Urteilskopf

111 II 175

38. Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. Juli 1985 i.S. Nietzke gegen Raiffeisenbank Schefflenztal GmbH (staatsrechtliche Beschwerde)
Regeste (de):
Bürgschaft; Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Deutschen Reich über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen.

1. Eine vorbehaltlose Einlassung auf den Rechtsstreit im Sinne von Art. 2 Ziff. 3 des Abkommens kann nicht schon darin erblickt werden, dass auf den Weiterzug des ausländischen Urteils an eine höhere Instanz verzichtet wurde (E. 1).

2. Der schweizerische Ordre public verlangt keinen besonderen Schutz des in der Schweiz wohnhaften Bürgen, der einen Bürgschaftsvertrag mit internationaler Verflechtung abschliesst und diesen - gegebenenfalls nur konkludent - einer ausländischen Rechtsordnung unterstellt. Das bedeutet insbesondere, dass ein solcher Bürgschaftsvertrag vom schweizerischen Richter im Vollstreckungsverfahren anzuerkennen ist, auch wenn die Formvorschriften des schweizerischen Rechts nicht beobachtet wurden (E. 3).

Regeste (fr):
Cautionnement; Convention entre la Confédération suisse et le Reich allemand relative à la reconnaissance et à l'exécution de décisions judiciaires et de sentences arbitrales.

1. La renonciation à recourir devant une instance supérieure contre le jugement étranger ne suffit pas à ce que l'on retienne une entrée en matière sans réserve sur le fond du litige au sens de l'art. 2 ch. 3 de la Convention (consid. 1).

2. L'ordre public suisse n'exige aucune protection particulière de la caution domiciliée en Suisse qui conclut un contrat de cautionnement assorti d'effets internationaux et soumet celui-ci - cas échéant par actes concluants - à l'application du droit étranger. Cela signifie en particulier que dans la procédure d'exécution forcée, le juge suisse doit se fonder sur un tel contrat, même si les prescriptions de forme prévues par le droit suisse n'ont pas été respectées (consid. 3).

Regesto (it):
Fideiussione; Convenzione tra la Confederazione Svizzera e il Reich Germanico circa il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali.

1. Il fatto che la parte convenuta abbia rinunciato ad impugnare la decisione straniera dinanzi ad un'istanza superiore non è sufficiente a far ammettere che essa sia entrata senza riserva nel merito della contestazione ai sensi dell'art. 2 n. 3 della Convenzione (consid. 1).

2. L'ordine pubblico svizzero non esige una protezione particolare del fideiussore domiciliato in Svizzera che conclude un contratto di fideiussione con effetti internazionali e che lo sottopone - eventualmente soltanto con atti concludenti - alla disciplina di un diritto straniero. Ciò significa, in particolare, che nella procedura esecutiva il giudice svizzero deve riconoscere la validità di tale contratto, anche se non siano stati adempiuti i requisiti formali stabiliti dal diritto svizzero (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 176

BGE 111 II 175 S. 176

Die Raiffeisenbank Schefflenztal GmbH in Schefflenz (BRD) betrieb den in Hunzenschwil (Aargau) wohnhaften Ulrich Nietzke am 19. März 1984 für eine Forderung von Fr. 10'922.25 nebst 12% seit 20. Januar 1970 und Betreibungskosten. Die Forderung wurde auf ein am 4. September 1974 vom Amtsgericht Karlsruhe erlassenes Urteil gestützt, mit welchem über die Gültigkeit einer von Ulrich Nietzke am 16. Januar 1970 eingegangenen Bürgschaftsverpflichtung entschieden worden war (zuzüglich in der Bundesrepublik Deutschland erwachsene Inkassospesen von DM 458.–). Ulrich Nietzke setzte sich gegen die Betreibung mit rechtzeitig erhobenem Rechtsvorschlag zur Wehr. Am 31. August 1984 stellte die Raiffeisenbank Schefflenztal GmbH beim Bezirksgerichtspräsidenten von Lenzburg ein Rechtsöffnungsbegehren, das mit Entscheid vom 5. Oktober 1984 abgewiesen wurde. Gegen diesen Entscheid erhob die Gläubigerin Beschwerde beim Obergericht des Kantons Aargau. Dieses hiess die Beschwerde am 13. Februar 1985 gut und bewilligte der Raiffeisenbank Schefflenztal GmbH die definitive Rechtsöffnung für den Forderungsbetrag von Fr. 10'387.50 nebst 12% Zins seit 20. Januar 1970. Ulrich Nietzke setzte sich gegen den kantonalen Entscheid mit staatsrechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht zur Wehr. Dieses wies die Beschwerde ab aus folgenden

