

S. 295 / Nr. 51 Obligationenrecht (d)

BGE 79 II 295

51. Urteil der I. Zivilabteilung vom 31. August 1953 i. S. Künzle gegen Bayrische Hypotheken- und Wechselbank.

Regeste:

Internationales Privatrecht, Kauf; Prozesskosten.

Befugnis der Parteien, im Gebiet des internationalen Schuldrechts das anwendbare Recht zu bestimmen. Diese Rechtswahl kann auch noch erst im Prozess getroffen werden (Änderung der Rechtsprechung) (Erw. 1).

Kauf, Sukzessivlieferungsgeschäft. Einfluss von Lieferungsverzögerungen des Verkäufers und von Zahlungsrückständen des Käufers für erfolgte Teillieferungen (Erw. 2).

Sicherstellung der Parteientschädigung (Art. 150 Abs. 2 OG), kann nicht verlangt werden für bereits erwachsene Kosten (Erw. 3).

Droit international privé, vente; frais de procès.

Pouvoir des parties de déterminer le droit applicable dans le domaine du droit international des obligations. Les parties peuvent déterminer ce droit pendant le procès encore (changement de jurisprudence) - (consid. 1).

Vente par livraisons successives. Influence que les retards dans les livraisons du vendeur et les paiements de l'acheteur peuvent avoir sur les livraisons partielles déjà faites (consid. 2).

La fourniture de sûretés en garantie des dépens (art. 150 al. 2 OJ) ne peut pas être demandée pour des frais déjà faits (consid. 3).

Diritto internazionale privato, vendita; spese processuali.

Potere delle parti di determinare il diritto applicabile nel campo del diritto internazionale delle obbligazioni. La scelta di questo diritto può essere fatta anche soltanto nel corso della cassa (cambiamento della giurisprudenza) (consid. 1).

Vendita con forniture successive. Influsso che i ritardi delle forniture del venditore e i pagamenti del compratore possono avere sulle forniture parziali già eseguite (consid. 2).

La prestazione di garanzie per le spese ripetibili (art. 150 cp. 2 OG) non può essere chiesta per spese già fatte (consid. 3).

A. - Gemäss 3 Kaufverträgen vom 26. Juli 1951 verkaufte Benedikt Schneider in Lindau dem in Kreuzlingen

Seite: 296

wohnhaften Anton Künzle 150 t. Luzernerheu, 50 t. deutsches Naturwiesenheu und 10 Waggons Weizenstroh. Die vorgesehenen Teillieferungen langten mit Verzögerungen ein, weshalb Künzle wiederholt auf Beschleunigung der Lieferungen drängte. Da er seinerseits mit der Bezahlung der erfolgten Lieferungen im Rückstand war, teilte ihm Schneider mit Schreiben vom 9. November 1951 mit, er werde weitere Lieferungen nur vornehmen, nachdem Künzle die bereits erfolgten Teillieferungen bezahlt habe. Daraufhin setzte Künzle ihn in Verzug und erklärte, er werde nur noch den Gegenwert für laufende Lieferungen überweisen, die restliche Forderung dagegen mit seinen Ansprüchen aus Verzugsfolgen verrechnen. Angesichts dieser Stellungnahme lehnte Schneider mit Schreiben vom 17. November 1951 weitere Lieferungen ab und verlangte Bezahlung der erfolgten Teillieferungen. Künzle erwiderte am 23. November unter Zustellung einer Abrechnung, dass er das Guthaben Schneiders mit seinen Schadenersatzansprüchen aus Deckungskäufen verrechne.

B. - In der Folge belangte die Bayrische Hypotheken und Wechselbank als Zessionarin Schneiders den Künzle auf Bezahlung einer Kaufpreisrestforderung von Fr. 10000, die sie im Laufe des Verfahrens auf Fr. 6602.70 herabsetzte, nebst Zins. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage mit der Begründung, er schulde nichts, da ihm gegenüber der an sich unbestrittenen Kaufpreisforderung von Fr. 6602.70 Gegenforderungen in höherem Betrag aus Schadenersatzansprüchen wegen Vertragsverletzung durch den Verkäufer zustünden.

