Urteilskopf

128 III 201

39. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung i.S. Bank A. gegen B. AG (Berufung) 4C.36/2000 vom 21. Januar 2002

Regeste (de):
Positiver Ordre public; Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 18 IPRG; Art. 2 Abs. 2 ZGB).

Mit der Berufung kann gerügt werden, es sei zu Unrecht gestützt auf Art. 18 IPRG schweizerisches anstelle ausländischen Rechts angewendet worden (E. 1a).

Schweizerische Normen, die in den Bereich des positiven Ordre public fallen, kommen unmittelbar zur Anwendung (E. 1b).

Zum positiven Ordre public gehört das Rechtsmissbrauchsverbot im Allgemeinen und speziell der Grundsatz, dass eine Verjährungseinrede unbeachtlich ist, wenn sie rechtsmissbräuchlich erhoben wird (E. 1c).

Regeste (fr):
Ordre public positif; interdiction de l'abus de droit (art. 18 LDIP; art. 2 al. 2 CC).

Peut être soulevé par la voie du recours en réforme le grief selon lequel le droit suisse aurait été appliqué à tort en lieu et place du droit étranger, sur la base de l'art. 18 LDIP (consid. 1a).

Les normes de droit suisse, qui tombent dans le domaine de l'ordre public positif, sont directement applicables (consid. 1b).

Font partie de l'ordre public positif l'interdiction de l'abus de droit en général et plus particulièrement le principe en vertu duquel une exception de prescription n'est pas prise en considération, lorsqu'elle est soulevée abusivement (consid. 1c).

Regesto (it):
Ordine pubblico positivo; divieto dell'abuso di diritto (art. 18 LDIP; art. 2 cpv. 2 CC).

Con il ricorso per riforma può essere fatto valere che, basandosi sull'art. 18 LDIP, è stato a torto applicato il diritto svizzero invece di quello straniero (consid. 1a).

Le norme svizzere, che rientrano nel campo dell'ordine pubblico positivo, sono direttamente applicabili (consid. 1b).

Appartiene all'ordine pubblico positivo il divieto dell'abuso di diritto in generale e in particolare il principio secondo cui un'eccezione di prescrizione è irrilevante, se sollevata abusivamente (consid. 1c).

Sachverhalt ab Seite 202

Im Jahre 1990 verkaufte die Maschinenfabrik C. GmbH in Schweinfurt (Deutschland) der Firma D. in Belgrad vier Maschinen zum Kaufpreis von insgesamt DM 960'000.-. Der Gesamtkaufpreis war, nebst 9% Zins auf dem jeweils ausstehenden Betrag, in 12 halbjährlichen Raten ab 11. April 1991 zahlbar, wobei die fälligen Halbjahreszinsen mit jeder Rate zu bezahlen waren. Die Bank A. (Beklagte) garantierte gegenüber der Maschinenfabrik C. GmbH mit Schreiben vom 8. Oktober 1990 unter Bezugnahme auf den von dieser mit der Firma D. geschlossenen Vertrag die Einhaltung dieser Zahlungsverpflichtungen durch die Firma E., Beograd, welche sie als ihre Auftraggeberin bezeichnete. Der Gesamtbetrag der Garantie wurde unter Einschluss des Zinsenanteils mit DM 1'240'800.- beziffert. Mit Abtretungs- und Liefererklärung vom 19. November 1990 trat die Maschinenfabrik C. GmbH die gesamte Forderung sowie ihre Ansprüche aus der Garantie der Beklagten an die Bank F. AG, Filiale Schweinfurt, ab. Diese zedierte gleichentags und in der gleichen Urkunde sämtliche Ansprüche und Rechte weiter an die G. AG (später B. AG; Klägerin) in Zürich. Mit Schreiben vom 26. Dezember 1990 bestätigte die Beklagte der Klägerin, dass die Maschinenfabrik C. GmbH ihre Verpflichtungen aus dem Vertrag mit der Firma D. vollumfänglich erfüllt habe, dass sie - die Beklagte - von der unwiderruflichen Abtretung seitens der Lieferantin zustimmend Kenntnis genommen habe und dass sie der Klägerin die einzelnen Raten zu den vorgesehenen Terminen bezahlen werde. Die erste Rate von DM 123'200.- wurde bei Fälligkeit bezahlt. Weitere Zahlungen blieben aus. Die Beklagte bestätigte jeweils den Erhalt der entsprechenden Mahnungen. Am 11. Oktober 1996 rief die Klägerin mittels Telex die Garantie

