nach einem zweiten Recht zu bemessen, das eine andere Regelung der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung vorsieht“ (Allg. Einl. 54). Herzfeld führt in seiner Dissertation über Kauf und Darlehen im IPR sogar aus, das Bundesgericht sehe „mit Rücksicht auf die enge Verbundenheit und gegenseitige Abhängigkeit dieser Verpflichtungen (aus Verzug) für beide Vertragsparteien von einer Trennung ab“ (S. 34/5), wobei die von ihm zitierten Entscheide allerdings u. E. nicht schlüssig sind.

Zusammenfassend können wir feststellen, daß die Gegner der Spaltung das notwendig vorhandene Gleichgewicht des materiellen Rechts übereinstimmend als Hauptgrund für die Ablehnung der Spaltungstheorie betrachten.

Es rechtfertigt sich daher, den Versuch einer genauen Analyse dieser „gegenseitigen Abhängigkeit von Pflichten und Rechten“ dieses sogenannten „materiellrechtlichen Gleichgewichts“ zu unternehmen.

Die Interdependenz der einzelnen Normen des materiellen Rechts ist nun immer nach zwei verschiedenen Prinzipien durchgeführt: nach einem theoloogischen und nach einem formallogischen.

Die einzelnen Normen müssen m. a. W. in erster Linie inhaltlich dem Gerechtigkeitspostulat der betreffenden

Rechtsordnung entsprechen, sodann aber auch unter sich zu einem äußerlich widerspruchlosen logischen Ganzen zusammengefügt sein.

Wir werden daher immer in diesem doppelten Sinne von einem „materiellrechtlichen Gleichgewicht“ sprechen können, nämlich im rechtspolitischen und im rechtslogischen Sinne.

Wie sich die Spaltung auf diese beiden Gleichgewichtsphänomene des materiellen Rechts auswirkt, soll im folgenden einzeln untersucht werden.

b) Das rechtspolitische Gleichgewicht.

aa) Definition des rechtspolitischen Gleichgewichts.

Beim rechtspolitischen Gleichgewicht handelt es sich im einzelnen um folgendes:

Der Gesetzgeber muß in einem zweiseitigen Vertrag immer eine Verteilung von Pflichten und Rechten zwischen den Parteien vornehmen. Er wird dabei bestrebt sein, nicht der einen Partei sehr viele und schwere Pflichten, und der anderen nur wenige und leichte Pflichten aufzuerlegen, sondern eine „gerechte“ Verteilung der Vertragspflichten auf beide Schultern zu erreichen. Der deutsche Gesetzgeber verpflichtet z. B. den Mieter, eine sofortige Kündigung des Mietvertrages gegen sich wirken zu lassen, wenn er mit zwei aufeinanderfolgenden Mietzinsraten in Rückstand gekommen ist (§ 554 BGB), der schweizerische Gesetzgeber dagegen verpflichtet den Mieter, die sofortige Kündigung schon dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er nur mit einer einzigen Rate in Rückstand gekommen ist und eine Nachfrist von 6 oder 30 Tagen unbenutzt verstreichen ließ (OR 265).

Hier hat der deutsche Gesetzgeber den Mieter also ersichtlich besser gestellt als der schweizerische.

Demgegenüber verpflichtet der deutsche Gesetzgeber den Mieter, ein gesetzliches Pfandrecht des Vermieters für alle Mietforderungen inklusive für das laufende

und das darauf folgende Mietjahr zu dulden (§ 559 BGB), während der schweizerische Gesetzgeber ihn bloß verpflichtet, ein Retentionsrecht des Vermieters für einen verfallenen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins zu anerkennen (OR 272).

Hier hat somit der deutsche Gesetzgeber den Mieter schlechter gestellt als der schweizerische.

In beiden Fällen aber besteht ein gewisses rechtspolitisches Gleichgewicht: der rascher wirkenden Sanktion auf die Nichtbezahlung des Mietzinses im schweizerischen Recht steht eine Beschränkung des Pfandrechts an der Mietsache gegenüber; der zeitlich erschwerten Sanktion auf die Nichtbezahlung des Mietzinses im deutschen Recht steht ein länger dauerndes Pfandrecht des Vermieters gegenüber.

Das rechtspolitische Gleichgewicht besteht somit darin, daß die Ausgestaltung der einzelnen konkreten Berechtigungen und Verpflichtungen immer als Funktion der Gesamtregelung des betreffenden Rechtsverhältnisses im betreffenden nationalen Recht erscheinen.

Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß nicht die Stellung einer Vertragspartei im einen nationalen Recht besser sein kann als im andern. Die Auffassung über die „gerechte“ Lösung ist verschieden, und diese Verschiedenheit kann auch darin ihren Ausdruck finden, daß in der einen Rechtsordnung die Stellung der einen Vertragspartei in ihrer Gesamtheit ungünstiger ist als in einer andern Rechtsordnung.

bb) Die Störung des rechtspolitischen Gleichgewichts durch die Vertragsspaltung.

Es liegt nun aber auf der Hand, daß eine Störung des von jedem Gesetzgeber auf seiner „Gerechtigkeitebene“ erstrebten rechtspolitischen Gleichgewichts eintritt, sobald man anfängt, diese einzelnen Verpflichtungen und Berechtigungen verschiedener nationaler Rechtsordnungen zu mischen. Im obgenannten Beispiel wäre eine solche Störung des rechtspolitischen Gleichgewichts z. B. vorhanden, wenn man die Kündigungsmöglichkeit

des Vermieters auf Verzug des Mieters mit der Zinszahlung dem deutschen Recht, die Retentionsmöglichkeit aber dem schweizerischen Recht entnehmen wollte, oder umgekehrt: die in Einzelfragen festzustellende Besserstellung und Schlechterstellung der einen oder andern Vertragspartei würden sich dann summieren, und das Resultat könnte so sein, daß die Gerechtigkeitspostulate beider Rechtsordnungen verletzt würden.