C. - Das Obergericht des Kantons Thurgau schützte mit Urteil vom 19. Februar 1953 die Klage im Betrage von Fr. 6602.70 nebst 5% Zins seit 7. Dezember 1951.

Mit der vorliegenden Berufung hält der Beklagte am Antrag auf Klageabweisung fest.

Die Berufungsbeklagte beantragt Nichteintreten auf die Berufung, eventuell Abweisung derselben.

Nach Einreichung der schriftlichen Berufungsantwort

Seite: 297

hat die Berufungsbeklagte sodann unter Hinweis auf die dem Berufungskläger gemäss Publikation im

Handelsamtsblatt bewilligte Nachlassstundung das Begehren gestellt, der Berufungskläger sei zur Kostenversicherung nach Massgabe von Art. 150 Abs. 2 OG anzuhalten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Da sich der Prozess um ein Geschäft des internationalen Handelsverkehrs dreht, ist vorerst von Amtes wegen die Frage des anwendbaren Rechts abzuklären denn gemäss Art. 43 OG ist das Bundesgericht zur materiellen Entscheidung des Streitfalles nur zuständig, wenn dieser vom schweizerischen Rechte beherrscht ist. Untersteht er dem ausländischen Recht, so ist eine materielle Überprüfung durch das Bundesgericht ausgeschlossen, und zwar gilt dies auch, soweit der kantonale Richter an Stelle des ihm nicht bekannten ausländischen Rechts das schweizerische als Ersatzrecht zur Anwendung gebracht hat. Dagegen würde es eine mit der Berufung anfechtbare Verletzung des schweizerischen Rechts bedeuten, wenn der kantonale Richter dieses nicht als blosses Ersatzrecht, sondern unmittelbar angewendet hat, während nach den Kollisionsnormen des schweizerischen internationalen Privatrechts ausländisches Recht massgebend gewesen wäre (BGE 77 II 274 und dort erwähnte Entscheide).

b) Das Bundesgericht hat im Gebiete des internationalen Schuldrechts von jeher jedenfalls hinsichtlich der Vertragswirkungen das von den Parteien beim Abschluss des Vertrages ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarte Recht als massgebend betrachtet. In seiner neuesten Rechtsprechung hat es diesem Recht auch die das Zustandekommen des Vertrages betreffenden Fragen unterstellt, die früher nach dem Recht des Abschlussortes beurteilt wurden (BGE 75 II 83 ff. und dort erwähnte Entscheide). Beim Fehlen einer Parteivereinbarung ist das Recht desjenigen Landes anwendbar, mit dem das Rechtsverhältnis den engsten räumlichen Zusammenhang aufweist; dieser

Seite: 298

besteht in der Regel mit dem Recht des Landes derjenigen Partei, welche die charakteristische Leistung des in Frage stehenden Vertragsverhältnisses zu erbringen hat (BGE 78 II 77 f. und dort erwähnte Entscheide).

c) Im vorliegenden Falle haben die Parteien beim Abschluss des Vertrages sich nicht darüber ausgesprochen, welchem Recht ihr Vertragsverhältnis unterstehen solle. Erst im Prozess hat die Klägerin sich unter Hinweis auf die Möglichkeit, dass allenfalls auch deutsches Recht anwendbar sein könnte, auf schweizerisches Recht berufen. Der Beklagte hat dazu bemerkt, er habe gegen die Anwendung schweizerischen Rechts nichts einzuwenden, womit diese Frage entschieden sein dürfte. Die kantonalen Gerichte haben zur Frage des anwendbaren Rechts überhaupt nicht Stellung genommen, sondern ihrem Entscheid kurzerhand das schweizerische Recht zu Grunde gelegt.