insgesamt ab und verlangte die Zahlung des ausstehenden Betrages von DM 1'117'600.- zuzüglich 9% Zins ab dem Datum des Verfalls der einzelnen Raten. Auf Begehren der Klägerin erliess der Arrestrichter des Bezirks Zürich am 1. Oktober 1997 für eine Forderungssumme von Fr. 1'283'695.70 nebst 9% Zins seit 1. August 1997 einen Arrestbefehl über sämtliche Vermögenswerte der Beklagten bei der damaligen Bank H., bei der Bank I. und bei der damaligen Bank J. in Zürich Kreis 1. Ein weiterer Arrestbefehl erging am 7. Oktober 1997 für dieselbe Forderung über sämtliche Vermögenswerte der Beklagten bei der Bank I. in Zürich Kreis 3. Auf Einsprache der Beklagten wurde in diesem zweiten Arrestbefehl die Arrestforderung auf Fr. 1'271'453.30 reduziert. Gegen die zur Arrestprosequierung ausgestellten Zahlungsbefehle erhob die Beklagte Rechtsvorschlag. Am 5. Mai 1998 klagte die B. AG beim Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die Bank A. mit dem Begehren, die Beklagte sei zur Zahlung von DM 1'540'126.90 nebst 9% Zins seit 1. August 1997 zu verpflichten und es sei in der Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 3 für den Betrag von Fr. 1'271'453.30 nebst Zins die definitive Rechtsöffnung zu erteilen. Diese Klage ergänzte sie am 10. Juli 1998 mit dem Begehren um Erteilung der definitiven Rechtsöffnung für den gleichen Betrag in der Betreibung Nr. 2 des Betreibungsamtes Zürich 1. Mit Urteil vom 13. Dezember 1999 hiess das Handelsgericht die Forderung im Betrag von DM 1'117'600.- nebst 9% Zins seit 26. Oktober 1996 gut und hob in diesem Umfang in der Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 3 den Rechtsvorschlag auf. Mit Beschluss vom 20. Januar 2000 fasste das Handelsgericht das Urteilsdispositiv teilweise neu und hob auch in der Betreibung Nr. 2 des Betreibungsamtes Zürich 1 im gleichen Umfang den Rechtsvorschlag auf. Mit Berufung beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, das Urteil des Handelsgerichts aufzuheben, die Klage abzuweisen und die definitive Rechtsöffnung zu verweigern; eventuell das Urteil des Handelsgerichts, soweit die Klage geschützt wurde, aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an dieses zurückzuweisen. Das Bundesgericht weist die Berufung ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. Das Handelsgericht hat das Vertragsverhältnis zwischen der Maschinenfabrik C. GmbH bzw. der Klägerin und der Beklagten dem jugoslawischen Recht unterstellt und als Garantievertrag gemäss

