

## **BGE 87 II 270**

Bundesgericht (BGE), 1961-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_87\\_II\\_270](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_87_II_270)

FR: ATF 87 II 270

IT: DTF 87 II 270

### **Regeste**

Regeste Internationales Privatrecht a) Die erst im kantonalen Kassationsverfahren oder im eidgenössischen Berufungsverfahren zustande kommende Einigung über das anzuwendende Recht ist nicht zu beachten (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG). b) Welchem Recht untersteht der Auftrag? c) Nach welchem Recht beurteilt sich, ob von mehreren Personen einzelne durch Abrede mit den andern als Auftraggeber ausgeschieden sind? d) Die Rückweisung an den kantonalen Richter zur Anwendung ausländischen Rechts (Art. 65 OG) unterbleibt, wenn sie nicht zu einem anderen Urteil führen könnte.

Regeste Droit international privé a) On ne peut tenir compte d'un accord relatif au droit applicable s'il n'est intervenu que dans la procédure cantonale de cassation ou dans la procédure de recours en réforme au Tribunal fédéral (art. 55 al. 1 litt. c OJ). b) Quel est le droit applicable au mandat? c) D'après quel droit faut-il juger si, alors que plusieurs personnes étaient d'abord mandantes, certaines ont perdu cette qualité en vertu d'un accord passé avec les autres? d) L'affaire n'est pas renvoyée au juge cantonal pour qu'il applique le droit étranger (art. 65 OJ) lorsque cette mesure ne pourrait aboutir à un jugement différent.

Regesto Diritto internazionale privato. a) Non può essere tenuto conto di un accordo relativo al diritto applicabile se è intervenuto solo nella procedura cantonale di cassazione o nella procedura di ricorso per riforma al Tribunale federale (art. 55 cpv. 1 lett. c OG). b) Qual è il diritto applicabile al mandato? c) Secondo quale diritto devesi giudicare se taluni dei precedenti mandanti hanno perso questa qualità in virtù di un accordo concluso con gli altri? d) La causa non è rimandata al giudice cantonale, perchè applichi il diritto straniero (art. 65 OG), quando questa misura non potrebbe conseguire una diversa sentenza.

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Sollten die Kläger nicht legitimiert sein, die eingeklagten Ansprüche geltend zu machen, so würde sich ein weitläufiges Beweisverfahren über deren Begründetheit erübrigen. Unter dem Gesichtspunkt des Art. 50 OG ist daher die Berufung gegen den angefochtenen Vorentscheid zulässig.

#### **E. 2**

Nach dem internationalen Privatrecht der Schweiz ist auf den Schuldvertrag jene Rechtsordnung anzuwenden, der die Parteien sich durch Vereinbarung unterwerfen, und mangels einer Vereinbarung das Recht jenes Staates, mit dem der Vertrag räumlich am engsten zusammenhängt ( BGE 78 II 77 f., BGE 79 II 297 f., BGE 81 II 393 ). Die übereinstimmende Unterwerfung unter ein bestimmtes Recht kann auch noch im Prozess erfolgen ( BGE 79 II 295 ff., BGE 80 II 46 , 50, 180, BGE 81 II 176 , BGE 82 II 129 ). Die Parteien haben nicht vereinbart, welches Recht anzuwenden sei. Eine Einigung wurde auch