Nach der gegenwärtigen Rechtsprechung des Bundes -gerichts würde indessen eine solche erst im Prozess erfolgte Berufung auf schweizerisches Recht für sich allein noch keine gültige Rechtswahl bedeuten. Eine solche läge vielmehr nur vor, wenn schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses eine ausdrückliche Rechtskürung erfolgte oder doch zum mindesten schon damals schlüssige Anhaltspunkte da für bestanden, dass die Parteien den übereinstimmenden Willen hatten, ihre Rechtsbeziehungen dem nach der im Prozess angerufenen Recht zu unterstellen (BGE 62 II 125, 63 II 44, 75 II 64, 78 II 79). Ausgangspunkt dieser Einstellung bildete, wie aus dem grundlegenden Entscheid BGE 62 II 126 hervorgeht, die Überzeugung, dass das anwendbare Recht unwandelbar sein müsse; ein Rechtsverhältnis bestehe - so wird im erwähnten Entscheid ausgeführt kraft des Rechtes, auf Grund dessen es zustande gekommen sei, oder es bestehe überhaupt nicht; seine Existenzgrundlage könne nicht nachträglich durch eine andere ersetzt werden. Eine Wandelbarkeit des anwendbaren Rechtes käme höchstens dort in Betracht, wo sie die Parteien von Anfang an vorgesehen hätten.

Seite: 299

Nach dieser Rechtsprechung wäre somit im vorliegenden Falle wegen Fehlens einer gültigen Rechtswahl der Parteien gemäss den eingangs dargelegten Grundsätzen auf das deutsche Recht abzustellen, da der engste räumliche Zusammenhang auf dieses hinweist.

d) Am Grundsatz der Unwandelbarkeit des anwendbaren Rechts, von dem die bisherige Rechtsprechung ausgegangen ist, kann jedoch nach erneuter Prüfung nicht festgehalten werden (vgl. auch STAUFFER, «Bundesgericht und Parteiautonomie auf dem Gebiete des internationalen Schuldrechts», in der Festgabe für Lewald, s. 393 ff.).

Wie schon dargelegt, sind nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts die Vertragsparteien beim Vorliegen eines internationalen Tatbestandes befugt, das für ihre Rechtsbeziehungen massgebende Recht selber zu bestimmen. Diese Anerkennung der Parteiautonomie stellt nach dem schweizerischen Recht, das als *lex lori* für die Qualifikation der Anknüpfungsbegriffe massgebend ist, eine eigentliche selbständige Kollisionsnorm dar, die sich von der materiellrechtlichen Parteiautonomie (Vertragsfreiheit) des internen Rechts begrifflich

unterscheidet. Die Vertragsfreiheit räumt den Parteien die Befugnis ein, ihre Rechtsbeziehungen im Rahmen der Rechtsordnung, der sie primär unterstehen, inhaltlich frei zu gestalten. Die kollisionsrechtliche Parteiautonomie dagegen erkennt dem Parteiwillen - vorbehaltlich der öffentlichen Ordnung - die Kraft einer originären Rechtsquelle zu, indem er primär die Rechtsordnung zu bestimmen vermag, der das in Frage stehende zwischenstaatliche Rechtsverhältnis in seiner Gesamtheit unterstellt sein soll. Dass dem Parteiwillen nach dem schweizerischen Kollisionsrecht diese von der Rechtsprechung des Bundesgerichts seit jeher anerkannte Tragweite in der Tat zukommt, findet sich durch das positive Recht bestätigt in Art. 3 Abs. 1 lit. d des BG über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden, vom 13. Juni 1941. Dort wird den Parteien empfohlen, im Anstellungsvertrag das anwendbare Recht und den

Seite: 300

Gerichtsstand zu bestimmen, wenn sich der Wohnsitz der einen Partei im Ausland befindet. Diese Regelung wäre ohne das Bestehen einer kollisionsrechtlichen Parteiautonomie aber nicht denkbar.

