Urteilskopf

87 II 194

28. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. August 1961 i.S. Sessler gegen Swan.
Regeste (de):
Internationales Privatrecht, anwendbares Recht (Änderung der Rechtsprechung).

Tragweite der Rückweisung nach Art. 52 OG. (Erw. 2).

Nachträgliche Rechtswahl durch übereinstimmende Berufung beider Parteien auf ein bestimmtes Recht setzt einen bewussten Rechtswahl-Willen der Parteien voraus (Erw. 3).

Keine Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts hinsichtlich des von der Vorinstanz als blosses Ersatzrecht angewendeten schweizerischen Rechts (Erw. 4).

Regeste (fr):
Droit international privé, droit applicable (changement de jurisprudence).

Portée du renvoi selon l'art. 52 OJ (consid. 2).

Lorsque, dans le procès, les parties invoquent de façon concordante une législation déterminée, elles ne font une élection de droit que si elles ont la conscience et la volonté de faire un tel acte juridique (consid. 3).

Si la juridiction cantonale ne s'est fondée sur le droit suisse qu'à titre de droit supplétif, le Tribunal fédéral ne peut revoir l'application qu'elle en a faite (consid. 4).

Regesto (it):
Diritto internazionale privato, diritto applicabile (cambiamento della giurisprudenza).

Portata del rimando giusta l'art. 52 OG (consid. 2).

Le parti che, nel processo, invocano in modo concorde una determinata legislazione, fanno una scelta di diritto solo se sono conscie e hanno la volontà di compiere un siffatto atto giuridico (consid. 3).

Se la giurisdizione cantonale si è fondata sul diritto svizzero solo a titolo di diritto suppletivo, il Tribunale federale non può rivedere l'applicazione de essa fatta (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 194

A.- Gemäss "Memorandum" vom 18. Januar 1955 vereinbarten M. Sessler in Zürich "als Eigentümer der Sicomatic A.-G." und Oskar Swan, in London eine Gesellschaft zu gründen, die dann mit der Sicomatic A.-G. ein Lizenzabkommen zur Auswertung eines Auto-Silo-Patentes Sesslers abschliessen sollte. Es wurde vorgesehen, dass die englische Gesellschaft der Sicomatic A.-G. einen Vorschuss von 50'000.– engl. Pfund gewähre, der

mit den an die Sicomatic A.-G. zu entrichtenden Lizenzgebühren verrechnet werden sollte.
Auf Grund dieses Vertrages leistete die englische Gesellschaft im Dezember 1955 eine erste Zahlung von 10'000.– engl. Pfund an die Sicomatic A.-G.

BGE 87 II 194 S. 195

Im Jahre 1956 überwies Swan an Sessler persönlich weitere 10'000.– engl. Pfund. Mit Schreiben vom 29. April 1957 anerkannte Sessler, von Swan ein Darlehen von 10'000.– engl. Pfund erhalten zu haben, das innert 6 Monaten in der Schweiz mit Fr. 120'000.– rückzahlbar sei. Mit Schreiben vom 17. November 1958 bestätigte Swan, dass am 14. November anlässlich einer mündlichen Besprechung zwischen ihm und Sessler eine Vereinbarung über die "Rückzahlung meines persönlichen Darlehens an Sie" getroffen werden sei, wonach Sessler das Darlehen (das nach den ursprünglichen Vereinbarungen bereits hätte zurückbezahlt sein sollen) in bestimmten Raten abzutragen habe. Sessler unterzeichnete am 17. Dezember 1958 eine am Fusse dieses Schreibens angebrachte Erklärung, dass er mit dessen Inhalt einverstanden sei und ihn genehmige. Gemäss "Verpflichtung" vom 2. April 1959 anerkannte Sessler, Swan Fr. 120'000.– nebst 10% Zins seit 1. Januar 1958 schuldig zu sein, und er verpflichtete sich, die bereits fällige Summe von Fr. 27'000.– an Kapital und Zinsen in monatlichen Raten von Fr. 5000.– abzutragen. Die erste Rate von Fr. 5000.– wurde von Sessler am 10. April 1959 bezahlt. Da weitere Zahlungen ausblieben, liess Swan durch einen Anwalt gegen Sessler am 21. Mai 1959 Betreibung auf Bezahlung von Fr. 21'000.– als Darlehenszins und teilweise Kapitalrückzahlung einleiten. Das Bezirksgerichtspräsidium Baden erteilte dem betreibenden Gläubiger provisorische Rechtsöffnung.