BGE 128 III 201 S. 204

Art. 1083 ff. des Gesetzes über die Obligationenverhältnisse qualifiziert. In Anwendung von Art. 148 Abs. 1 IPRG (SR 291) hielt es fest, dass die Verjährung der Forderung ebenfalls dem jugoslawischen Recht als lex causae unterstehe. Die Frage, ob die Verjährung nach jugoslawischem Recht eingetreten sei, liess das Handelsgericht jedoch offen, da die von der Beklagten erhobene Verjährungseinrede diesfalls gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB rechtsmissbräuchlich und damit unbeachtlich wäre. In der Berufung rügt die Beklagte, dass das Handelsgericht mit dieser Argumentation in Missachtung von Art. 148 Abs. 1 IPRG auf die Frage der Verjährung nicht jugoslawisches Recht angewendet und seinen Entscheid nicht gemäss dem Ergebnis dieser Anwendung des ausländischen Rechts gefällt habe. a) Mit der Berufung kann geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid habe nicht ausländisches Recht angewendet, wie es das schweizerische internationale Privatrecht vorschreibt (Art. 43a Abs. 1 lit. a OG). Von einer Anwendung des ausländischen Rechts im Sinne dieser Bestimmung kann nur gesprochen werden, wenn das Gericht den Sachverhalt tatsächlich unter die Normen des vom schweizerischen internationalen Privatrecht bezeichneten ausländischen Rechts subsumiert und sein Urteil dem Ergebnis dieser Subsumtion entspricht. Dagegen liegt keine Anwendung ausländischen Rechts vor, wenn das Gericht wegen des schweizerischen Ordre public von diesem Ergebnis abweicht (Art. 17 IPRG) oder ohne Rücksicht auf das verwiesene Recht eine Bestimmung des schweizerischen Rechts wegen ihres besonderen Zweckes zwingend anwendet (Art. 18 IPRG). Auf die Rüge der Beklagten ist damit einzutreten. b) Die Tragweite der im IPRG enthaltenen Verweisungen auf ein ausländisches Recht wird im 3. Abschnitt der Gemeinsamen Bestimmungen (Art. 13-19) geregelt. Für die einzelnen Verweisungen gelten damit generell die Einschränkungen der Ausnahmeklausel (Art. 15), der Vorbehaltsklausel (Art. 17) und der zwingenden Anwendung des schweizerischen Rechts (Art. 18). Art. 17 IPRG enthält den Vorbehalt des negativen Ordre public. Dieser Vorbehalt greift erst ein, wenn das Ergebnis der Beurteilung nach dem verwiesenen ausländischen Recht ermittelt ist und dieses Ergebnis das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt bzw. auf stossende Weise Sinn und Geist der eigenen Rechtsordnung widerspricht. Von der Ermittlung und der hypothetischen Anwendung des an sich anwendbaren ausländischen Rechts ist indessen von vornherein abzusehen, wenn schweizerische Rechtsvorschriften gemäss

BGE 128 III 201 S. 205

Art. 18 IPRG unmittelbar, das heisst unabhängig von dem durch das Gesetz bezeichneten Recht, zwingend anzuwenden sind. Diese sog. lois d'application immédiate umfassen den positiven Ordre public (BGE 125 III 443 E. 3d S. 447; BGE 117 II 494 E. 7 S. 501; VISCHER, IPRG-Kommentar, N. 7 zu Art. 17 IPRG). Die zwingend anwendbare Bestimmung des schweizerischen Rechts hat somit einen eigenen räumlichen Anwendungsbereich, der sich gegen die allgemeinere Kollisionsregel durchzusetzen vermag und sie ausschaltet. Für eine solche Bestimmung erfolgt eine kollisonsrechtliche Sonderanknüpfung (DUTOIT, Droit international privé suisse, 3. Aufl. 2001, N. 2 zu Art. 18 IPRG; MÄCHLER-ERNE, Basler Kommentar, N. 23 zu Art. 18 IPRG; SCHWANDER, Einführung in das Internationale Privatrecht, 1. Bd.: Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2000, S. 239 und 243 f.). Zum positiven Ordre public gehören namentlich Normen, welche den wesentlichen Interessen der Gesellschaftsordnung, der politischen oder wirtschaftlichen Ordnung Rechnung tragen (BGE 125 III 443 E.

3d S. 447; SCHNYDER, Das neue IPR-Gesetz, 2. Aufl., Zürich 1990, S. 35; KNOEPFLER/SCHWEIZER, Droit international privé suisse, 2. Aufl., Bern 1995, Nr. 383). Besondere Zurückhaltung ist geboten bei der ausnahmsweisen Anwendung sowohl des negativen wie des positiven Ordre public im Fall, dass die zu beurteilende Sache praktisch keine Beziehung zur Schweiz hat (BGE 125 III 443 E. 3d S. 448; VISCHER, a.a.O., N. 20 zu Art. 17 IPRG; MÄCHLER-ERNE, a.a.O., N. 14 zu Art. 18 IPRG; KELLER/SIEHR, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986, S. 544). In der Berufung macht die Beklagte geltend, zur Anwendung des ausländischen Rechts auf die Frage der Verjährung gehöre auch die Anwendung allfälliger im dortigen Recht enthaltener Korrekturnormen. Nur wenn das so ermittelte Resultat zu einem Ergebnis führen würde, das mit dem schweizerischen Ordre public unvereinbar ist, sei die Anwendung der einschlägigen Bestimmungen ausgeschlossen. Um dies feststellen zu können, müsse aber zuerst das Resultat der Rechtsanwendung unter den für anwendbar erklärten ausländischen Rechtsnormen bekannt sein. Diese Argumentation der Klägerin ist auf einen Fall der Anwendung des negativen Ordre public gemäss Art. 17 IPRG zugeschnitten. Davon unterscheidet sich jedoch grundsätzlich die Situation beim Vorliegen zwingend anwendbarer Bestimmungen des schweizerischen Rechts im Sinne von Art. 18 IPRG. Solche Bestimmungen verdrängen die Anwendung des verwiesenen ausländischen Rechts ohne Rücksicht auf das konkrete Ergebnis ihrer Anwendung. Einzelne Autoren vertreten