In der Literatur ist lange von der grossen Mehrheit der Autoren bestritten worden, dass dem Parteiwillen solche kollisionsrechtliche Funktion beigemessen werden könne. Es wurde insbesondere als eine logische Unmöglichkeit hingestellt, dem Vertrag, um dessen Gültigkeit es gehe, die für die Entscheidung eben dieser Frage massgebende Rechtsordnung zu entnehmen (vgl. hierüber etwa BOERLIN, Die örtliche Rechtsanwendung bei Kaufverträgen, in ZSR nF:33 S. 214 f. SCHNITZER, Die Parteiautonomie im internen und internationalen Privatrecht, in SJZ 35 S. 305 ff.; ferner die Verweisungen bei WIDMER, Die Bestimmung des massgebenden Rechts im internationalen Vertragsrecht, S. 62 ff., sowie bei MOSER, Vertragsabschluss Vertragsgültigkeit und Parteiwille im internationalen Obligationen recht, S. 146 f.), insbes. S. 164 f.). In neuerer Zeit setzt sich indessen die Anerkennung der kollisionsrechtlichen Natur der Parteiverweisung in zunehmendem Masse durch. Dieser Wandlung liegt zur Hauptsache die Erkenntnis zu Grunde, dass die Rechtswahl auf einem eigentlichen, zum materiellen Hauptvertrag hinzutretenden Verweisungsvertrag beruht, der mit jenem zu einem einheitlichen Ganzen verbunden oder von ihm getrennt abgeschlossen werden kann. Damit ist dem oben erwähnten, von den Gegnern der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie erhobenen Vorwurf des Zirkelschlusses der Boden entzogen. Denn die für die Beurteilung des Hauptvertrages massgebende Rechtsordnung wird nicht diesem selbst, sondern dem davon zu unterscheidenden Verweisungsvertrag entnommen, der seinerseits auf einer von der lex fori dargebotenen Kollisionsnorm beruht (vgl. hiezu RAAPE, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. S. 280 ff. HAUDEK, Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht, S. 4 ff. 88 ff. WIDMER, a.a.O. S. 62 ff., 123 MOSER, a.a.O. S. 227, 233).

Seite: 301

Erfolgt die Rechtswahl somit durch einen besonderen Verweisungsvertrag so ist nicht einzusehen, weshalb sie nicht auch nachträglich, insbesondere erst im Prozess, zulässig sein sollte. Für den Verweisungsvertrag muss, entsprechend seiner Vertragsnatur, der Grundsatz der Vertragsfreiheit gelten. Dann sind die Parteien aber auch befugt, seinen Inhalt nachträglich zu ändern, indem sie an Stelle einer ursprünglich gewählten Rechtsordnung eine andere, nach dem Sachverhalt ebenfalls in Betracht kommende treten lassen, und zwar mit Rückwirkung, soweit das materielle Vertragsverhältnis nicht bereits abgewickelt ist. Eine derartige Ersetzung der rechtlichen Grundlage bedeutet keine begriffliche Unmöglichkeit wird sie doch im intertemporalen Recht, wenn auch als Ausnahme, vom Gesetz selber vorgesehen (ZGB SchIT Art. 2, 3). Ferner ist darauf hinzuweisen, dass in der Praxis des internationalen Privatrechts die Wandelbarkeit sich, ohne Unzukömmlichkeiten und ohne auf Kritik zu stossen, tatsächlich schon längst insofern durchgesetzt hat als die kantonalen Gerichte sehr häufig auf Grund entsprechender Ermächtigung ihrer Prozessordnungen das schweizerische Recht als Ersatzrecht für das an sich anwendbare, ihnen aber nicht bekannte ausländische Recht zur Anwendung bringen.

Ist aber der Übergang von einem gekürten Recht zum andern den Parteien erlaubt, so muss es ihnen auch freistehen, die Rechtsordnung, die beim Fehlen einer Rechtswahl Platz greifen würde, auf dem Wege nachträglicher Vereinbarung durch eine andere zu ersetzen (so jedenfalls dem Grundsatz nach auch NUSSBAUM, Deutsches internationales Privatrecht, S. 250). Hiefür spricht auch die Erfahrungstatsache, dass die Parteien beim Abschluss des Vertrages an die Frage des anwendbaren Rechts meistens gar nicht denken. Diese Frage stellt sich vielmehr erst nachträglich, wenn bei der Abwicklung des Geschäftes Schwierigkeiten auftreten. Einigen sich die Parteien nun in diesem Zeitpunkt in einem internationalprivatrechtlichen Fall über die anwendbare Rechtsordnung, so ist kein