Beispiele für die Störung des rechtspolitischen Gleichgewichts ergeben sich überall dort, wo bemerkenswerte materiellrechtliche Unterschiede zwischen zwei nationalen Rechtsordnungen bezüglich der Ausgestaltung einzelner Vertragsarten vorkommen.

So kann man nicht ohne Störung dieses materiellrechtlichen Gleichgewichts die Pflichten des Verkäufers z. B. dem französischen Recht unterstellen und dabei die dort in Art. 1602 c. c. enthaltene allgemeine Vertragsauslegungs-Disqualifikation des Verkäufers in Anwendung bringen, wenn man auf der anderen Seite die Pflichten des Käufers z. B. dem schweizerischen Recht unterstellt, das für diese Auslegungs-Disqualifikation kein entsprechendes Äquivalent enthält. Im französischen Recht steht nämlich der erwähnten Bestimmung, daß der Verkaufsvertrag immer gegen den Verkäufer auszulegen sei, eine deutliche Besserstellung des Verkäufers in anderen einzelnen Ausgestaltungen der gegenseitigen Rechtsverhältnisse gegenüber: so muß der Käufer z. B. das sogenannte „droit de privilège“ des Verkäufers gegen sich gelten lassen, das eine Art dringliches Vorzugsrecht des Verkäufers auf die Kaufsache ist, solange diese im Besitz des Käufers liegt und dieser den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat (Art. 2102, Ziff. 4 des c. c.) usw.

Aber diese rechtspolitische Auswirkung der Spaltung ist immerhin noch logisch haltbar. Und darum sind denn auch Autoren wie Frankenstein zu der Ansicht gelangt, daß die Spaltung zwar unerfreulich, aber logisch durchführbar sei.

Wir wollen uns in diesem Zusammenhange ebenfalls mit der Feststellung begnügen, daß die Spaltung in rechtspolitischer Hinsicht unerwünschte Resultate ergibt.

Viel wesentlicher erscheint uns nämlich die im folgenden Abschnitt darzulegende rechtslogische Auswirkung der Spaltung, wobei nicht mehr nur eine sachlich mehr oder weniger anfechtbare Rechtsanwendung, sondern eine logische Unmöglichkeit der Spaltung überhaupt offenbar wird.

c) Das rechtslogische Gleichgewicht.

aa) Definition des rechtslogischen Gleichgewichts.

Jede einzelne materielle Rechtsordnung hat ihre für die einzelnen Vertragsarten geltenden speziellen Normen so aufeinander abgestimmt, daß Pflichten und Rechte sich zu einer logisch geschlossenen Einheit ergänzen. Bildhaft dargestellt müssen daher im Rahmen einer gegebenen Rechtsordnung die Rechte und Pflichten der Parteien eines bestimmten synallagmatischen Vertrages in der gleichen Art und Weise ineinandergreifen wie etwa die Konturen der einzelnen Stücke eines Zusammensetzungsspiels. Und wie bei einem Zusammensetzungsspiel, können wir auch hier beim juristischen Zusammensetzungsspiel der einzelnen Rechte und Pflichten zur Gesamtheit eines Vertrages nur diejenigen Elemente zusammensetzen, die von Anfang an aufeinander abgestimmt sind, und zwar muß diese gegenseitige Abstimmung eine zweidimensionale sein: erstens muß jeder Rechtspflicht auf der einen Seite eine entsprechende Berechtigung auf der andern Seite entsprechen. Zweitens aber sind die Verpflichtungen und Berechtigungen der Parteien immer gegenseitig bedingt, so daß der Inhalt jeder einzelnen Rechtspflicht und jeder einzelnen Berechtigung durch die Gesamtheit der übrigen Pflichten und Rechte genau begrenzt ist.

Wenn z. B. Leistung und Gegenleistung Zug um Zug zu erfüllen sind, dann heißt dies, daß die Pflicht jeder Partei, zu erfüllen, abhängig ist von der Erfüllung der Gegenpartei. Nur unter der „Bedingung“, daß die eine Partei erfüllt, muß auch die andere erfüllen.

Wir können diese Abstimmung von Rechten und Pflichten mit ihren gegenseitigen Begrenzungen und Bedingungen an jedem beliebigen Vertragstypus nachweisen: wir werden immer sehen, daß unser rechtslogisches Zusammenspiel nicht mehr funktioniert, sobald wir Elemente verschiedener Rechtsordnungen zusammensetzen wollen:

Ein Beispiel: Nach dem schweizerischen OR können beim kaufmännischen Kaufvertrag beide Parteien bei Verzug des Gegners einen Deckungskauf, bzw. einen Deckungsverkauf vornehmen und das Erfüllungsinteresse nach der Differenztheorie als Schaden geltend machen (OR Art. 190, 191, 214/5). Das gleiche ist auch möglich nach deutschem Recht (HGB § 376). Aber bei Verzug des Käufers besteht in beiden Rechtsordnungen eine unterschiedliche Normierung bezüglich der dem Verkäufer zustehenden Gestaltungsrechte. Nach schweizerischem Recht muß der nicht im Verzug befindliche Verkäufer sofort eine entsprechende Erklärung abgeben, wenn er bei Preiszahlungsverzug des Käufers nicht liefert, sondern den Rücktritt vom Vertrag eintreten lassen will mit der genannten Differenz-Schadenersatzpflicht (OR Art. 214). Nach deutschem Recht besteht demgegenüber bei Verzug des Käufers mit der Preiszahlung eine Vermutung für den Rücktritt des Verkäufers, wenn dieser am Stichtag keine Erklärung abgibt (deutsches HGB § 376). Also: wenn im kaufmännischen Kaufvertrag bei Verzug des Käufers der Verkäufer keine Erklärung abgibt, dann wird nach deutschem Recht vermutet, daß er vom Vertrag zurückgetreten sei, nach schweizerischem Recht aber im Gegenteil, daß er nicht vom Vertrag zurückgetreten sei. M. a. W. wenn der Verkäufer bei Zahlungsverzug des

Käufers keine Erklärung abgibt, kann er nach schweizerischem Recht auf der Erfüllung bestehen, nach deutschem Recht aber nicht mehr auf der Erfüllung bestehen, sondern nur noch Schadenersatz verlangen.

Das rechtslogische Gleichgewicht zwischen Rechten und Pflichten besteht nun in folgendem:

Nach deutschem Recht steht im vorgenannten Beispiel der Pflicht des Verkäufers zur Abgabe einer entsprechenden Erklärung (er wünsche trotz des Verzugs des Käufers die nachträgliche Erfüllung), das Recht des Käufers gegenüber, bei Nichtabgabe dieser Erklärung des Verkäufers die nachträgliche Erfüllung zu verweigern. Oder: Dem Recht des Verkäufers, auf die Abgabe einer Erklärung zu verzichten, steht die gesetzliche Pflicht des säumigen Käufers auf Leistung von Schadenersatz gegenüber. Oder: Dem Recht des Verkäufers, die Erklärung abzugeben, er wünsche nachträgliche Erfüllung, steht ergänzend auf der andern Seite die Pflicht des Käufers gegenüber, in diesem Falle die nachträgliche Erfüllung vorzunehmen.

Im schweizerischen Recht dagegen steht der gesetzlichen Pflicht des säumigen Käufers zur nachträglichen Erfüllung auch ohne Abgabe einer Erklärung seitens des Verkäufers das Recht des Verkäufers gegenüber, ohne Abgabe einer Erklärung die nachträgliche Erfüllung zu verlangen. Oder: Der Pflicht des Verkäufers, eine Erklärung abzugeben, falls er Rücktritt und Schadenersatz vorzieht, steht auf der andern Seite das Recht des säumigen Käufers gegenüber, noch nachträglich zu erfüllen, wenn keine Erklärung erfolgt.

Wir können nun in dem genannten Beispiel die gegenseitigen Rechte und Pflichten nicht anders miteinander kombinieren, als dies in der einen oder andern Rechtsordnung geschehen ist. Entweder kombinieren wir so wie das schweizerische Recht kombiniert hat, oder wir kombinieren so wie das deutsche Recht kombiniert hat. Wir können aber nicht diese einzelnen Rechte und Pflich-

ten, die sich notwendig und logischerweise gegenseitig ergänzen, voneinander trennen und anders zusammensetzen.

Wir könnten also in dem genannten Beispiele nicht z. B. dem säumigen Käufer die Verpflichtung auferlegen, nur bei Abgabe einer entsprechenden Erklärung des Verkäufers nachträglich zu erfüllen, und gleichzeitig dem Verkäufer das Recht erteilen, die nachträgliche Erfüllung durch den Käufer auch zu verlangen ohne Abgabe einer entsprechenden Erklärung.

Eine solche logische Korrespondenz von Rechten und Pflichten finden wir nicht nur bei den „ gegenseitigen“ Verträgen, bei den „synallagmatischen“ Verträgen (*contractus bilaterales aequales*), sondern bei allen Vertragsarten, bei denen jede der beiden Parteien Verpflichtungen hat. Auch dann, wenn die Verpflichtung einer Partei nur eine ganz unbedeutende und zufällige Nebenfolge aus der Hauptvertragsleistung der andern Partei darstellt. So finden wir diese Korrespondenz von Rechten und Pflichten, dieses notwendige logische Gleichgewicht des materiellen Rechts sogar bei der Schenkung:

Wir wollen zum Vergleich wiederum die Ausgestaltung der Schenkung in zwei verschiedenen Rechtsordnungen heranziehen, nämlich im schweizerischen Recht und im französischen Recht. Ein kinderloser Schenker, der später legitime Nachkommen erhält, kann nach französischem Recht die Schenkung widerrufen (*révocation pour cause de survenance d'enfants*; c. c. Art. 953 und 960). Nach schweizerischem Recht kann in diesem Fall eine vollzogene Schenkung nicht mehr widerrufen werden, dagegen im Sinne von Art. 250, Ziff. 3, OR ein noch nicht vollzogenes schriftliches Schenkungsversprechen. Dem Recht des Schenkers auf „révocation pour cause de survenance d'enfants“ nach dem *code civil français* steht auf der andern Seite die korrespondierende Pflicht des Beschenkten zur Rückgabe des Schenkungsobjektes gegenüber. Im schweizerischen Recht fehlt sowohl ein entsprechendes

Recht des Schenkers, wie eine entsprechende Pflicht des Beschenkten bei der Schenkung von Hand zu Hand. Dagegen ist im schweizerischen Recht bei dem noch nicht erfüllten schriftlichen Schenkungsversprechen ein Recht des Schenkers normiert, sein Schenkungsversprechen in dem obgenannten Falle zu widerrufen, und diesem Recht des Schenkers auf Widerruf seines schriftlichen Schenkungsversprechens steht auf der andern Seite die nicht ausdrücklich formulierte Pflicht des Beschenkten gegenüber, diesen Widerruf des Schenkungsversprechens und damit den Hinfall seines subjektiven Rechts auf die Herausgabe des Schenkungsobjektes zu dulden.