B.- Sessler reichte Aberkennungsklage ein mit der Begründung, das Darlehensgeschäft sei simuliert gewesen. Bei der Zahlung Swans habe es sich in Wirklichkeit um einen weiteren Vorschuss von Lizenzzahlungen im Sinne des Vertrages vom 18. Januar 1955 gehandelt, der lediglich aus devisenrechtlichen Gründen als Darlehen bezeichnet worden sei.

C.- Die Aberkennungsklage wurde vom Bezirksgericht Baden und vom Obergericht des Kantons Aargau, von

BGE 87 II 194 S. 196

diesem mit Urteil vom 30. September 1960, abgewiesen.
Auf Berufung des Klägers hin hob das Bundesgericht am 16. Dezember 1960 das obergerichtliche Urteil auf und wies die Sache gemäss Art. 52 OG an die Vorinstanz zurück, weil diese in ihrem Urteil entgegen der Vorschrift von Art. 51 Abs. 1 lit. s OG nicht angegeben hatte, inwieweit die Entscheidung auf der Anwendung eidgenössischen oder ausländischen Rechts beruhe.

D.- Mit Entscheid vom 17. Februar 1961 hat das Obergericht des Kantons Aargau erneut die Appellation des Klägers abgewiesen und das auf Abweisung der Aberkennungsklage lautende Urteil des Bezirksgerichts Baden vom 10. Mai 1960 bestätigt. Die Begründung dieses Urteils geht dahin, das Obergericht sei in seinem ersten Entscheid stillschweigend davon ausgegangen, dass schweizerisches Recht anzuwenden sei. Die nähere Überprüfung der Frage führe zu keinem andern Ergebnis: Nach den Akten hätten die Parteien schon vor dem Prozess eine stillschweigende Rechtswahl im Sinne der Anwendbarkeit schweizerischen Rechts getroffen. Namentlich habe aber auch das Verhalten der Parteien im Prozess darauf schliessen lassen, dass sie schweizerisches Recht angewendet wissen wollten, dass also eine nachträgliche Rechtswahl im Prozess vorliege. Wollte man aber eine stillschweigende Rechtswahl verneinen und auf das Darlehensgeschäft der Parteien englisches Recht als anwendbar ansehen, so wäre schweizerisches Recht zum mindesten als Ersatzrecht anzuwenden, da dem Obergericht nicht zuzumuten wäre, von Amtes wegen nach den Regeln des nicht leicht zugänglichen englischen

Rechts zu forschen. Im übrigen wurde auf die Erwägungen des ersten Urteils verwiesen, die auf der Anwendung von Art. 1 ff., insbesondere Art. 18 OR beruht hätten.

E.- Gegen das Urteil vom 17. Februar 1961 hat der Kläger wiederum Berufung eingereicht, mit der er dessen Aufhebung, eventuell Rückweisung an die Vorinstanz zu neuer Beurteilung beantragt.

Der Beklagte stellt erneut Antrag auf Abweisung der Aberkennungsklage.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