Seite: 302

zwingender Grund ersichtlich, der diesem Vorgehen entgegenstehen würde.

e) Im vorliegenden Falle steht der Abschluss eines solchen nachträglichen Verweisungsvertrages

ausser Zweifel, da die Parteien sich bei der übereinstimmenden Berufung auf schweizerisches Recht darüber Rechenschaft gaben, dass allenfalls auch die Anwendbarkeit deutschen Rechtes in Erwägung gezogen werden könnte. Wie jeder Vertrag kann aber auch der Verweisungsvertrag stillschweigend, durch konkludentes Verhalten, abgeschlossen werden. Eine solche schlüssige übereinstimmende Willensbekundung darf auch darin erblickt werden, dass beide Parteien sich im Prozess ohne weiteres auf ein bestimmtes Recht berufen (so auch NUSSBAUM, a.a.O. S. 250). Als Ausdruck des gegenwärtigen, auf eine Vornahme der Rechtswahl im Zeitpunkt des Prozesses gerichteten Willens kommt solcher Berufung auf eine bestimmte Rechtsordnung weit grösseres Gewicht zu als dort, wo es sich lediglich darum handelt, sie im Sinne der früheren Rechtsprechung als Indiz für einen schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandenen Willen auszuwerten.

f) Für die Zulassung einer Rechtswahl erst im Prozess sprechen schliesslich auch noch gewichtige praktische Gründe. Auf diese Weise wird nämlich eine weitgehende Anwendbarkeit der *lex fori*, d.h. der dem Richter am besten vertrauten einheimischen Rechtsordnung erreicht und die Notwendigkeit der Anwendung fremden Rechtes, der immer etwas Problematisches anhaftet, auf ein Mindestmass eingeschränkt, indem diese nur dort Platz zu greifen hat, wo nach der gesamten Sachlage die Massgeblichkeit des einheimischen Rechts unzweifelhaft ausgeschlossen werden muss.

Im weiteren ist daran zu erinnern, dass gemäss ständiger Rechtsprechung die Berufung hinsichtlich des als blosses Ersatzrecht herangezogenen schweizerischen Rechtes nicht zulässig ist. Auf diese Weise kann sich daher eine vom Bundesgericht im Berufungsverfahren nicht überprüfbare Auslegung schweizerischen Rechtes herausbilden. Dieser

Seite: 303

Unzukömmlichkeit wird weitgehend vorgebeugt, wenn man den Parteien die Möglichkeit bietet, durch übereinstimmende Anrufung des schweizerischen Rechtes dessen unmittelbare Anwendung und damit die Berufungsfähigkeit der Streitsache herbeizuführen.

Liegt nach den vorstehenden Ausführungen mithin eine gültige Parteiverweisung auf das schweizerische Recht vor, so ist auf die materielle Behandlung der Sache einzutreten.

2.- Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz war im Sommer 1951 wegen der damals in Süddeutschland herrschenden Maul- und Klauenseuche die Einfuhr von landwirtschaftlichen Produkten aus Deutschland nach der Schweiz mit Schwierigkeiten verbunden es musste insbesondere damit gerechnet werden, dass bei weiterer Ausbreitung der Seuche die Einfuhrmöglichkeit zurückgehen werde. Das war dem Berufungskläger bekannt, da er, wie die Vorinstanz weiter feststellt, aus dem gleichen Grunde schon bei vorhergehenden Geschäften von Schneider nur mit Verzögerungen hatte beliefert werden können. Von diesen Feststellungen ausgehend hat die Vorinstanz sodann gefolgert, wenn Künzle gleichwohl wieder neue Kaufverträge mit Schneider abgeschlossen habe, so zeige dies, dass er die Möglichkeit von Lieferungsrückständen habe in Kauf nehmen wollen. Unter diesen Umständen müsse darum eine stillschweigende Vereinbarung der Parteien im Sinne einer Lieferung nach den vorhandenen Möglichkeiten angenommen werden, mit der Massgabe, dass der Verkäufer im Sinne einer privaten Kontingentierung die ihm zur Verfügung stehende Ware auf alle seine Schweizer Abnehmer habe verteilen dürfen, wie er es in Wirklichkeit getan habe.