zwar die Meinung, dass auch die an sich anwendbare lex causae daraufhin zu prüfen sei, ob sie die vom Inland verfolgten Ziele nicht gleich oder besser verwirklichen kann (VISCHER, a.a.O., N. 3 zu Art. 18 IPRG). Dies würde aber bedeuten, dass je nachdem die Norm der einen verwiesenen ausländischen Rechtsordnung anwendbar ist, jene einer andern jedoch nicht, und stände im Widerspruch dazu, dass die unmittelbar anwendbare Norm des schweizerischen Rechts einen eigenen räumlichen Anwendungsbereich hat und die allgemeine Kollisionsregel ausschaltet. Die von der Klägerin erhobene Rüge erweist sich als unbegründet.
c) Zu prüfen ist damit, ob das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) zu den zwingend anwendbaren Bestimmungen des schweizerischen Rechts im Sinne von Art. 18 IPRG gehört. Art. 2 ZGB ist eine Grundschutznorm, welche der Durchsetzung der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit dient (BAUMANN, Zürcher Kommentar, N. 3 f. zu Art. 2 ZGB). Ihre Geltung erstreckt sich auf die gesamte Rechtsordnung mit Einschluss des öffentlichen Rechts sowie des Prozess- und Zwangsvollstreckungsrechts. Der Grundsatz von Treu und Glauben ist in jeder Instanz von Amtes wegen anzuwenden, was auch für die Frage gilt, ob ein Rechtsmissbrauch vorliegt (BGE 121 III 60 E. 3d; BGE 118 II 225 E. 2c/bb; BAUMANN, a.a.O., N. 42 zu Art. 2 ZGB; MERZ, Berner Kommentar, N. 99 zu Art. 2 ZGB). Soweit die als rechtsmissbräuchlich betrachtete Rechtsanwendung in einer gerichtlichen Rechtsdurchsetzung besteht, hat der Grundsatz einen engen inneren Zusammenhang mit der Rechtsanwendung durch den Richter. Dieser soll nicht gehalten sein, einem Ergebnis der formalen Rechtsordnung zum Durchbruch zu verhelfen, das in offensichtlichem Widerspruch zu elementaren ethischen Anforderungen steht (BAUMANN, a.a.O., N. 14b zu Art. 2 ZGB; MERZ, a.a.O., N. 21 zu Art. 2 ZGB). Das Bundesgericht hat deshalb bereits im Urteil 5C.255/1990 vom 23. April 1992 festgehalten, dass sich die Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchsverbots in jedem Fall im Sinne von Art. 18 IPRG nach schweizerischem Recht richten, unabhängig davon, welches Recht in der Sache anwendbar ist. Die Frage stellte sich damals im Zusammenhang mit dem Durchgriff bei einer juristischen Person. In jenem Entscheid wurde ausdrücklich vermerkt, dass es sich um einen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbotes handelt. Auch in einem kantonalen Entscheid ist festgehalten worden (ZR 1999 Nr. 52, Urteil A, E. 5, S. 238 f.), dass das Rechtsmissbrauchsverbot gestützt auf Art. 18 IPRG auch bei transnationalen