Erwägungen

Erwägungen:

1. Nach der Auffassung des Obergerichts des Kantons Aargau hat Ulrich Nietzke zu Unrecht die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts Karlsruhe gestützt auf Art. 2 Ziff. 3 des Abkommens vom 2. November 1929 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Deutschen Reich über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen (SR 0.276.191.361; nachstehend Abkommen genannt) bestritten. Nachdem die von Ulrich Nietzke erhobene Einrede der Unzuständigkeit schon in einem Zwischenurteil verworfen worden sei, habe er das Endurteil des Amtsgerichts Karlsruhe nicht mehr angefochten und sich damit vorbehaltlos auf den Rechtsstreit eingelassen. Dieses Verhalten aber schliesse eine Bestreitung der Zuständigkeit erst im Vollstreckungsverfahren aus.

BGE 111 II 175 S. 177

Zu Recht macht der Beschwerdeführer dagegen geltend, dass sich das Obergericht mit dieser Rechtsauffassung in Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesgerichts setze. Nach dieser Rechtsprechung genügt es für eine Berufung auf Art. 2 Ziff. 3 des Abkommens, dass der Beklagte die Zuständigkeit des deutschen Gerichts im Verlauf des Verfahrens ausdrücklich und - nach deutschem Zivilprozessrecht - rechtzeitig bestritten hat (BGE 63 I 17 BGE 98 Ia 319 E. 3; zustimmend DUTOIT/KNOEPFLER/LALIVE/MERCIER, Répertoire de droit international privé suisse, Band 2, Bern 1983, S. 179). Eine vorbehaltlose Einlassung auf den Rechtsstreit im Sinne der zitierten Bestimmung des Abkommens müsste allerdings angenommen werden, wenn der Beklagte seine Unzuständigkeitseinrede später wieder zurückgezogen hätte (BGE 98 Ia 319 E. 3). Indessen kann ein solcher Rückzug im vorliegenden Fall ohne besondere, hier nicht nachgewiesene Umstände nicht schon in der Tatsache erblickt werden, dass Ulrich Nietzke auf den Weiterzug des Urteils des Amtsgerichts Karlsruhe verzichtet hat, nachdem dieses seine Einrede der Unzuständigkeit in einem Zwischenentscheid verworfen hatte.

2. Nun hat aber das Obergericht des Kantons Aargau im angefochtenen Entscheid auch zu verstehen gege-

ben, dass es die auf Art. 2 Ziff. 3 des Abkommens gestützte Einrede der Unzuständigkeit selbst dann als unbegründet betrachten würde, wenn das Urteil des Amtsgerichts Karlsruhe weitergezogen und die Einrede bei der oberen Instanz wieder erhoben worden wäre. Ulrich Nietzke habe nämlich in seiner Bürgschaftserklärung vom 16. Januar 1970 die Zuständigkeit des Amtsgerichts Karlsruhe durch Unterschrift anerkannt. Damit sei eine Rechtswahl getroffen worden, die als prozessrechtliche Vereinbarung unabhängig davon Gültigkeit beanspruche, ob sie nach schweizerischem Recht als rechtsverbindlich anzusehen sei oder nicht. Selbst wenn die von den Parteien in der Schweiz getroffene Rechtswahl als Bestandteil ihrer materiellrechtlichen Vereinbarung anzusehen wäre und von deren Rechtsgültigkeit abhinge, würde sich nach der Auffassung des Obergerichts an der Gültigkeit der Prorogation nichts ändern. Gleichzeitig mit der - so oder so gültigen - Rechtswahl zugunsten der Zuständigkeit der deutschen Gerichte hätten sich nämlich die Parteien für die Anwendbarkeit der Lex fori ausgesprochen. Das somit massgebliche deutsche Bürgerliche Gesetzbuch aber lasse für eine Bürgschaftsverpflichtung die einfache Schriftform

