Urteilskopf

88 II 195

32. Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. Juni 1962 i.S. von Thurn und Taxis gegen Intercommerce SA
Regeste (de):
1. Internationales Privatrecht.

a) Ob ein Schuldvertrag zustandegekommen sei und welche Wirkungen er habe, beurteilt sich mangels abweichender Parteivereinbarung nach dem Rechte jenes Staates, mit dem er räumlich am engsten zusammenhängt. Welches Recht ist das beim Kauf? (Erw. 1)

b) Nach welchen Rechtsordnungen sind die Ermächtigung zu nichtständiger Stellvertretung, die Tragweite einer solchen Vollmacht und das Inkrafttreten des vom Stellvertreter unter Genehmigungsvorbehalt abgeschlossenen Vertrages zu beurteilen? (Erw. 2 und 3)

2. Art. 43 OG. Das Bundesgericht darf nicht überprüfen, ob der kantonale Richter das als Ersatzrecht für nicht bekannte ausländische Bestimmungen herbeigezogene schweizerische Recht richtig angewendet hat (Erw. 4).

3. Art. 97, 119 OR. Ist ein nicht erfüllbarer Vertrag auch dann verbindlich, wenn die Parteien beim Abschluss wissen, dass er möglicherweise nicht durchgeführt werden könne? (Erw. 5)

Regeste (fr):
1. Droit international privé.

a) En l'absence d'une convention contraire, le juge examine si un contrat a été conclu et quels en sont les effets d'après le droit de l'Etat avec lequel ce contrat est en rapport territorial le plus étroit. Quel est ce droit en cas de vente? (consid. 1)

b) Droit applicable au pouvoir de représenter occasionnellement une partie, à ses effets et à la perfection du contrat conclu par le représentant sous réserve de ratification (consid. 2 et 3).

2. Art. 43 OJ. Le Tribunal fédéral ne peut examiner si le juge cantonal a bien appliqué le droit suisse sur lequel il s'est fondé faute de connaître les dispositions du droit étranger (consid. 4).

3. Art. 97, 119CO. Un contrat inexécutable lie-t-il aussi les parties lorsque celles-ci savent, au moment où elles le concluent, que son exécution sera peut-être impossible? (consid. 5)

Regesto (it):
1. Diritto internazionale privato.

a) In mancanza di una convenzione contraria, il giudice esamina se un contratto è stato concluso e quali ne siano gli effetti, applicando il diritto dello Stato con il quale questo contratto è in più stretto rapporto territoriale. Qualè questo diritto in caso di compravendita? (consid. 1).

b) Diritto applicabile al potere di rappresentare occasionalmente una parte, ai relativi effetti e alla perfezione del contratto concluso dal rappresentante con riserva di ratifica (consid. 2 e 3).

2. Art. 43 OG. Il Tribunale federale non può esaminare se il giudice cantonale ha correttamente applicato il diritto svizzero che ha adottato in luogo delle disposizioni di diritto straniero a lui sconosciute (consid. 4).

3. Art. 97, 119 CO. Un contratto inadempibile vincola le parti anche se queste, all'atto della conclusione, sanno che l'adempimento risulterà forse impossibile? (consid. 5)

Sachverhalt ab Seite 196

BGE 88 II 195 S. 196

A.- Die Intercommerce SA in Buochs beauftragte den in Berlin niedergelassenen Janucek am 25. August 1954 durch ein an seinen Aufenthaltsort Amsterdam gerichtetes Schreiben, für sie einen bestimmten Posten Strümpfe zu verkaufen. Sie fügte bei: "Endgültige Abschlussvereinbarungen wollen Sie nach Zustimmung von Herrn Pepper treffen." Janucek zeigte dieses Schreiben dem in der Bundesrepublik Deutschland niedergelassenen Otto von Eckern und schloss mit ihm am 27. August 1954 in Frankfurt a.M. im Namen der Intercommerce SA einen Vertrag ab, wonach diese an von Eckern ab Lager Transit Amsterdam oder Rotterdam 50'000 Dutzend Damenstrümpfe zum Preise von US-Dollar 2.14 das Dutzend verkaufte.

BGE 88 II 195 S. 197

Sie sollten "ganz oder in Teilpartie, beginnend mit der ersten Hälfte September 1954" geliefert werden. Die Intercommerce SA lieferte die Ware nicht. Von Eckern verlangte deshalb von ihr DM 252'000.– Schadenersatz. Er trat diese Forderung am 21. April 1956 an den Kläger ab.