im Prozess nicht erzielt. Im Gegensatz zu den Klägern, die schweizerisches Recht für anwendbar hielten, berief der Beklagte sich vor dem Bezirksgericht auf italienisches und deutsches Recht, und vor dem Obergericht änderte er seine Stellungnahme nicht. Im kantonalen Kassationsverfahren warf er dem Obergericht dann unter anderem die Verletzung der Art. 8 ZGB und 530 f. OR vor, und auch in der Berufungsschrift erachtet er jene Bestimmung als verletzt. Das sind jedoch Standpunkte, die neu sind und daher gemäss Art. 55 Abs. 1 lit. c OG nicht berücksichtigt werden dürfen. Der Beklagte ist Beauftragter. Das Rechtsverhältnis, aus dem ihn die Kläger belangen, hängt am engsten mit der Schweiz zusammen, in der er während der ganzen BGE 87 II 270 S. 274 Dauer des Auftrages wohnte und noch heute Wohnsitz hat und daher Rechenschaft ablegen muss ( BGE 67 II 181 , BGE 77 II 93 ; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Komm. zum OR, 3. Aufl., allg. Einl. N. 291). Das Obergericht hat jedoch noch nicht über die Rechte und Pflichten der Parteien aus dem Auftrag geurteilt, sondern nur entschieden, dass die Rechte des Konsortiums, das ursprünglich Auftraggeber war, heute ausschliesslich den Klägern zustehen. Ob das zutrifft, beurteilt sich nicht nach der auf den Auftrag anwendbaren Rechtsordnung, denn die Parteien streiten nicht darüber, ob die Rechte des Auftraggebers in einer auch für den Beklagten gültigen Weise abgetreten worden seien, sondern sind uneins, ob diese auf Grund interner Vorgänge im Konsortium heute allein Anspruch auf Übergabe des Treugutes und Ablegung von Rechenschaft haben. Das kommt darin zum Ausdruck, dass der Beklagte in materiellrechtlicher Hinsicht nur geltend macht, der angefochtene Entscheid verletze gesellschaftsrechtliche Bestimmungen. Es geht nur um das dem Übergang der Rechte zugrunde liegende Rechtsgeschäft. Dieses untersteht seinem eigenen Recht (SCHÖNENBERGER/JÄGGI a.a.O. N. 377), nämlich entweder dem italienischen, weil die Glieder des Konsortiums anscheinend alle in Italien niedergelassen waren, oder dem deutschen, weil sich die entscheidenden Handlungen zur Erreichung des Gesellschaftszweckes in Deutschland abgewickelt haben, jedenfalls nicht dem vom Obergericht für anwendbar gehaltenen schweizerischen Recht. Da ausländisches Recht auf die Streitfrage ausschliesslich zutrifft, kommt seine Anwendung durch das Bundesgericht gemäss Art. 65 OG nicht in Frage. Andererseits erübrigt es sich, die Sache nach Art. 60 Abs. 1 lit. c OG zur Fällung eines neuen Vorentscheides an das Obergericht zurückzuweisen, denn er würde nicht anders ausfallen als der angefochtene (vgl. BGE 49 II 236 Erw. 2). Das Obergericht schliesst aus Briefen des Beklagten an die Kläger und deren BGE 87 II 270 S. 275 Anwalt, der Beklagte habe schon im Jahre 1929 gewusst, dass von den ursprünglichen Gesellschaftern alle ausser dem Vater der Kläger und dem Grafen Mazzotti aus dem Konsortium ausgeschieden waren, und es sei ihm auch bekannt geworden, dass Graf Mazzotti später seinen Anteil den Klägern schenkte. Auch aus dem Umstande, dass der Beklagte den Erlös aus dem liquidierten Vermögen den Klägern überwies und mit ihnen über die Vergütung für seine Dienste einig geworden sein will, leitet es ab, dass nur noch sie Auftraggeber seien. Er hält dem Beklagten vor, er müsse sich darüber im klaren sein, dass durch den Brief der Dresdener Bank vom 8. Dezember 1937, in dem neben den Klägern auch von Mazzotti, von der Società Commerciale Latina und Treves die Rede sei, sowie durch die Vollmachten der beiden letzteren aus devisenrechtlichen Gründen eine unveränderte Fortdauer eines früheren Zustandes nur habe vorgetäuscht werden wollen. Alle diese Überlegungen sind Beweiswürdigung, und das Ergebnis, zu dem sie führt, nämlich dass Dritte auf das Treugut keinen Anspruch mehr haben, ist eine tatsächliche Feststellung. Bei dieser hätte es selbst dann sein Bewenden, wenn die Sache zur Anwendung ausländischen Rechts an das Obergericht zurückgewiesen würde. Sie schliesse

die Verneinung der Aktivlegitimation der Kläger selbst dann aus, wenn das Obergericht die Rechtsgeschäfte über das Ausscheiden der andern Gesellschafter im Lichte des italienischen oder deutschen Rechts betrachten würde. Nicht seine Auffassung, dass schweizerisches Recht anwendbar sei, sondern die Überzeugung, dass irgendwelche nicht näher bekannte Vorgänge die andern Gesellschafter zur Aufgabe ihrer Rechte am Gesellschaftsvermögen veranlasst haben, hat das Obergericht zur Bejahung der Aktivlegitimation bestimmt. Auch seine Ausführungen über die Beweislast, die seines Erachtens der Beklagte trägt, waren nicht entscheidend und können es nicht sein. Von der Beweislast hinge der Entscheid über die Aktivlegitimation nur ab, BGE 87 II 270 S. 276 wenn über das Ausscheiden der Società Commerciale Latina des Treves und des Grafen Mazzotti Zweifel beständen. Dispositiv

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.