2. Das Bundesgericht ist gemäss Art. 43 OG zur materiellen Beurteilung der Streitsache nur befugt, wenn das ihr zu Grunde liegende Vertragsverhältnis der Parteien dem schweizerischen Recht untersteht (BGE 78 II 392und dort erwähnte Entscheide). Es ist deshalb von Amtes wegen die Frage des anwendbaren Rechtes zu prüfen. a) Die Vorinstanz erklärt, sie sei in ihrem ersten Urteil "stillschweigend" davon ausgegangen, dass schweizerisches Recht anzuwenden sei. Von einer stillschweigenden Annahme in diesem Sinne wäre dann zu sprechen, wenn die Vorinstanz sich die Frage des anwendbaren Rechtes zwar gestellt und sie zugunsten des schweizerischen Rechtes beantwortet hätte, ohne dass dies jedoch in ihrem schriftlichen Urteil zum Ausdruck gelangt wäre. Es mag dahingestellt bleiben, ob es sich wirklich so verhalten habe, oder ob die Vorinstanz an die Frage des anwendbaren Rechtes überhaupt nicht gedacht und deshalb ohne weiteres (was nicht dasselbe ist wie stillschweigend) das schweizerische Recht als anwendbar angesehen hat. b) Die Vorinstanz führt weiter aus, die nähere Prüfung der Frage nach dem anwendbaren Recht bestätige die von ihr schon im ersten Urteil angenommene Massgeblichkeit des schweizerischen Rechts, da die Parteien eine dahingehende stillschweigende Rechtswahl getroffen hätten. Nun hat aber das Bundesgericht in seinem Rückweisungsurteil vom 16. Dezember 1960 ausgeführt, den Akten sei eine Rechtswahl der Parteien nicht zu entnehmen. Daran war die Vorinstanz gebunden; denn nach der ausdrücklichen Vorschrift von Art. 66 Abs. 1 OG hat die kantonale Instanz die rechtliche Beurteilung, mit der die

Rückweisung begründet wird, auch ihrer Entscheidung zu Grunde zu legen. Die Vorinstanz war somit nicht befugt, auf Grund des Aktenstandes im Zeitpunkt ihres ersten Urteils im Widerspruch zum Urteil des Bundesgerichts eine stillschweigende Rechtswahl durch die Parteien anzunehmen. Hierüber hätte sich die Vorinstanz allenfalls aussprechen können, wenn sie vorerst gemäss Art. 52 OG eine Ergänzung des Verfahrens vorgenommen hätte, bei der neue Vorbringen gemacht und neues Beweismaterial vorgelegt worden wären, welche die Vorinstanz zu würdigen gehabt hätte. Das trifft hier nicht zu. Die Vorinstanz hat vielmehr ihr neues Urteil ohne Ergänzung des Beweisverfahrens und ohne neue Parteiverhandlung gefällt.

3. Die Erwägungen, mit denen die Vorinstanz das Vorliegen einer stillschweigenden Rechtswahl der Parteien begründet, sind übrigens nicht stichhaltig. a) Aus der Vereinbarung vom 17. November/17. Dezember 1958 ergibt sich entgegen der Meinung der Vorinstanz keine schon vor dem Prozess getroffene Rechtswahl. Dass dieses Abkommen gemäss vorinstanzlicher Feststellung in der Schweiz abgeschlossen wurde, ist belanglos. Rück-

schlüsse darauf, welches Recht die Parteien auf ihr Vertragsverhältnis angewendet wissen wollten, können aus dem Abschlussort nicht gezogen werden, und zwar schon deshalb nicht, weil er häufig rein zufällig ist. Dem Inhalt der Vereinbarung vom 17. November/17. Dezember 1958 sodann lassen sich keinerlei Anhaltspunkte für eine Rechtswahl der Parteien entnehmen. Insbesondere kann entgegen der Meinung der Vorinstanz eine solche nicht darin erblickt werden, dass die Verpflichtung auf Schweizer Franken lautete und der Kläger in seinem Schreiben vom 29. April 1957 bestätigte, das Darlehen sei in Schweizer Währung und in der Schweiz zurückzuzahlen (BGE 72 II 411, BGE 82 II 552 Erw. 2; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, OR 3. Aufl., Allgemeine Einleitung N. 203). b) Die Vorinstanz erklärt weiter, eine stillschweigende