B.- Dieser klagte am 9. März 1957 beim Kantonsgericht von Nidwalden gegen die Intercommerce SA auf Zahlung von Fr. 130'833.65 nebst 5% Zins seit 5. November 1956. Das Kantonsgericht wies die Klage ab, ebenso auf Appellation des Klägers hin am 25. Januar 1962 das Obergericht des Kantons Nidwalden. Dieses führte aus, der Kläger berufe sich auf schweizerisches Recht, während die Beklagte mehr der Meinung Gewicht verleihe, dass für den vorliegenden Streit, der um das Zustandekommen des Vertrages sowie um den Umfang und die Tragweite der Vollmacht gehe, deutsches Recht massgebend sei. Die Beklagte hätte aber nicht nur einen eindeutigen Antrag auf Anwendung des BGB stellen, sondern gemäss der kantonalen Prozesspraxis auch den Wortlaut und Inhalt des fremden Rechtes nachweisen müssen. Sie habe sich nicht darauf beschränken dürfen, die Ziffern von Paragraphen des BGB zu nennen und im übrigen nur auseinanderzusetzen, weswegen eher deutsches Recht in Frage komme. Aus diesem Grunde werde schweizerisches Obligationenrecht angewendet, was übrigens, wie die Beklagte zugebe, unwesentlich sei, weil die Bestimmungen des BGB nicht zu einem andern Ergebnis führten. Das Obergericht kam zum Schluss, Janucek sei, wie von Eckern wusste, nur bedingt ermächtigt gewesen. Der Vertrag habe noch vom Vertreter der Beklagten, Pepper, oder von der Beklagten selbst genehmigt werden müssen. Diese habe auf die erste Mahnung und die folgenden Schreiben von Eckerns nicht sofort und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie dem Vertrag nicht zustimme. Von Eckern habe ihr Verhalten als

BGE 88 II 195 S. 198

Genehmigung auslegen dürfen. Trotzdem ständen dem Kläger keine Schadenersatzansprüche zu. Beiden Ver-

tragschliessenden sei nämlich bewusst gewesen, dass, wie bei jedem Ostzonengeschäft, ein äusserst grosses Risiko für eine Realisierungsmöglichkeit bestand. Daraus erkläre sich denn auch, weshalb die Beklagte trotz Fehlens eines Finanzierungsplanes und von Akkreditiven in Schweizerfranken und sogar trotz Nichtbestehens einer Einfuhrbewilligung die Lieferung in die Wege leiten wollte und von Eckern zunächst vertröstete. Beide Vertragschliessenden seien der Meinung gewesen, ein Geschäft abwickeln zu wollen, das als fraglich und riskant zu bezeichnen sei, ein Geschäft, bei dem man bestimmt sogar die Umgehung des ordentlichen legalen Weges ins Auge fasste. Wenn zwei Parteien unter solchen Bedingungen und in Kenntnis der ganzen Fragwürdigkeit einen Vertrag abschlössen, könne keine von ihnen im Falle einer Nichtrealisierung, mit der ja habe gerechnet werden müssen, wegen Nichterfüllung Schadenersatz verlangen.

C.- Der Kläger hat die Berufung erklärt. Er beantragt dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichtes aufzuheben und die Sache zur Festsetzung des Schadens und zur Gutheissung der Klage an die kantonale Instanz zurückzuweisen. Die Beklagte beantragt, auf die Berufung nicht einzutreten, allenfalls diese abzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Den Antrag, auf die Berufung nicht einzutreten, begründet die Beklagte damit, dass für das Zustandekommen eines Vertrages nach BGE 44 II 280, BGE 49 II 73, BGE 59 II 399 und BGE 64 II 349 das Recht des Abschlussortes, also deutsches Recht massgebend sei. Das Bundesgericht hat die in diesen und anderen Urteilen vertretene Auffassung, wonach der Vertrag unbekümmert um das Recht, dem er hinsichtlich seiner Wirkungen untersteht, nach dem Rechte des Ortes zustandekomme,