genügen (§ 766 BGB; vgl. PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 44. Auflage, München 1985). An dieser Betrachtungsweise lässt sich - abgesehen davon, dass das Obergericht unzutreffend auch § 765 Abs. 2 BGB zitiert hat, was aber selbstredend von der Prüfungsbefugnis des Bundesgerichts nicht erfasst wird - nichts beanstanden. Sie kann sich auf die Praxis des Bundesgerichts (BGE 60 II 302, 82 II 553 E. 2, 88 II 192 E. 2, 94 II 363 E. 5) berufen und wird denn auch vom Beschwerdeführer dem Grundsatz nach nicht bestritten. Er macht jedoch geltend, im Bereich des Bürgschaftsrechts müsse aus Gründen des schweizerischen Ordre public der Rechtswahl zugunsten des ausländischen Gerichtsstandes und des ausländischen materiellen Rechts a priori eine Grenze gesetzt bleiben. Damit beruft sich der Beschwerdeführer auch auf Art. 4 Abs. 1 des Abkommens.

3. a) Bezüglich der Form der Bürgschaftserklärung, für welche das schweizerische Recht bei der Bürgschaft natürlicher Personen von über Fr. 2'000.– die öffentliche Beurkundung verlangt (Art. 493 Abs. 2 OR) und somit über das vom deutschen Recht aufgestellte Erfordernis der einfachen Schriftlichkeit hinausgeht, hat das Bundesgericht in BGE 93 II 383 ff. ausgeführt, es solle damit dem Bürgen die Tragweite seiner Verpflichtung vor Augen geführt und er vor übereilten Bürgschaftsversprechen abgehalten werden. Aus dieser Ratio legis lasse sich aber, wie nun auch die herrschende Lehre annehme, nicht folgern, die Formvorschriften des Art. 493 OR seien ganz allgemein um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt worden. Eine Bestimmung, die so viele Ausnahmen vom Grundsatz der öffentlichen Beurkundung zulasse wie Art. 493 OR, könne nicht als grundlegende Vorschrift der schweizerischen Rechtsordnung angesehen werden, deren Missachtung das eigene Rechtsempfinden in unerträglicher Weise verletzen würde, und noch weniger lasse sich sagen, das schweizerische Rechtsdenken erheische zwingend den Vorrang vor dem anwendbaren ausländischen Recht. Vielmehr komme der Freiheit des Rechtsverkehrs, die das ausländische Recht mit dem Verzicht auf die öffentliche Beurkundung in den Vordergrund stelle, auch im schweizerischen Recht zentrale Bedeutung zu und setze dem Schutz des Bürgers Schranken. Gestützt auf diese Überlegungen hat das Bundesgericht im Fehlen der öffentlichen Beurkundung kein Hindernis für die Durchsetzung seiner streitigen Bürgschaftsforderung, die gegenüber einem in der Schweiz wohnhaften Bürgen aufgrund eines in der Bundesrepublik Deutschland abgeschlossenen

Bürgschaftsvertrags erhoben worden war, erkennen können.
b) Der Beschwerdeführer nennt keine Gründe, weshalb an dieser Rechtsprechung nicht festzuhalten wäre. Er