Rechtswahl der Parteien zugunsten des schweizerischen Rechts ergebe sich namentlich aus deren Verhalten im Prozess. Auch dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden Das Bundesgericht hat allerdings entschieden, eine nachträgliche Rechtswahl sei darin zu erblicken, dass beide Parteien sich im Prozess ohne weiteres auf ein bestimmtes Recht berufen (BGE 79 II 302, BGE 81 II 176; STAUFFER, Bundesgericht und Parteiautonomie auf dem Gebiete des internationalen Schuldrechts, in Festgabe für Lewald, S. 396 ff.).
Im vorliegenden Falle hat nun zwar der Kläger seinen Einwand, die streitige Vereinbarung sei wegen Simulation nichtig, auf Art. 18 OR gestützt. Der Beklagte hat in der Klageantwort dazu ausgeführt, aus der Korrespondenz ergebe sich nicht, dass die Vereinbarung nur ein simuliertes Rechtsgeschäft gewesen sei, ohne sich jedoch über die Frage zu äussern, was für eine Gesetzesbestimmung dafür massgebend wäre. In Replik nnd Duplik kam keine der Parteien auf diese Frage zurück. Schon mit Rücksicht auf diesen Sachverhalt kann daher von einer Berufung beider Parteien auf schweizerisches Recht nicht die Rede sein. Aus dem geschilderten Verhalten der Parteien ergibt sich höchstens, dass sie an die Frage nach dem anwendbaren Recht überhaupt nicht gedacht haben. c) Zu dem Fall, dass sich die Parteien mit der Frage der Rechtsanwendung überhaupt nicht befasst haben, hat das Bundesgericht in BGE 80 II 180 und BGE 81 II 176 f. Stellung genommen. Dort wurde ausgeführt, in einem solchen Verhalten könne eine Willensbekundung zugunsten des schweizerischen Rechts nur dort erblickt werden, wo nach dem massgebenden kantonalen Prozessrecht die Anwendbarkeit ausländischen Rechts schlechthin davon abhänge, dass es von den Parteien angerufen werde; dann sei nämlich das Stillschweigen der Parteien als Verzicht auf die Anwendung eines andern als des schweizerischen Rechts zu bewerten.

Die ZPO des Kantons Aargau enthält jedoch keine solche Bestimmung. Indessen bemerkt die Vorinstanz, es sei nach aargauischer Gerichtspraxis üblich, dass sich die Anwälte, wenn nach ihrer Auffassung schweizerisches Recht nicht anwendbar sei, auf das ausländische Recht berufen und es darlegen; dazu ”zwinge sie die obergerichtliche Rechtsprechung, wonach in analoger Anwendung von Art. 3 aBZP nach aargauischem Zivilprozessrecht ausländische Rechtssätze von der Partei, die sich darauf berufe, anzuführen und bei Bestreitung nachzuweisen seien (VJS 37 48).” Angesichts dieser Rechtsprechung könnte sich fragen, ob (trotz Fehlens einer gesetzlichen Bestimmung) nicht auch hier in extensiver Auslegung der oben erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Verzicht der Parteien auf die Anwendung ausländischen Rechts anzunehmen wäre. d) Diese Frage kann jedoch offen bleiben. Denn bei erneuter Überprüfung kann nicht an der Auffassung festgehalten werden, dass die blosse Bezugnahme der Parteien im Prozess auf schweizerisches Recht schlechthin und für sich allein als Rechtswahl zu betrachten sei, bezw., dass dort, wo das kantonale Prozessrecht die Anwendbarkeit ausländischen Rechts von seiner ausdrücklichen Anrufung abhängen lässt, das Stillschweigen der Parteien schlechthin als Verzicht auf die Anwendung ausländischen Rechts zu gelten habe. Von einer Rechtswahl zugunsten eines bestimmten Rechts und ebenso von einem Verzicht auf die Anwendung der einen von

zwei Rechtsordnungen kann logischerweise nur dort gesprochen werden, wo den Parteien überhaupt bewusst geworden ist, dass sich die Frage nach dem massgebenden Recht stelle. Denn eine Wahl treffen kann nur, wer weiss, dass er die Möglichkeit hat, ein Vertragsverhältnis der einen oder der andern Rechtsordnung zu unterstellen, und ebenso kann auf eine von zwei Möglichkeiten nur verzichten, wer die beiden zu Gebote stehenden