Rechtsverhältnissen seine volle Wirkung entfaltet. Das Gebot von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, welches wie das Rechtsmissbrauchsverbot eine Ausprägung des gleichen Grundsatzes ist, gehört ebenfalls zum Kreis der universell anerkannten Rechtsgüter, deren Schutz der positive Ordre public dient. Die Zuordnung des Rechtsmissbrauchsverbots zum positiven Ordre public der schweizerischen Rechtsordnung muss deshalb auch für andere Anwendungsfälle gelten wie zum Beispiel die Rechtsmissbräuchlichkeit einer erhobenen Verjährungseinrede. Dass das Rechtsmissbrauchsverbot ungeachtet des anwendbaren Rechtes im Bereich der Verjährung absolute Geltung im Sinne des positiven Ordre public beansprucht, wird auch von KELLER/GIRSBERGER (IPRG-Kommentar, N. 64 zu Art. 148 IPRG) bejaht (ebenso SCHNITZER, Handbuch des Internationalen Privatrechts, 4. Aufl. 1958, S. 670). Davon ging auch das Bundesgericht in BGE 96 II 4 E. 3b S. 8 aus, wo es das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs allerdings verneinte. KELLER/GIRSBERGER führen an der von der Beklagten zitierten Stelle (N. 31 zu Art. 148 IPRG) lediglich aus, dass der negative Ordre public im Sinne von Art. 17 IPRG nicht das geeignete Mittel sei, um Ergebnisse zu korrigieren, die auf unterschiedlichen gesetzgeberischen Wertungen oder auf historischen Gründen beruhen, selbst wenn diese vom materiellen Recht des Forums grundlegend abweichen. Unter Hinweis auf eine nicht einschlägige Stelle in einem Bundesgerichtsentscheid und auf deutsche Lehrmeinungen vertreten die genannten Autoren allerdings die Auffassung, die Frage, ob im konkreten Einzelfall ein Recht missbraucht worden sei, unterliege dem Statut, das das Recht beherrscht, dessen unzulässige Ausübung behauptet wird (N. 65 zu Art. 148 IPRG). Diese Auffassung verträgt sich jedoch nicht mit dem Charakter des Rechtsmissbrauchsverbots als Grundschutznorm, welche die ganze schweizerische Rechtsordnung und damit auch die hiesige Rechtsdurchsetzung beherrscht. Diese Funktion kann die Bestimmung nur erfüllen, wenn der Richter bei ihrer Anwendung auf die grundlegenden ethischen Wertungen der eigenen Rechtsordnung und nicht auf jene einer fremden Rechtsordnung abstellt. Wenn der schweizerische Richter auch bei transnationalen Sachverhalten Art. 2 Abs. 2 ZGB gemäss Art. 18 IPRG zwingend anzuwenden hat, beurteilt sich somit auch nach schweizerischem Recht, ob die Rechtsausübung aufgrund der konkreten Umstände als rechtsmissbräuchlich erscheint. d) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist sodann ein genügender Inlandbezug gegeben. Die Klägerin hat ihren Sitz in der

Schweiz. Die von ihr geltend gemachten Ansprüche beruhen zwar auf einer Abtretung durch die seinerzeitige deutsche Lieferfirma. Diese Abtretung erfolgte jedoch schon vor vielen Jahren und nicht etwa erst im Hinblick auf die gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche. Auch der ganze Schriftverkehr, aus welchem der Einwand des Rechtsmissbrauchs abgeleitet wird, fand zwischen ihr und der Beklagten statt. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass das Handelsgericht trotz Anwendbarkeit des jugoslawischen Rechts auf die Frage der Verjährung der eingeklagten Forderungen geprüft hat, ob die von der Beklagten erhobene Verjährungseinrede gegen das der schweizerischen Rechtsordnung zugehörige Rechtsmissbrauchsverbot verstösst. e) Die Beklagte weist schliesslich darauf hin, dass das in der Schweiz ergehende Urteil im Ausland auch durchsetzbar sei für jenen Teil der eingeklagten Forderung, welcher nicht durch die in der Schweiz verarrestierten Vermögenswerte gedeckt ist. Dies trifft zu, soweit die Anerkennungsvoraussetzungen des jeweiligen ausländischen Staates gegeben sind, kann aber nicht gegen die Zugehörigkeit des Rechtsmissbrauchsverbots zum positiven Ordre public im Sinne von Art. 18 IPRG sprechen. Gegebenenfalls müsste der ausländische Vollstreckungsstaat auch ein schweizerisches Urteil mit dem gleichen Ergebnis anerkennen, wenn das schweizerische IPR das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien überhaupt oder nur die Verjährungsfrage dem schweizerischen Recht unterstellen würde.