möchte den vorliegenden Rechtsstreit jedoch deshalb nicht entsprechend BGE 93 II 383 ff. entschieden wissen, weil er - im Gegensatz zum Bürgen mit ebenfalls schweizerischen Wohnsitz in jenem Fall - die Bürgschaftserklärung nicht in der Bundesrepublik Deutschland, sondern in der Schweiz unterzeichnet hat. Es bleibt daher nur die Frage zu beantworten, ob es grundsätzlich ausgeschlossen sei, dass ein in der Schweiz wohnhafter Bürge in der Schweiz einen Bürgschaftsvertrag abschliesst und dabei konkludent - so durch die Wahl eines ausländischen Gerichtsstandes - zum Ausdruck bringt, dass die Bestimmungen ausländischen Bürgschaftsrechts, somit auch dessen gegenüber dem schweizerischen Recht geringere Anforderungen an die Form des Vertragsschlusses, anwendbar sein sollen (vgl. grundsätzlich zur Rechtswahl BGE 79 II 299 ff.).
Dass eine solche Wahl des anwendbaren materiellen Rechts auch stillschweigend erfolgen kann, ist durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts anerkannt. Nach ihr genügte es vorerst - im Sinne einer Tatsachenvermutung bezüglich des Parteiwillens - grundsätzlich, dass die Parteien sich auf einen Gerichtsstand geeinigt haben (BGE 82 II 553 E. 2 mit Hinweisen, BGE 88 II 192 E. 2a, BGE 94 II 363 E. 5; vgl. auch Komm. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Allgemeine Einleitung N. 203, S. 72). Die jüngere Rechtsprechung betrachtet demgegenüber die Gerichtsstandsvereinbarung lediglich noch als ein Indiz für die Anwendung der Lex fori und verlangt, dass auch die weiteren Umstände des Einzelfalles bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts zu berücksichtigen seien (BGE 100 II 37 E. 2 200 ff.; VISCHER/VON PLANTA, Internationales Privatrecht, 2. Auflage Basel 1982, S. 171). Indessen macht der Beschwerdeführer nicht geltend, dass dem Obergericht des Kantons Aargau unter diesem Gesichtspunkt eine Rechtsverletzung vorzuwerfen wäre. Tatsächlich lassen denn auch die Akten - insbesondere das Zwischenurteil des Amtsgerichts Karlsruhe vom 27. Juli 1973 - mit hinreichender Klarheit erkennen, dass die den Abschluss des Bürgschaftsvertrags vom 16. Januar 1970 begleitenden Umstände der Annahme, es sei eine stillschweigende Rechtswahl zugunsten der Anwendbarkeit des deutschen Rechts erfolgt, nicht entgegenstehen.

BGE 111 II 175 S. 180

c) Kommt der Freiheit des Rechtsverkehrs in den internationalen Beziehungen eine zentrale Bedeutung dergestalt zu, dass sie den Rechtsschutz zurückzudrängen vermag, welchen die schweizerische Rechtsordnung mit dem Erfordernis der öffentlichen Beurkundung dem in der Schweiz wohnhaften Bürgen an sich verliehen hat (BGE 93 II 384 E. 5), so ist nicht einzusehen, weshalb etwas anderes gelten sollte, wenn die Rechtswahl nicht im Ausland, sondern in der Schweiz erfolgte. Das heisst, es kann nicht darauf ankommen, ob der in der Schweiz wohnhafte Bürge den von ihm in Frage gestellten Bürgschaftsvertrag in der Schweiz oder im Ausland abgeschlossen und dementsprechend die Rechtswahl in der Schweiz oder im Ausland getroffen hat. Entscheidend ist vielmehr die Frage, ob der in der Schweiz wohnhafte Bürge gestützt auf den schweizerischen Ordre public unter allen Umständen jenes Rechtsschutzes teilhaftig sei, den ihm das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung des Bürgschaftsvertrages gewährt. Das aber ist nach der Praxis des Bundesgerichts zu verneinen. Seine Rechtsprechung hat in der Lehre (zitiert in BGE 93 II 384) Zustimmung gefunden, und diese hat ihrerseits gefolgert, dass - wo immer der Vertragsschluss stattgefunden hat - es genügt, die Formerfordernisse jenes ausländischen Bürgschaftsstatus zu beobachten, dem sich die Parteien durch die Rechtswahl unterworfen haben (VISCHER, Internationales Vertragsrecht, Bern 1962, S. 126 f.). Auch bei den Vorbereitungsarbeiten zu einer Kodifikation des schweizerischen internationalen Privatrechts scheint sich diese Auffassung - die ihren Ausgangspunkt in dem von der Rechtsprechung anerkannten Grundsatz der Parteiautonomie bei der Rechtswahl hat (BGE 79 II 299 ff. E. 1 d) - durchzusetzen. Hat der Bundesrat noch in einem ersten zur Vernehmlassung gestellten Vorentwurf (veröffentlicht in den Studien zum internationalen Recht, Band 12, 1978) den Bürgen bei nichtkaufmännischen Bürgschaftsverträgen als besonders schutzwürdig bezeichnet (Art. 122 Abs. 2 lit. c VE), so dass eine Rechtswahl gemäss Art. 117 Abs. 2 VE ausgeschlossen gewesen wäre, so hält er daran in dem den eidgenössischen Räten zugeleiteten Gesetzesentwurf vom 10. November 1982 (BBl 1983 I 472 ff.) nicht mehr fest. Die Art. 117 und 118 dieses Gesetzesentwurfs sehen einen besonderen Schutz der als schwächer angesehenen Partei durch Ausschluss der Rechtswahl nur noch für Konsumentenverträge und Arbeitsverträge vor. Der Ständerat ist noch weiter gegangen als der Bundesrat, indem er die Schutzbestimmung für Konsumentenverträge des