an dem er abgeschlossen wird, in BGE 78 II 85 aufgegeben und auch seither die sog. grosse Vertragsspaltung abgelehnt (BGE 79 II 297, BGE 82 II 552, BGE 85 II 453). Die Beklagte versucht die Gründe, auf der die neue Rechtsprechung beruht, nicht zu widerlegen. Es besteht daher kein Anlass, darauf zurückzukommen.
Wenn, wie hier, die Vertragschliessenden sich über das anzuwendende Recht nicht geeinigt haben, untersteht der Vertrag nach dem internationalen Schuldrecht der Schweiz dem Rechte jenes Staates, mit dem er räumlich am engsten zusammenhängt (BGE 77 II 84, 278, BGE 78 II 77 f., BGE 81 II 393). Dieser Zusammenhang wird durch die den Vertrag charakterisierende Leistung hergestellt, bei Käufen also durch die Leistung des Verkäufers. Der vorliegende Kauf, den der Kläger und die Vorinstanz als zustandegekommen erachten, untersteht daher dem schweizerischen Recht, da die als Verkäuferin belangte Beklagte in der Schweiz niedergelassen ist (BGE 77 II 84, 191, 278, BGE 78 II 80). Wenn der Kauf wirklich zustandegekommen ist und die Rüge des Klägers, die Beklagte habe ihn schuldhaft nicht erfüllt, begründet ist, verletzt das angefochtene Urteil daher Bundesrecht. Auf die Berufung ist deshalb einzutreten.

2. Als die Rechtsprechung auf dem Boden der grossen Vertragsspaltung stand, wurde die auf die gewillkürte Stellvertretung anwendbare Rechtsordnung nach besonderen Grundsätzen ermittelt. Das Bundesgericht entschied, es sei nach dem am Wohnsitz des Vertretenen geltenden Rechte zu beurteilen, ob dieser den Vertreter bevollmächtigt habe (BGE 42 II 650 f., BGE 46 II 494, BGE 76 I 349). Auf die Tragweite der Vollmacht erklärte es das Recht des Ortes anwendbar, an dem sie ihre Wirkung entfaltete (BGE 46 II 494, BGE 49 II 73 f.). Diese Rechtsprechung ist nicht dadurch überholt, dass heute die grosse Vertragsspaltung abgelehnt wird. Die Anwendung einheitlichen Rechts auf den Abschluss und die Wirkung des Vertrages schliesst nicht aus, dass gewisse Fragen, die schon früher weder nach dem Statut

des Abschlusses noch nach dem der Wirkung des Vertrages beurteilt wurden, weiterhin einer besonderen Betrachtung bedürfen. In BGE 78 II 86 wurden denn auch z.B. in bezug auf die Handlungsfähigkeit und die Form des Vertrages Vorbehalte gemacht. Ein solcher rechtfertigt sich weiterhin auch hinsichtlich der Stellvertretung. Diese hängt nicht vom Vertrage ab, dessen Abschluss sie dient, sondern ist selbständiger Natur. Die Stellvertretung beruht einerseits auf dem Grundverhältnis, kraft dessen der Vertreter für den Vertretenen tätig wird (Auftrag, Dienstvertrag usw.), anderseits auf der einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung, durch die dieser den Vertreter ermächtigt, mit einem Dritten im Namen des Vertretenen einen Vertrag abzuschliessen. Dass das Grundverhältnis besonderen Regeln folgt, ist klar, denn es entsteht und besteht unabhängig davon, ob und wie der Vertreter von der ihm erteilten Ermächtigung Gebrauch macht. Aber auch das externe Verhältnis, kraft dessen der Vertreter dem Dritten gegenüber die Macht hat, den Vertretenen zu binden, hängt nicht davon ab, ob der Vertreter und der Dritte auf den Abschluss eines Vertrages gerichtete Willenserklärungen abgeben und welchen Inhalt diese haben. Ob und inwieweit jemand Vollmacht hat, muss unabhängig davon entschieden werden, ob und in welchem Sinne er von ihr Gebrauch macht. Auch ist nicht begrifflich notwendig, dass die Ermächtigung der gleichen Rechtsordnung unterstehe wie der Vertrag, den der Vertreter mit dem Dritten abschliesst. Jemand kann sich z.B. nach schweizerischem Recht ermächtigen lassen, einen dem französischen Recht unterstehenden Vertrag abzuschliessen. Es besteht daher kein Anlass, mangels einer ausdrücklichen Rechtswahl beide Verhältnisse nach einheitlichem Recht zu beurteilen. Auf jedes ist das Recht jenes Staates anzuwenden, mit dem es selbst räumlich am engsten zusammenhängt.

