

Rechtsmissbräuchliche Berufung auf ausländisches Recht, wenn vor Vorinstanz Schweizer Recht angerufen wurde

(Art. 116 IPRG; Art. 2 Abs. 2 ZGB)

1. Die X AG mit Sitz in der Schweiz liess von der in Italien ansässigen Y s.r.l. für die in ihrem Eigentum stehende und von ihrem Verwaltungsratspräsidenten bewohnte Liegenschaft Marmor- und Natursteinplatten liefern und verlegen. Y verlangt die Bezahlung ihrer Leistung.

2. Die Vorinstanz erwog, Wiener Kaufrecht könne nicht anwendbares Recht sein, weil die Lieferung bzw. das Verlegen des gelieferten Steins nicht dem Geschäftsbereich der X AG, sondern vielmehr dem Privatbereich deren Verwaltungsratspräsidenten zuzuordnen sei. Aus der gleichen Überlegung heraus sei nicht Art. 117 IPRG, sondern Art. 120 IPRG anwendbar, womit Schweizer Recht zur Anwendung gelange.

3. Dagegen erhob die X AG Berufung und machte geltend, entgegen der Auffassung der Vorinstanz stelle das zu beurteilende Rechtsverhältnis keine Konsumentenstreitigkeit dar, weshalb nicht Art. 120 IPRG, sondern Art. 117 IPRG zur Anwendung gelange. Da auch keine Rechtswahl getroffen worden sei, sei italienisches Recht anwendbar. An der Berufungsverhandlung wurde diese Auffassung dahingehend präzisiert, dass auf die Plattenlieferungen Wiener Kaufrecht und auf die Verlegearbeiten italienisches Recht anwendbar sei. Es sei daher geboten, die Streitsache zur Feststellung des italienischen Rechts an die Vorinstanz zurückzuweisen.

a) Weil die Frage nach dem anwendbaren Recht und dessen Auslegung eine Rechts- und keine Tatfrage darstellt (BBI 1983 I 311; Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3.A., S. 282 mit Hinweisen auf abweichende Lehrmeinungen), kann die beantragte Rückweisung an die Vorinstanz von vornherein nicht in Betracht gezogen werden. § 96 ZPO ist durch das IPRG mindestens insofern überholt, als die Gerichte gemäss Art. 16 Abs. 1 IPRG das Recht von Amtes wegen festzustellen haben. Auch wenn die Gerichte die Mithilfe der Parteien verlangen können (Art. 16 Abs.1 Satz 2 IPRG), ändert dies nichts daran, dass die Gerichte von sich aus alle erfolgsversprechenden Erkenntnisquellen nutzen müssen. Auch Satz 3 von Art. 16 Abs. 1 IPRG, wonach bei vermögensrechtlichen Ansprüchen der Nachweis den Parteien überbunden werden kann, bedeutet nicht, dass eine eigentliche Beweisführung und Beweislast mit allen Konsequenzen für die entsprechende Partei aufgestellt wird. Die "Überbindung" bedeutet vielmehr nichts anderes als eine Fortsetzung von Satz 2, nämlich eine Aufforderung an die Parteien, bei der Ermittlung des Rechts mitzuwirken. Erst wenn der Inhalt des anzuwendenden Rechts trotz aller Bemühungen nicht feststellbar ist, ist gemäss Art. 16 Abs. 3 IPRG als Ersatzrecht das schweizerische Recht anzuwenden (Walter, S. 282 ff.).

