

## **BGer 4A\_444/2018 vom 13. März 2019**

Bundesgericht, 2019-03-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_444\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_444_2018)

FR: TF 4A\_444/2018 du 13 mars 2019

IT: TF 4A\_444/2018 del 13 marzo 2019

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Das Handelsgericht ist in diesem Fall einzige kantonale Instanz im Sinne von Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG. Gegen seine Entscheide steht daher grundsätzlich die Beschwerde in Zivilsachen offen, gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG unabhängig vom Streitwert ( BGE 139 III 67 E. 1.2; 138 III 799 E. 1.1, 2 E. 1.2.2). Der angefochtene Zwischenentscheid im Sinne von Art. 237 ZPO ist ein selbständig eröffneter Vor- und Zwischenentscheid über die Zuständigkeit, gegen den die Beschwerde nach Art. 92 Abs. 1 BGG zulässig ist.

Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

#### **E. 2**

Das Handelsgericht bejahte seine örtliche Zuständigkeit gestützt auf Art. 31 ZPO.

Gemäss dieser Bestimmung ist für Klagen aus Vertrag "das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort zuständig, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist". Demgegenüber war ein Gerichtsstand am Erfüllungsort im Bundesgesetz vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG; AS 2000 2355) noch nicht vorgesehen. Ausserdem ist in diesem Zusammenhang auf den revidierten Art. 113 IPRG hinzuweisen, der - wie die Zivilprozessordnung - am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist. Laut diesem kann im internationalen Verhältnis, wenn "die für den Vertrag charakteristische Leistung in der Schweiz zu erbringen" ist, "auch beim schweizerischen Gericht am Erfüllungsort dieser Leistung geklagt werden".

Die Zuständigkeit nach Art. 31 ZPO und Art. 113 IPRG ist insofern restriktiv ausgestaltet, als bloss die

charakteristische Leistung einen Gerichtsstand begründet. Wo diese zu erfüllen ist, bestimmt sich nach dem Vertrag, bei Fehlen einer Vereinbarung nach Art. 74 OR. Die charakteristische Leistung eines Vertrages ist nach der Rechtsprechung unter Berücksichtigung von Art. 117 Abs. 3 IPRG zu bestimmen, der für die wichtigsten Vertragsarten ausdrücklich eine der Leistungen bezeichnet (siehe Urteil 4A\_98/2016 vom 22. August 2016 E. 6.1 mit Hinweisen auf die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung). Demnach ist bei den meisten geläufigen Austauschverträgen diejenige Leistung als charakteristisch anzusehen, die nicht in einer Geldzahlung besteht (siehe schon Botschaft vom 10. November 1982 zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht [IPR-Gesetz] [nachfolgend: Botschaft IPRG], BBl 1983 I 410 mit Hinweisen). Dadurch wird vermieden, dass dem Gläubiger einer Geldleistung stets ein Gerichtsstand an seinem Wohnsitz zur Verfügung steht (siehe Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf vom Juni 2003 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, S. 28; HOHL,

Procédure civile, Bd. II, 2. Aufl. 2010, S. 72 Rz. 307).

Bei Auftrag, Werkvertrag und ähnlichen Dienstleistungsverträgen gilt nach Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG die Dienstleistung als charakteristisch. Dass demnach vorliegend die Leistung der Beschwerdeführerin charakteristisch ist, steht ausser Frage. Umstritten ist dagegen, ob der nach Art. 31 ZPO massgebliche Erfüllungsort im Kanton Bern liegt und das dortige Handelsgericht daher örtlich zuständig ist.

### **E. 3.1**

Im Schrifttum zu Art. 31 ZPO und Art. 113 IPRG wird kontrovers diskutiert, was zu gelten hat, wenn ein Vertrag mehrere Nichtgeldleistungen zum Inhalt hat, von denen nicht ohne Weiteres eine allein als charakteristisch erscheint.

Eine Mehrheit der Autoren nimmt an, dass zumindest in bestimmten Fällen mehrere Leistungen eines Vertrages charakteristisch sein können, und postuliert, gegebenenfalls mehr als einen zuständigkeitsbegründenden Erfüllungsort anzuerkennen (siehe AMSTUTZ/WANG/ GOHARI, in: Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. 2013, N. 10-12 zu Art. 113 IPRG ; HAAS/STRUB, in: ZPO, Oberhammer/ Domej/ Haas [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 9 zu Art. 31 ZPO ; HALDY, in: Commentaire romand, Code de procédure civile, 2. Aufl. 2019, N. 8 zu Art. 31 ZPO ; HEDINGER, Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2011, S. 68-73; ROHNER, in: ZPO Kommentar, Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], 2. Aufl. 2015, N. 7 zu Art. 31 ZPO ; SUTTER-SOMM/HEDINGER, IN: KOMMENTAR ZUR SCHWEIZERISCHEN ZIVILPROZESSORDNUNG [ZPO], SUTTER-SOMM/ HASENBÖHLER/LEUENBERGER [HRSG.], 3. AUFL. 2016, N. 30 zu Art. 31 ZPO ; WALTHER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, N. 10 zu Art. 31 ZPO ). So soll insbesondere dann an beiden Erfüllungsorten eine Gerichtszuständigkeit gegeben sein, wenn sich zwei charakteristische Leistungen