Auch hier kann man nicht die Rechte und Pflichten, wie sie in den beiden genannten Rechtsordnungen aufeinander abgestimmt sind, durcheinanderwerfen und willkürlich zusammenfügen: so kann man nicht auf der einen Seite etwa dem Schenker nur ein Widerrufsrecht bezüglich der noch nicht erfüllten Schenkung (schriftliches Schenkungsversprechen) gewähren, und auf der andern Seite dem Beschenkten die Pflicht auferlegen, ein bereits erhaltenes Schenkungsobjekt dem Schenker zurückzuerstatten. Bei einer solchen Zusammensetzung von Rechten und Pflichten würden sich diese untereinander nicht mehr logisch ergänzen; das in jeder materiellen Rechtsordnung in der Ausgestaltung des Rechts der einzelnen Verträge notwendige und logisch unentbehrliche Gleichgewicht zwischen Rechten und Pflichten wäre aufgehoben.

bb) Die Störung des rechtslogischen Gleichgewichts durch die Spaltung.

Schon aus den vorangehenden Ausführungen geht ohne weiteres hervor, wie sehr der einzelne „Vertrag“ des materiellen Rechts ein logisches Ganzes bildet, aus dem man keinen Baustein entfernen kann, ohne das ganze Gebäude zu gefährden. Wir wollen nun aber noch im einzelnen untersuchen, wie sich die Vertrags- spaltung hinsichtlich des rechtslogischen Gleichgewichts auswirkt.

Soviel ich sehe, ist bis heute nur in bezug auf die Gefahrtragung beim Kauf diese Störung des rechtslogischen Gleichgewichts allgemein erkannt worden. Sie wird in der Literatur immer wieder herangezogen zur Illustration der widerspruchsvollen Lösungen, die sich aus der Spaltungstheorie ergeben können. Auch in der Praxis sind die Fälle, da die sogenannte „Gefahrtragung“ zu einem offenen logischen Konflikt führt, die weitaus zahlreichsten. In diesem Punkte weisen nämlich die materiellen Rechtsordnungen der kontinentalen Staaten noch sehr große Verschiedenheiten auf.

Ein naheliegendes Beispiel ergibt sich beim Vergleich des schweizerischen mit dem deutschen Recht. Nach schweizerischem Recht kann in bestimmten Fällen die Gefahr schon beim Kaufabschluß auf den Käufer übergehen (OR 185, 220). Nach deutschem Recht kann in den gleichen Fällen die Gefahr erst bei der Übergabe der Sache, bei der traditio, auf den Käufer übergehen (BGB § 446). Entsprechend geht denn auch der Nutzen der Sache im schweizerischen Recht schon bei Kaufabschluß auf den Käufer über, nach dem deutschen Recht aber ebenfalls erst bei der Übergabe der Sache.

Nehmen wir nun einen praktischen Fall an, bei dem nach dem Abschluß des Kaufvertrages die Sache zuerst einen erheblichen Nutzen einbringt, und nachher durch Zufall zugrunde geht: z. B. Kauf eines Rennpferdes, das nach Abschluß des Kaufvertrages einen Preis erhält, dann aber in der Folge vor Übergabe durch Zufall getötet wird, also untergeht.

Die Spaltungstheorie versucht nun, die einzelnen Rechtspflichten jeder der beiden Parteien auszusondern, sozusagen für jede Partei nach dem auf sie anwendbaren Recht ein besonderes „Pflichtenheft“ aufzustellen. Bei jeder Rechtsfrage, die vom Richter zu lösen ist, wird dann untersucht, ob es sich um eine „Pflicht“ der einen oder der andern Partei handle, und wenn man dies festgestellt

hat, wird in dem „Pflichtenheft“ der betreffenden Partei nachgesehen, wie weit ihre Pflicht geht.

Wenn wir nun (unter Weglassung aller sonstigen Abweichungen und Komplikationen) im Sinne der Spaltungstheorie annehmen:

A. Der Verkäufer unterstehe deutschem Recht, der Käufer schweizerischem Recht, dann ergeben sich folgende Möglichkeiten:

a) Der Verkäufer hat den Nutzen ausbezahlt erhalten:

Er weigert sich, ihn dem Käufer herauszugeben, da er nach seinem Recht (BGB 446) nicht dazu verpflichtet sei. Der Käufer will nun den Nutzen herausverlangen mit der Begründung, er müsse den Preis ja auch bezahlen, d. h. die Gefahr tragen, also gehöre ihm doch auch der Nutzen. Das Gericht wird ihn aber abweisen, da es die „Pflichten des Verkäufers“ ausschließlich nach dessen Recht beurteilt.

b) Der Käufer hat den Nutzen ausbezahlt erhalten:

Nun will ihn der Verkäufer vom Käufer zurückverlangen. Dieser weigert sich mit der Begründung, nach seinem Recht sei er nicht verpflichtet, den Nutzen an den Eigentümer herauszugeben, da er ihm, dem Käufer, gehöre (OR 185). Der Richter wird den Verkäufer abweisen, da ihn nach „seinem Recht“ tatsächlich keine Herausgabepflicht trifft.