b) Wie die Berufungsklägerin ist auch das Obergericht der Auffassung, dass es sich beim vorliegenden Vertragsverhältnis nicht um ein solches über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Konsumenten bestimmt sind (Art. 120 Abs. 1 IPRG), handelt. Zwar wurden die Steinplatten im und um das Wohnhaus des Verwaltungsratspräsidenten der Berufungsklägerin verlegt, doch ist dies auch bereits der einzige Punkt, der die Annahme eines Konsumentenvertrags allenfalls noch nahe legen würde. Entscheidend ist hingegen, dass die fragliche Liegenschaft im Eigentum der Berufungsklägerin steht und der Bewohner deren Verwaltungsratspräsident ist. In dieser Konstellation besteht kein Raum zur Annahme, die im Allgemeinen als auch in Bausachen geschäftserfahrene Berufungsklägerin sei in den Verhandlungen der Berufungsbeklagten unterlegen gewesen. Es besteht deshalb auch kein Grund, die Berufungsklägerin durch die Anwendung desjenigen Rechts zu schützen, auf welches sie normalerweise vertraut und auch vertrauen darf (Keller/Kren-Kostkiewicz, in: IPRG Kommentar [Hrsg.: Heini/Keller/Siehr/Vischer/Volken], Zürich 1993, Art. 120 N 4). Dementsprechend ist das Vorliegen eines Konsumentenvertrags zu verneinen, und es ist neu zu prüfen, welches Recht auf den Sachverhalt Anwendung findet.

c) Gemäss Art. 1 IPRG, der den Geltungsbereich des Gesetzes regelt, bleiben die von der Schweiz ratifizierten völkerrechtlichen Verträge vorbehalten (Abs. 2). Bevor für die Bestimmung des anwendbaren Rechts die Kollisionsnormen des IPRG konsultiert werden, ist daher stets zu prüfen, ob auf den zu beurteilenden Sachverhalt ein Staatsvertrag Anwendung findet; wo international vereinheitlichtes materielles Recht vorliegt, bedarf es keiner Kollisionsnormen mehr (Volken, in: IPRG Kommentar, Art. 1 N 62). Indessen haben es die Parteien z.B. im Bereich des Schuldrechts in der Hand, ihren Vertrag gemäss Art. 116 IPRG dem Recht eines von ihnen gewählten Staates zu unterstellen, was regelmässig auch durch Staatsverträge nicht ausgeschlossen wird.

Im Anwendungsbereich des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenverkauf (UN- bzw. Wiener Kaufrecht, WKR; SR.0.221.211.1) zum Beispiel ist das sogenannte "opting out" gemäss Art. 6 WKR problemlos möglich (Amstutz/Vogt/Wang, Basler Kommentar, Art. 116 IPRG N 19). Zu prüfen ist daher als erstes, ob in der Tatsache, dass sich die Berufungsklägerin noch im erstinstanzlichen Verfahren ausdrücklich auf das Schweizer Recht berief, eine Rechtswahl zu erblicken ist.

aa) In RBOG 1972 Nr. 2 stellte das Obergericht unter Hinweis auf BGE 81 II 176 fest, dass eine nachträgliche Rechtswahl darin erblickt werden könne, dass sich im Prozess beide Parteien auf ein bestimmtes Recht berufen würden. Das Bundesgericht führte in BGE 119 II 175 f. aus, es stehe seit seiner mit BGE 87 II 200 begründeten Rechtsprechung auf dem Standpunkt, von einer Rechtswahl zugunsten eines bestimmten und von einem Verzicht auf die Anwendung eines anderen Rechts könne logischerweise nur dort gesprochen werden, wo den Parteien überhaupt bewusst geworden sei, dass sich die Frage nach dem massgebenden Recht stelle, denn die Wahl treffen könne nur, wer wisse, dass er die Möglichkeit habe, ein Vertragsverhältnis der einen oder anderen Rechtsordnung zu unterstellen, und ebenso könne auf eine von zwei Möglichkeiten nur verzichten, wer die beiden zu Gebote stehenden Möglichkeiten kenne. Ein auf übereinstimmenden Erklärungen beruhender Verweisungsvertrag, wie er für eine Rechtswahl notwendig sei, setze damit voraus, dass die Parteien einen bewussten Rechtswahl-Willen hätten und diesen äussern wollten. Würden die Parteien dagegen überhaupt nicht an die Frage des anwendbaren Rechts denken, so könne darin, dass sie von der inländischen Rechtsordnung ausgingen, für sich allein noch keine Rechtswahl erblickt werden. Später habe das Bundesgericht diese Auffassung insofern verdeutlicht, als es die gemeinsame Berufung auf ein bestimmtes Recht je nach den Umständen als Ausdruck oder Folge bewusster stillschweigender Rechtswahl oder mindestens als Indiz dafür jedenfalls nicht ausgeschlossen habe. Zwar bleibe ein hypothetischer Parteiwille als versteckte Anknüpfung grundsätzlich unbeachtlich, doch reiche auch für den Abschluss eines Verweisungsvertrags ein normativer Konsens aus. Die vom Gesetzgeber geforderte Klarheit der Rechtswahl erfordere hier allerdings eine objektiv hinreichend schlüssige, ausdrückliche oder konkludente Willenserklärung, die vom Empfänger nach dem Vertrauensgrundsatz unzweideutig als Offerte eines Verweisungsvertrags verstanden werden dürfe und müsse. Ein Rechtsfolgewillen dürfe namentlich nicht bereits aus einer Bezugnahme auf ein bestimmtes Recht abgeleitet werden. Vielmehr müssten zusätzlich objektive Anhaltspunkte den Schluss zulassen, damit solle in Abweichung von der objektiven kollisionsrechtlichen Anknüpfung ein anderes materielles Recht bestimmt werden.