Art. 117, welcher der sonst zulässigen Rechtswahl entgegengestanden wäre, gestrichen hat (Amtliches Bulletin SR 1985, S. 162 ff.). Gesetzgeber, Rechtsprechung und Lehre sind sich also darin einig, dass der schweizerische Ordre public keinen besonderen Schutz des in der Schweiz wohnhaften Bürgen verlangt, welcher einen Bürgschaftsvertrag mit internationaler Verflechtung abschliesst und diesen - gegebenenfalls nur konkludent - einer ausländischen Rechtsordnung unterstellt. Das gilt für den Bürgschaftsvertrag ganz allgemein, insbesondere aber bezüglich der ihn regierenden Formvorschriften. Die in BGE 93 II 383 ff. entwickelte Rechtsprechung ist daher unverändert auch für jene Fälle wegleitend, wo ein Bürgschaftsvertrag in der Schweiz abgeschlossen und damit auch die Rechtswahl zugunsten der ausländischen Rechtsordnung hier getroffen wurde. Dem Obergericht des Kantons Aargau kann somit in keiner Weise eine Verletzung von Bundesrecht deshalb vorgeworfen werden, weil nach seinem Erkenntnis der schweizerische Ordre public einer Anerkennung des Urteils des Amtsgerichts Karlsruhe vom 4. September 1974 nicht aus dem Grunde entgegensteht, dass der Bürgschaftsvertrag vom 16. Januar 1970 lediglich in der Form einfacher Schriftlichkeit abgeschlossen wurde.

4. Steht schon das schweizerische internationale Privatrecht einer Rechtswahl selbst im Bürgschaftsrecht grundsätzlich nicht entgegen, so kann der Beschwerdeführer auch nichts aus Art. 4 Abs. 2 des Abkommens zu seinen Gunsten ableiten. Diese staatsvertragliche Bestimmung enthält zwar einen Vorbehalt zugunsten der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaates, insofern die Handlungsfähigkeit zur Beurteilung steht. Sie kommt indessen nur zum Zug, wenn dem Urteil, für welches die Vollstreckung verlangt wird, andere als die nach dem internationalen Privatrecht des Vollstreckungsstaates anzuwendenden Gesetze zugrunde gelegt worden sind (vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 9. Dezember 1929, BBl 1929 III, S. 531 ff., 537; GULDENER, Das internationale und interkantonale Prozessrecht der Schweiz, Zürich 1951, S. 149). An dieser Voraussetzung aber gebricht es im vorliegenden Fall, weil nicht die Handlungsfähigkeit im allgemeinen, sondern die Bürgschaftsfähigkeit zur Diskussion steht und das schweizerische internationale Privatrecht - wie dargelegt - die Rechtswahl auch beim Abschluss eines Bürgschaftsvertrags nicht verbietet.
Damit erübrigt sich die Prüfung der weiteren Frage, ob "inländische Beteiligte" im Sinne von Art. 4 Abs. 2 des Abkommens nur

die Staatsangehörigen des Vollstreckungsstaates seien (so BBl 1929 III, S. 537) oder ob - wie der Beschwerdeführer annimmt - der Wohnsitz im Vollstreckungsstaat genüge.