Möglichkeiten kennt. Ein auf übereinstimmenden Erklärungen beruhender Verweisungsvertrag, wie er für eine Rechtswahl notwendig ist, setzt somit voraus, dass die Parteien einen bewussten Rechtswahl-Willen hatten und diesen äussern wollten. Haben die Parteien dagegen an die Frage des anwendbaren Rechts überhaupt nicht gedacht, so kann darin, dass sie von der inländischen Rechtsordnung ausgehen, für sich allein noch keine Rechtswahl erblickt werden. Mit ihrem Vorgehen äussern die Parteien lediglich die Vorstellung, dass die inländische Rechtsordnung massgebend sei, nicht aber den gemeinsamen Willen, dass sie (an Stelle des objektiv massgeblichen Rechts) zur Anwendung gelangen solle. Eine solche Vorstellungsäusserung stellt aber keine zum Zweck des Abschlusses eines Verweisungsvertrages abgegebene Willensäusserung dar. Damit im Einzelfalle die Bezugnahme auf inländisches Recht als Rechtswahl aufgefasst werden kann, bedarf es daher des Hinzutretens weiterer Umstände, welche diese Schlussfolgerung rechtfertigen (SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Allgemeine Einleitung, N. 208, 210, 243, 245, 248). e) Im vorliegenden Falle bieten die Umstände keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Parteien an die Frage des anwendbaren Rechtes überhaupt gedacht und sich irgendwelche Vorstellungen darüber gemacht haben. In der vom Beklagten nicht ausdrücklich beanstandeten Bezugnahme des Klägers auf eine Bestimmung des schweizerischen Rechtes kann daher nach dem Gesagten keine stillschweigende Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts erblickt werden.

4. Das Vorliegen einer Rechtswahl durch die Parteien ist somit schon durch den Rückweisungsentscheid verbindlich abgelehnt worden oder doch auf jeden Fall aus den oben dargelegten Gründen zu verneinen. Demzufolge ist nach der von der Vorinstanz angeführten Rechtsprechung (BGE 78 II 191; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Allgemeine Einleitung N. 280), wonach Darlehensverträge in

der Regel dem Recht am Wohnsitz des Darlehensgebers unterstehen, im vorliegenden Falle das Rechtsverhältnis der Parteien vom englischen Recht beherrscht, da der Darlehensgeber ein in London ansässiger Engländer ist. Da die Vorinstanz schweizerisches Recht angewendet hat, wäre somit die Sache streng genommen abermals an sie zurückzuweisen, damit sie neu, und zwar nach englischem Recht, entscheide. Nun erklärt aber die Vorinstanz, falls das Vorliegen einer Rechtswahl der Parteien zu verneinen wäre, müsse schweizerisches Recht als Ersatzrecht für das grundsätzlich anwendbare englische Recht herangezogen werden, da ihr die Erforschung des englischen Rechts nicht zuzumuten sei. Da anzunehmen ist, dass die Vorinstanz bei einer Rückweisung der Sache wiederum schweizerisches Recht als Ersatzrecht für das ihr unbekannte englische Recht anwenden würde, käme sie somit zu einem mit dem angefochtenen Urteil materiell übereinstimmenden Entscheid. Dieser könnte nicht mehr an das Bundesgericht weitergezogen werden, da die Anwendung schweizerischen Rechtes, welches das kantonale Gericht als blosses Ersatzrecht für das grundsätzlich massgebende ausländische Recht angewendet hat, der Nachprüfung durch das Bundesgericht entzogen ist (BGE 84 III 150,BGE 78 II 392). Bei dieser Sachlage kann die Rückweisung unterbleiben, da sie einen blossen Leerlauf darstellen würde, und es ist so vorzugehen, wie wenn die Vorinstanz schon beim angefochtenen Entscheid das schweizerische Recht als blosses Ersatzrecht angewendet hätte, d.h., es ist auf die Berufung nicht einzutreten (BGE 63 II 45).

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Auf die Berufung wird nicht eingetreten.