bb) Gemäss der Auffassung des Obergerichts ist in der Bezugnahme der Berufungsklägerin auf schweizerisches Vertragsrecht vor Vorinstanz sehr wohl eine ausreichend schlüssige Willenserklärung hinsichtlich der Anwendbarkeit des entsprechenden schweizerischen Rechts zu erblicken. So handelt es sich beim Vertreter der Berufungsklägerin gerichtsnotorisch um einen international tätigen Rechtsanwalt, dem das Vorliegen eines internationalen Sachverhalts ohne jeden Zweifel bewusst war und dessen Berufung auf das Schweizer Vertragsrecht daher nicht anders verstanden werden kann, als dass er dieses angewandt haben wollte. Hätte er sich getäuscht, d.h. die Internationalität des Sachverhalts verkannt, so wäre es an ihm gelegen, dies und den fehlenden Rechtsfolgewillen vor Obergericht darzulegen und sich auf einen entsprechenden Irrtum zu berufen. Entsprechende Ausführungen in diese Richtung erfolgten jedoch auch nicht ansatzweise. Es liegt deshalb der Verdacht nahe, dass die Berufungsklägerin die Frage nach der Anwendbarkeit eines anderen Rechts vor Vorinstanz bewusst nicht besonders thematisierte, nur um bei der Anwendung des schweizerischen Vertragsrechts durch die Vorinstanz einen Grund für das Einlegen eines Rechtsmittels zu schaffen. Darauf deutet jedenfalls hin, dass sich die Berufungsklägerin auch im Berufungsverfahren mit den behaupteten anwendbaren Bestimmungen des internationalen oder ausländischen Rechts überhaupt nicht auseinandersetzte, sondern es ausnahmslos bei blossen und schwammigen Behauptungen belies und darüber hinaus offen zugestand, das italienische Recht nicht zu kennen. Das Verhalten der Berufungsklägerin kann daher nicht anders interpretiert werden, als dass sie offensichtlich nur das Verfahren zu verkomplizieren versucht, was nach Art. 2 Abs. 2 ZGB als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist und daher keinen Rechtsschutz finden kann. Demnach muss davon ausgegangen werden, dass die Berufungsklägerin noch vor der ersten Instanz einen Rechtsfolgewillen hatte, schweizerisches Recht auf den Vertrag anwenden zu lassen, weshalb es nicht angehen kann, sich in der zweiten Instanz (aus durchschaubaren, prozesstaktischen Gründen) nun plötzlich auf ein anderes Recht zu berufen.

Obergericht, 11. September 2003, ZBO.2003.10