3. Die Ermächtigung als einseitige Willenserklärung

des Vollmachtgebers ist im Falle nichtständiger Vertretung räumlich am engsten mit jenem Lande verbunden, in dem der Vollmachtgeber seinen Wohnsitz hat. Ob jemandem zum Abschluss eines einzelnen Geschäftes Vollmacht erteilt worden sei, beurteilt sich daher nach dem Rechte, das am Wohnsitz des angeblichen Vollmachtgebers gilt. Diese Auffassung herrscht auch im schweizerischen Schrifttum (E. PFISTER, Vollmacht und Stellvertretung im internationalen Privatrecht, Diss. Zürich 1927 S. 77 f.; MOSER, Einzelinteresse und Verkehrsschutz bei internationaler Betrachtung der gewillkürten Stellvertretung, Festschrift Handelshochschule St. Gallen 1949 S. 391; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Allg. Einl. N. 156). Hinsichtlich ihrer Tragweite hängt die Vollmacht dagegen am engsten mit dem Orte zusammen, an dem sie wirkt, d.h. der Vertreter von ihr Gebrauch macht. Hier führt sie zum Abschluss des Rechtsgeschäftes mit dem Dritten. Dessen Interesse, ihren Inhalt und Umfang einfach und sicher beurteilen zu können, steht im Vordergrund. Es geht den Interessen des Vertretenen vor. Wer sich eines Vertreters bedient, hat die Nachteile der Stellvertretung in Kauf zu nehmen. Diese sollen nicht den Dritten treffen. Auf die Tragweite der Vollmacht zum Abschluss eines einzelnen Rechtsgeschäftes ist daher das an ihrem Wirkungsort geltende Recht anzuwenden (SCHÖNENBERGER/JÄGGI/Allg. Einl. N. 164 f.; MAKAROV, Die Vollmacht im internationalen Privatrecht, Festschrift für T. Perassi, Mailand 1957 2 S. 61). Zum Inkrafttreten des von einem Stellvertreter abgeschlossenen Vertrages kann eine Genehmigung nötig sein. Ob und wie zu genehmigen sei, hängt vom Umfang der Vollmacht und von dem beim Abschluss angebrachten Vorbehalt, nicht vom Inhalt des Vertrages ab. Daher beurteilt sich nach dem für die Tragweite der Vollmacht massgebenden Recht, unter welchen Voraussetzungen der Vertrag genehmigt sei. Nach diesem entscheidet sich

auch, ob der Vertrag bis zur Genehmigung wirkungslos bleibt

BGE 88 II 195 S. 202

oder, wie z.B. nach Art. 38 OR, einen den Dritten bindenden Schwebezustand begründet. Von der gleichen Rechtsordnung hängt ab, was der Dritte allenfalls vorkehren muss, um sich zu befreien, wenn die Genehmigung auf sich warten lässt. Wie bei der Frage der Tragweite der Vollmacht geht hier das Interesse des Dritten demjenigen des Vertretenen vor. Der Dritte muss einfach und sicher feststellen können, in welcher Rechtslage er sich bis zur Genehmigung oder bis zu deren Ablehnung befindet. Diesem Interesse ist gedient, wenn das Recht des Wirkungsortes der Vollmacht angewendet wird (VON CAEMMERER, Die Vollmacht für schuldrechtliche Geschäfte im deutschen internationalen Privatrecht, Rabels Zeitschrift 1959 S. 215).

4. Die Erteilung der Vollmacht der Beklagten an Janucek, die zum Abschluss des Kaufvertrages mit von Eckern führte, untersteht dem schweizerischen Recht, da die Beklagte in der Schweiz niedergelassen ist. Dass die Beklagte dem Janucek die in ihrem Brief vom 25. August 1954 umschriebene Vollmacht erteilte, ist indessen nicht bestritten. Welche Tragweite die Vollmacht hatte und ob die vorbehaltene Genehmigung erfolgte, sind dagegen Fragen, die dem deutschen Recht unterstehen, da Janucek von der Vollmacht in Frankfurt a.M. Gebrauch machte, indem er daselbst von Eckern beim Abschluss des Kaufes den erwähnten Brief vorwies. Diese Fragen sind denn auch vom Obergericht im Ergebnis nach deutschem Recht entschieden worden. Das Obergericht führt freilich nicht aus, welche Bestimmungen des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches den Schluss rechtfertigen, die Beklagte habe den Vertrag genehmigt, sondern es erklärt, es wende schweizerisches Recht an. Das tut es aber nicht, weil es der Auffassung wäre, diese Frage unterstehe dem schweizerischen Recht, sondern weil ihm die Beklagte nicht in der vom Prozessrecht verlangten Weise vorgetragen hat, dass und inwiefern das deutsche Recht vom schweizerischen abweiche. Es sieht also im schweizerischen Recht blosses Ersatzrecht