c) Der Käufer hat den Preis noch nicht bezahlt:

Der Verkäufer verlangt ihn, und der Richter wird ihn zusprechen, da der Käufer nach „seinem Recht“ (OR 185) die Gefahr trägt, d. h. verpflichtet ist, den Preis bei Untergang der Sache zu bezahlen.

d) Der Käufer hat den Preis bereits bezahlt:

Er verlangt nun den Preis unter dem Titel der ungerechtfertigten Bereicherung zurück mit der Begründung, der Verkäufer sei nach seinem Recht verpflichtet, die

Gefahr zu tragen (BGB 446), er sei also ungerechtfertigt bereichert. Der Richter wird unter Umständen diesen Anspruch schützen, da ja tatsächlich der Verkäufer nach „seinem eigenen Recht“ die Gefahr selbst zu tragen hat.

B. Der Verkäufer unterstehe schweizerischem Recht und der Käufer deutschem Recht.

Dann ergeben sich folgende Möglichkeiten:

- a) Der Verkäufer hat den Nutzen ausbezahlt erhalten:

Der Käufer verlangt ihn heraus. Er wird ihn erhalten, da der Käufer nach dem „auf ihn anwendbaren (schweizerischen) Recht“ verpflichtet ist, den Nutzen dem Käufer herauszugeben.

- b) Der Käufer hat den Nutzen erhalten:

Der Verkäufer verlangt ihn heraus. Er wird ihn erhalten, da der Käufer nach „dem auf ihn anwendbaren (deutschen) Recht“ verpflichtet ist, den Nutzen dem Verkäufer herauszugeben.

- c) Der Käufer hat den Preis noch nicht bezahlt:

Der Verkäufer wird mit einer Klage auf Preiszahlung abgewiesen, da der Käufer nach „dem auf ihn anwendbaren (deutschen) Recht“ den Preis nicht bezahlen muß.

- d) Der Käufer hat den Preis schon bezahlt:

Er verlangt ihn vom Verkäufer heraus. Der Richter wird diese Klage abweisen mit der Begründung, der Verkäufer sei nach „dem auf ihn anwendbaren (schweizerischen) Recht“ nicht verpflichtet, den erhaltenen Preis zurückzugeben.

Also ein unmöglicher circulus vitiosus, der daher röhrt, daß jeweils die „Pflichten“ der einen Partei einseitig nach einer bestimmten Rechtsordnung festgelegt werden, ohne Rücksicht darauf, durch welche weiteren Pflichten und Rechte diese eine, jeweils in Frage stehende Pflicht begrenzt und mitbedingt wird.

Wenn wir uns aber die Mühe nehmen wollten, die einzelnen Pflichten, um die es sich hier handelt (Zahlung

des Preises, Herausgabe des Nutzens), nicht nur aus ihrem Zusammenhang herausgerissen, sondern in ihrer gegenseitigen Abhängigkeit zu betrachten, dann kommen wir überhaupt zu keiner Lösung mehr. Dann würde das Bild etwa wie folgt aussehen:

A. Der Verkäufer untersteht dem deutschen, der Käufer dem schweizerischen Recht.

a) Wem gehört der Nutzen? Jeder der beiden hat nach seiner Rechtsordnung den Nutzen zu beanspruchen. Also: keiner von beiden ist verpflichtet den Nutzen dem andern herauszugeben. Dieser Konflikt ist unlösbar. Es ist ein negativer Pflichtenkonflikt oder, wenn man lieber will, ein positiver Berechtigungskonflikt, da jeder als Korrelat zur Pflicht des andern auf Herausgabe des Nutzens ein entsprechendes Recht für sich buchen kann.

b) Muß der Preis bezahlt werden? Der Verkäufer hat nach seinem deutschen Recht keinen Anspruch auf Preiszahlung, der Käufer aber muß nach seinem schweizerischen Recht den Preis zahlen. Wenn wir beide Rechte gleicherweise anwenden wollten, würde der Preis wie ein Tennisball hin und her wandern: kaum hat ihn der Käufer bezahlt, kann er ihn auch wieder vom Verkäufer zurückverlangen (ungerechtfertigte Bereicherung), und kaum hat er ihn wieder zurückerhalten, muß er ihn nach seinem Recht auch schon wieder zahlen. Auch dieser Konflikt ist logisch unlösbar.

B. Der Verkäufer untersteht dem schweizerischen Recht und der Käufer deutschem Recht.

a) Wem gehört der Nutzen? Jeder der beiden ist nach seiner eigenen Rechtsordnung verpflichtet, den Nutzen dem andern herauszugeben. Also liegt ein positiver Pflichtenkonflikt oder ein negativer Berechtigungskonflikt vor, der wiederum unlösbar ist.

b) Muß der Kaufpreis bezahlt werden? Der Verkäufer hat nach seinem schweizerischen Recht Anspruch auf den Preis, aber der Käufer muß ihn nach dem auf ihn

anwendbaren deutschen Recht nicht bezahlen. Wiederum ist der Konflikt unlösbar. Gerade in diesem letztern Fall ist der Richter in Gefahr, seine Entscheidung von dem Zufall abhängig zu machen, ob der Preis schon tatsächlich bezahlt ist oder nicht: im ersten Fall wird er nämlich feststellen, der Verkäufer sei nach seinem Recht nicht verpflichtet, ihn zurückzugeben oder die Bereicherung herauszugeben, und wenn der Preis noch nicht bezahlt ist, wird er sagen, man könne den Käufer nach seinem Recht nicht verpflichten, den Preis zu zahlen. Eine Lösung ist also auch hier wieder unmöglich.