Diese von der Vorinstanz auf Grund von Indizien, also auf dem Wege der Beweiswürdigung vorgenommene Ermittlung der Willensmeinung beider Parteien ist aber nach der Rechtsprechung (BGE 69 II 319 ff.) für das Bundesgericht wiederum verbindlich; insbesondere ist die von der Berufung dagegen erhobene Rüge der Willkür im Berufungsverfahren unzulässig.

Seite: 304

Ist aber von der erwähnten Willensmeinung der Parteien auszugehen, so erweist sich die Auffassung des Berufungsklägers, es seien ihm aus der Lieferungsverzögerung Schadenersatzansprüche gegenüber dem Verkäufer erwachsen und er dürfe gestützt auf sie ohne Bezahlung der früheren Teillieferungen weitere solche verlangen, als offensichtlich unbegründet. Entgegen der Ansicht des Berufungsklägers kann auch nicht angenommen werden, eine Berechtigung der letzteren Art stehe ihm auf Grund einer stillschweigenden Vereinbarung mit dem Verkäufer zu. Richtig ist allerdings, dass dieser wie schon bei früheren Geschäften Zahlungsverzögerungen geduldet hat. Derartige Duldung ist jedoch nicht einer vertraglichen Abmachung gleichzusetzen. Eine solche ist aber zwischen den Parteien nicht getroffen worden, wie die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich feststellt durch den Hinweis darauf, dass der Berufungskläger auch nicht einmal ernsthaft behauptet habe, mit der Bezahlung von Teillieferungen durchschnittlich 4 Monate zuwarten zu dürfen.

Unstichhaltig ist auch der Einwand des Berufungsklägers, dem Verkäufer habe, da er vorleistungspflichtig gewesen sei, die Berechtigung gefehlt, dem mit den Zahlungen in Rückstand gekommenen Käufer weitere Lieferungen nur noch Zug um Zug zu machen. Denn das hat der Verkäufer im Unterschied von dem in der Berufung erwähnten Entscheid BGE 52 II 139 gar nicht

gefordert, sondern er machte nur die weitere Belieferung von der Leistung der rückständigen Zahlungen abhängig, wozu er nach Art. 82 OR befugt war. Die Berufung erweist sich somit als unbegründet.

3.- Zu dem von der Berufungsbeklagten gestellten Kostenversicherungsbegehren ist zu bemerken, dass zwar Zahlungsunfähigkeit im Sinne des Art. 150 Abs. 2 OG an sich gegeben ist, wenn eine Prozesspartei ein Gesuch um Nachlaßstundung stellt, da sie damit ihre Insolvenz eingesteht (vgl. über die entsprechende Rechtslage im Anwendungsgebiet von Art. 59 BV Kommentar BURCKHARDT,

Seite: 305

2. Aufl. S. 561). Da der vom Berufungskläger nachgesuchte Nachlassvertrag zur Stunde noch nicht bestätigt ist, der Gesuchsteller also nicht wieder aufrechtstehend geworden ist (vgl. BURCKHARDT a.a.O.), ist er grundsätzlich zur Sicherstellung der Prozesskosten verpflichtet.

Durch die Kostenversicherungspflicht nach Art. 150 Abs. 2 OG soll jedoch eine Prozesspartei vor Auslagen bewahrt werden, wenn die Ersatzmöglichkeit seitens der Gegenpartei zweifelhaft erscheint. Daraus ergibt sich zwingend, dass eine solche Kostenversicherung dann nicht mehr in Frage kommt, wenn im Zeitpunkt, in dem das Gesuch gestellt wird, die Kosten schon erwachsen sind. Da auf die vorliegende Berufung das schriftliche Verfahren zur Anwendung gelangt und die Sache gestützt auf Art. 60 Abs. 2 OG im Zirkulationsweg erledigt wird, war die Prozesstätigkeit der Berufungsbeklagten mit der Einreichung der schriftlichen Berufungsantwort abgeschlossen. Infolgedessen ist das Kostenversicherungsgesuch gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 19. Februar 1953 wird bestätigt