BGE 88 II 195 S. 203

für das aus prozessualen Gründen zu übergehende deutsche Recht. Ob schweizerisches Recht in der Rolle des Ersatzrechtes für nicht bekannte ausländische Bestimmungen richtig angewendet wurde, darf das Bundesgericht als Berufungsinstanz nicht überprüfen (BGE 67 II 181, BGE 76 II 112, BGE 77 II 192, 275, BGE 78 II 392, BGE 79 II 302, BGE 84 III 150). Nicht schweizerisches, sondern ausländisches Recht ist verletzt, wenn der Richter die als Ersatzrecht herbeigezogenen schweizerischen Normen unrichtig auslegt. Das Bundesgericht muss deshalb entgegen der Auffassung der Beklagten davon ausgehen, dass diese den Kaufvertrag genehmigt hat.

5. Das Obergericht hat die Klage abgewiesen, weil beiden Vertragschliessenden bewusst gewesen sei, dass das Geschäft möglicherweise nicht durchgeführt werden könne, und von Eckern daher mit der Nichterfüllung habe rechnen müssen. Diese Begründung widerspricht dem Gesetz. Verträge sind zu halten. Wer daran unter bestimmten Voraussetzungen nicht gebunden sein will, kann sie bedingt abschliessen. Das blosse Bewusstsein beider Vertragschliessenden, dass das Geschäft möglicherweise nicht vollzogen werden könne, macht die gegenseitigen Verpflichtungen nicht zu bedingten. Wann ein Vertrag wegen Unmöglichkeit der Erfüllung dahinfällt, bestimmt Art. 119 OR. Die Unmöglichkeit muss auf Umständen beruhen, die der Schuldner nicht zu verantworten hat. Solche liegen nicht vor. Wer eine Leistung verspricht, obschon er weiss, dass er sie möglicherweise nicht werde erbringen können, nimmt die Gefahr auf sich und hat die Nichterfüllung zu verantworten (BGE 25 II 66 f., BGE 29 II 516, BGE 36 II 396, BGE 42 II 372, BGE 43 II 177 f., BGE 48 II 217 ff.). Es trifft

ihn ein Verschulden'das ihn verpflichtet, dem Gläubiger für den aus der Nichterfüllung entstehenden Schaden Ersatz zu leisten (Art. 97 Abs. 1 OR).

Das angefochtene Urteil ist daher als bundesrechtswidrig aufzuheben.

6. Die Beklagte hat in der Rechtsantwort behauptet, Janucek und von Eckern hätten mündlich festgelegt, dass sie den Vertrag nur erfüllen könne, wenn ihr Lieferant seiner Verpflichtung nachkommen werde. Ferner stellte sie sich auf den Standpunkt, von Eckern habe Janucek mündlich die Beschaffung der devisenrechtlichen Genehmigung versprochen, die nötig gewesen sei, weil Ware aus der deutschen Ostzone Gegenstand des Kaufes war; diese Genehmigung habe von Eckern nicht beigebracht. Auch machte die Beklagte geltend, von Eckern hätte den Vertrag erst nach der Erteilung der Einfuhrbewilligung abschliessen dürfen. Da er eine solche nie vorgelegt habe, sei der Vertrag nicht wirksam geworden. Von Eckern hätte die Einfuhrbewilligung auch nie erhalten, weil gegen ihn ein Ermittlungsverfahren wegen illegalen Interzonenhandels gelaufen sei. Vor dem Obergericht brachte die Beklagte vor, die Klage müsse auch wegen Wegfalles der Geschäftsgrundlage abgewiesen werden. Zu allen diesen Einwendungen hat das Obergericht nicht Stellung genommen. Die Sache ist daher zu neuer Beurteilung zurückzuweisen. Falls die Gültigkeit des Vertrages zu bejahen ist, wird über das Verschulden der Beklagten als Voraussetzung der Schadenersatzpflicht, über Bestand und Höhe des Schadens, über ein allfälliges Mitverschulden des von Eckern und über das Mass der Ersatzpflicht zu urteilen sein.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Das Urteil des Obergerichts des Kantons Nidwalden vom 25. Januar 1962 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.