Die rechtslogische Unmöglichkeit der Durchführung der Spaltung bezüglich der Gefahrtragung ist nun aber (und das wird immer übersehen!) nur ein Beispiel. Grundsätzlich ist das Problem in allen andern Fällen dasselbe:

Der gleiche Konflikt tritt z. B. auf bei Verschiedenheiten in der Pflicht zur Mängelrüge. Nehmen wir an, die Rechtsordnung des Käufers berechtigt diesen, ohne Mängelrüge einen Abzug am Kaufpreis zu machen, wenn heimliche Mängel festgestellt werden, während das auf den Verkäufer anwendbare Recht die Mängelrüge vorschreibt. Entsteht deswegen ein Konflikt, so wird der Verkäufer sagen: Du, Käufer, bist nicht berechtigt, ohne sofortige Rüge einen Abzug am Kaufpreis für Mängel zu machen, denn ich als Verkäufer bin nicht verpflichtet ohne rechtzeitige Mängelrüge für heimliche Mängel zu haften. Demgegenüber wird der Käufer einwenden: Du, Verkäufer, bist nicht berechtigt, von mir den vollen Kaufpreis zu verlangen, denn ich, Käufer, bin nach meiner Rechtsordnung nicht verpflichtet, den vollen Kaufpreis zu bezahlen, wenn Mängel vorhanden sind, und zwar trifft mich keine Mängelrügepflicht.

Also auch hier wieder ein negativer Pflichtenkonflikt und daraus resultierend die Unmöglichkeit einer logischen Übereinstimmung der gegenseitigen Rechte. Das praktische Resultat ist, wenn wir streng im Rahmen der Spaltungs-

theorie bleiben, d. h. wenn wir die Verpflichtungen der beiden Parteien streng nach der jeweils anzuwendenden Rechtsordnung beurteilen, ein rein zufälliges: Wenn der Käufer zufällig den Kaufpreis Zug um Zug oder sogar schon voraus bezahlt hat, wird er einen Gegenwert für die Mängel vom Verkäufer nicht mehr erhältlich machen können, trotzdem er dadurch eigentlich mehr leistet, als er nach der auf ihn anwendbaren Rechtsordnung zu leisten verpflichtet ist; während andererseits in dem Fall, da der Käufer den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat, der Verkäufer seinerseits vergeblich versuchen wird, den vollen Kaufpreis ohne Abzug vom Käufer erhältlich zu machen, trotzdem er, der Verkäufer, damit seine Verpflichtungen gemäß dem auf ihn und für seine Verpflichtungen anwendbaren Recht ebenfalls überschreitet, da er seinerseits ja nicht verpflichtet wäre, für heimliche Mängel ohne rechtzeitige Rüge zu haften.

Ebenso können wir aus dem bereits oben angeführten Beispiel (Vermutung der Vertragsauflösung im kaufmännischen Kaufvertrag; Widerruf der Schenkung; vgl. S. 286a ff.) sofort negative und positive Pflichten- und Rechtenkonflikte herausarbeiten, die rechtslogisch ebenso unlösbar sind wie der Fall der Gefahrtragung: Wenn z. B. im kaufmännischen Kauf der unter deutschem Recht stehende Verkäufer bei Verzug des Käufers keine Erklärung abgibt und dann nachträglich Schadenersatz verlangt, wird sich der unter schweizerischem Recht stehende Käufer mit Erfolg dagegen wehren. Eine entsprechende Klage wird im Sinne der Spaltungstheorie abgewiesen. Damit aber wird indirekt der Verkäufer zu mehr verpflichtet, als er nach seinem Recht zu leisten hat: er wird nämlich dadurch gezwungen, die nachträgliche Erfüllung des Käufers zu akzeptieren, obschon er nach seinem Recht dazu nicht verpflichtet ist. Umgekehrt, wenn der Käufer versucht, vom Verkäufer Erfüllung zu erhalten, wird eine entsprechende Klage ebenfalls abgewiesen werden müssen, da der Verkäufer nach seinem deutschen Recht

infolge Rücktrittsvermutung nicht zur Erfüllung verpflichtet ist. Dadurch aber wird wiederum der Käufer indirekt zu mehr verpflichtet, als ihm sein eigenes Recht zumutet, nämlich zur Duldung der Vertragsauflösung usw.

Überall stoßen wir auf den gleichen *circulus vitiosus*, sobald wir versuchen, die Pflichten beider Parteien vollständig und konsequent zwei verschiedenen Rechtsordnungen zu unterstellen.

Es handelt sich also bei der Zerstörung des rechtslogischen Gleichgewichts durch die Vertragsspaltung nicht um ein Problem, das in einzelnen Fällen, wie bei der Gefahrtragung, besonders heikle Konflikte hervorbringt, sondern es handelt sich um ein allgemeingültiges Phänomen, das immer vorhanden ist, in jedem einzelnen Fall.

Dies ist bisher auch von denjenigen Autoren nicht erkannt worden, die im übrigen (wie z. B. Frankenstein) die ganze Problematik bezüglich einzelner Erscheinungen, wie gerade der Gefahrtragung, klar erkannt haben.

Wir können daher abschließend ganz allgemein sagen, daß die Vertragsspaltung das notwendige rechtslogische Gleichgewicht des materiellen Rechts zerstört.

3. Die Lösung des Spaltungsproblems.

a) Zusammenfassung der bisherigen Untersuchung:

Nach den bisherigen Ergebnissen unserer kritischen Betrachtungen erscheint die Ablehnung der Spaltungstheorie als selbstverständlich. Sie widerspricht der Logik der Anknüpfung (insbesondere der Willenshypothese) ebensosehr wie der Logik des materiellen Rechts.

Aber darüber hinaus können wir feststellen, daß die Spaltung im Bereich des materiellen Rechts nicht nur unerwünscht, sondern überhaupt undurchführbar ist.

Die Feststellung der Tatsache, daß auch in der BG-Praxis die Spaltung im Bereich der materiellen Rechtsanwendung schließlich immer bei der Anwendung einer einzigen Rechtsordnung auf das ganze Vertragsverhältnis endet, begründet daher keinen Vorwurf, sondern ist lediglich die zwingende Konsequenz aus der von uns ausführlich dargelegten rechtslogischen Unmöglichkeit einer Aufspaltung.

Was wir als „Spaltung“ bezeichnen, kommt mit zwingender Notwendigkeit immer auf die alternative Anwendung eines Rechtssystems auf den ganzen Vertrag hinaus: es wird bald das eine, bald das andere Recht zur Anwendung gebracht, je nachdem zufällig die Erfüllung der einen oder der andern Partei in Frage steht (vgl. oben S. 264a).

Mit dieser Feststellung haben wir wenigstens einen Anhaltspunkt für die Lösung des Problems erhalten: auf die sämtlichen Wirkungen des Vertrages muß eine einzige nationale Rechtsordnung zur Anwendung gelangen.

Die Schwierigkeit liegt darin, dieses allein zuständige nationale Recht festzustellen.

b) Die Lösungen des Spaltungsproblems in der Doktrin.

Soweit die internationale Doktrin die Spaltung ablehnt und eine einheitliche Rechtsanwendung postuliert, hat ihr diese Feststellung des allein anwendbaren Rechts ebenfalls Schwierigkeiten bereitet.

Drei grundsätzlich verschiedene Wege werden eingeschlagen, um diese Schwierigkeiten zu überwinden:

Der erste Weg besteht in der Ausschaltung derjenigen Anknüpfungsbegriffe, die zur Spaltung führen können, also vor allem des Domizils und des Erfüllungsortes (vgl. z. B. Foelix: *lex loci contractus* für synallagmatische Verträge, Bd. I, S. 159 und 227; — Weiß: Ersetzung der *lex loci sol.* durch die *lex loci contractus*,

Bd. IV, 1912, S. 363/4; — Schnitzer, IPR, S. 283/4, IHR S. 241 ff. und 277 ff.; SJZ Jhg. 35, S. 325 und 327, u. a. m.).

Der zweite Weg besteht in der Schaffung einer Priorität zugunsten der einen oder andern Partei, bzw. zugunsten der einen oder andern Parteiverpflichtung (vgl. Postulat der Unterstellung des ganzen Vertrages unter das für die „obligation principale“ oder für die „typische Vertragsverpflichtung“ als zuständig gefundene Recht: Nolde, Rapport, im Annuaire de l’Institut de dr. int., 1925, S. 124; und ebenso Harburger für die „spezifische“ Obligation; Homberger, op. cit. S. 16 f., S. 49/50; u. a. m.).

Der dritte Weg endlich, der von Neuner postuliert wird, besteht darin, im Sinne einer kollisionsrechtlich autonomen Auslegung der zur Spaltung führenden Anknüpfungsbegriffe (vor allem des Erfüllungsortes) zu einer einheitlichen Lokalisierung des Vertrages zu gelangen. Der Begriff des „Erfüllungsortes“ wird m. a. W. unabhängig vom materiellen Recht autonom für die besonderen Zwecke des Kollisionsrechts interpretiert, und zwar in der Weise, daß für jeden Vertrag nur noch ein einziger einheitlicher Erfüllungsort angenommen wird (vgl. Neuner, op. cit., S. 130—133).

Damit sind aber auch alle Lösungsmöglichkeiten erschöpft. Andere Wege zur Vermeidung der Spaltung und zur Erreichung einer einheitlichen materiellen Rechtsanwendung sind undenkbar: entweder lassen wir den Anknüpfungsbegriff, der zur Spaltung führt, fallen, oder wir interpretieren ihn so, daß er für den ganzen Vertrag eine einheitliche Lösung ergibt, oder wir wählen endlich zwischen den beiden möglichen Rechtsanwendungen.

Welcher Weg für das schweizerische Kollisionsrecht gangbar ist, wird nur unter Berücksichtigung der vom Bundesgericht für das internationale Obligationenrecht allgemeingültig entwickelten Kollisionsregeln entschieden werden können.

c) Die Lösung im Sinne der allgemeingültigen schweizerischen Kollisionsregeln auf dem Gebiete des internationalen OR.

Ein Fallenlassen des Begriffs des Erfüllungs-orts scheint uns unmöglich. Zwar hat das BG in einer allmählichen Entwicklung seiner Praxis den Erfüllungsort in neuerer Zeit etwas in den Hintergrund gedrängt. Er wird heute nur noch als ein Spezialfall der „engsten räumlichen Beziehung“ verwendet, die in allen Fällen eines fehlenden ausdrücklichen oder stillschweigenden Parteiwillens als Ausdruck des sogenannten hypothetischen Parteiwillens erscheint (vgl. für die ständige Verwendung des Begriffs der engsten räumlichen Beziehung in der neuern Praxis: 63 II 385; 63 II 307; 63 II 44; 61 II 182; 60 II 300).

Aber der Erfüllungsort ist doch noch für verschiedene Vertragstypen, wie etwa den Kaufvertrag, bei fehlender Rechtskür die Regel, und er hat sich in einer jahrzehntelangen Tradition derart eingebürgert, daß seine Ausschaltung undenkbar ist.

Es bleibt also nur noch die Möglichkeit, entweder zwischen beiden Erfüllungsorten zu wählen, oder den Begriff des Erfüllungsortes von der *lex fori* loszulösen, ihn nicht mehr nach 74 OR zu interpretieren, sondern autonom zu qualifizieren.

Für beide Lösungen können wir gewichtige Gründe geltend machen:

aa) Für die Wahl des einen von beiden Erfüllungsorten spricht die konstante Praxis des BG, den Erfüllungsort nach der *lex fori* zu qualifizieren (vgl. BGE 63 II 44). Diese Qualifikation führt nämlich grundsätzlich immer zu zwei verschiedenen Erfüllungsorten (die nur in einzelnen Fällen zufällig zusammenfallen können). Solange also vom BG an der Qualifikation nach der *lex fori* festgehalten wird, bleibt für die Vermeidung der Spaltung nur die Wahl zwischen dem einen oder dem andern Erfüllungsort.

Diese Wahl wird sich im Sinne des beherrschenden Prinzips von der „engsten räumlichen Beziehung“ von Fall zu Fall lösen lassen, indem jeweils untersucht wird, ob der gesamte Vertrag im konkreten Fall mit dem Erfüllungsort der einen oder der andern Parteiverpflichtung engere räumliche Beziehungen aufweist. Die Wahl kann aber auch generell getroffen werden, im Sinne einer allgemeinen Priorität der typischen Vertragsverpflichtung (z. B. Lieferung der Ware beim Kaufvertrag).

Im Hinblick auf den Grundsatz der engsten räumlichen Beziehung, der in einzelnen Fällen sogar ein Abweichen vom Erfüllungsort gestattet (vgl. BGE 63 II 44), und im Hinblick auf die Schwierigkeiten der Festsetzung der typischen Vertragsleistung (z. B. beim Tausch), glauben wir, daß eine Entscheidung für den einen oder andern Erfüllungsort je nach den Umständen des konkreten Falles eher im Sinne der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis liegt.

bb) Für die Interpretation des Erfüllungsortes im Sinne der Annahme eines einzigen Erfüllungsortes für den ganzen Vertrag spricht vor allem die Herleitung der Anknüpfung an den Erfüllungsort aus dem hypothetischen Parteiwillen: die Parteien würden bei Vertragsabschluß, wenn sie an die Regelung dieser Frage überhaupt dächten, kaum denjenigen Ort wählen, der sich nach Art. 74 OR für die eine oder die andere Vertragsverpflichtung als Erfüllungsort ergibt. Sie würden wohl höchstens eine gewisse gesamthafte Vorstellung der Vertragserfüllung haben, die nur einheitlich für den ganzen Vertrag lokalisiert werden könnte. Wenn das Gericht daher, von der möglichen Vorstellung der Parteien bei Vertragsabschluß ausgehend, im Sinne Neuners einen einheitlichen Erfüllungsort für den ganzen Vertrag unabhängig von der *lex fori*, unabhängig auch von einzelnen vertraglichen Erfüllungsbestimmungen, aufstellen würde, käme es u. E. dem hypothetischen Parteiwillen näher.

Dies würde allerdings ein endgültiges Fallenlassen der *lex fori*-Theorie bedeuten. Aber die Möglichkeit

einer kollisionsrechtlich autonomen Qualifikation ist vom Bundesgericht ebenfalls schon in seinem Entscheide BGE 65 II 71 angedeutet worden. Zudem haben sich in letzter Zeit verschiedene Autoren für die autonome Qualifikation aller kollisionsrechtlichen Begriffe ausgesprochen (vgl. die Zusammenstellung in unserer Arbeit über die Frage der Qualifikation, Zürich 1940, S. 80 ff.; — in der Schweiz wird der kollisionsrechtliche Autonomismus vertreten von von Steiger, Die Rechtsfrage im IPR, S. 38—45 und 51 ff.).

cc) In der Praxis wird allerdings die Wahl zwischen den beiden durch die *lex fori* bestimmten Erfüllungsorten oder die Aufstellung eines einzigen, unabhängig von der *lex fori* autonom qualifizierten Erfüllungsortes für den ganzen Vertrag meist ungefähr auf dasselbe herauskommen.

Wir können daher m. E. diese Frage offen lassen, und uns damit begnügen, die Anknüpfung des gesamten Vertrages an das Recht eines einzigen Erfüllungsortes zu postulieren.

Die Lösung des Spaltungsproblems im Sinne des schweizerischen Kollisionsrechtes liegt somit darin, daß vom Bundesgericht die Anknüpfung der Vertragswirkungen bezüglich der Verpflichtungen jeder der beiden Parteien an das Recht des Erfüllungsortes der einseitigen Parteiverpflichtung fallen gelassen wird, und der gesamte Vertrag dem Recht desjenigen Erfüllungsortes unterstellt wird, mit dem der Vertrag auch sonst die engsten räumlichen Beziehungen aufweist.

Mit dieser Lösung würde das Bundesgericht in seinem bewundernswerten Aufbau des vertraglichen Kollisionsrechts einen morschen Querbalken durch einen gesunden ersetzen, ohne das ganze Gebäude in seinen Fundamenten zu gefährden. Wir hoffen daher, daß es die langjährige Tradition der Spaltungstheorie in seiner zukünftigen Praxis fallen lassen wird.