gegenüberstehen , wie etwa beim Tausch (in diesem Sinn etwa FORNARA/COCCHI, in: Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero [CPC], Bd. I, 2. Aufl. 2017, N. 13 zu Art. 31 ZPO ; GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kurzkomentar, 2. Aufl. 2014, N. 2 zu Art. 31 ZPO ; HALDY, a.a.O., N. 6 zu Art. 31 ZPO ; SCHWANDER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Brunner/ Gasser/Schwander [Hrsg.], Bd. I, 2. Aufl. 2016, N. 15 zu Art. 31 ZPO ; vgl. auch WALTHER, a.a.O., N. 10 zu Art. 31 ZPO ). Entsprechendes wird aber auch für den Fall erwogen, dass

eine Vertragspartei mehrere charakteristische Leistungen zu erbringen hat (siehe HEDINGER, a.a.O., S. 72).

Demgegenüber lehnen es einzelne Autoren generell ab, mehr als eine Leistung als charakteristisch im Sinne von Art. 31 ZPO zu qualifizieren. Sie argumentieren, wo es nicht möglich sei, eine einzige charakteristische Leistung zu identifizieren, sei ganz auf den Gerichtsstand am Erfüllungsort zu verzichten, sofern die Leistungen nicht am gleichen Ort zu erfüllen seien. Dadurch könne eine unerwünschte Verfielfachung der Gerichtsstände verhindert werden (siehe KAISER JOB, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 14-17 zu Art. 31 ZPO ; vgl. auch BROQUET, For du lieu d'exécution et autres nouveautés en matière de fors, in: Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour le praticien, Bohnet [Hrsg.], 2010, S. 46-48).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz schloss sich der Meinung an, wonach Art. 31 ZPO auch in Fällen Anwendung findet, in denen mehrere charakteristische Leistungen vorliegen.

### **E. 3.3**

Diese Rechtsauffassung ist entgegen der Beschwerdeführerin nicht zu beanstanden:

#### **E. 3.3.1**

Wohl verwenden Art. 31 ZPO und Art. 113 IPRG die Begriffe "charakteristische Leistung" und "Ort" respektive "Erfüllungsort" in der Einzahl. Der Gesetzeswortlaut schliesst indessen nicht aus, dass ein Vertrag mehr als eine charakteristische Leistung zum Gegenstand hat und somit gegebenenfalls auch mehrere Erfüllungsorte vorliegen können. In der Botschaft des Bundesrats zum heutigen Art. 113 IPRG wird denn auch ausdrücklich ausgeführt, wo es nicht möglich sei, eine einzelne charakteristische Leistung "zu isolieren", seien "beide Leistungen als solche zu betrachten beziehungsweise auf die konkret eingeklagte abzustellen" (siehe Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, BBl 2009 S. 1830).

Wenn in der Botschaft des Bundesrats zur Schweizerischen Zivilprozessordnung erläutert wird, dass jeder Vertrag "in der Regel nur

eine charakteristische Leistung" habe (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7267 f. zu Art. 30), lässt dies Raum für Ausnahmen. Die Formulierung darf also nicht etwa dahingehend verstanden werden, dass mit Art. 31 ZPO jede Mehrzahl von Erfüllungsorten ausgeschlossen werden sollte. Aus den weiteren Ausführungen in der Botschaft ergibt sich vielmehr, dass die bewusst "enge Umschreibung des Erfüllungsortes" in dieser Bestimmung im Kontrast zur Formulierung im bundesrätlichen Entwurf zum Gerichtsstandsgesetz zu sehen ist. Dessen Art. 22, der in den parlamentarischen Beratungen schliesslich nicht beibehalten wurde, wollte in Anlehnung an den damaligen Art. 5 Nr. 1 LugÜ noch das Gericht am Ort für zuständig erklären, an dem "die streitige Leistung" zu erbringen ist (Botschaft vom 18. November 1998 zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, BBl 1999 2858 und 2882). Vor diesem Hintergrund erklärt sich ferner auch der Hinweis in der Botschaft zur ZPO, dass eine offene Umschreibung des Erfüllungsortes "die Gefahr einer Aufspaltung der Vertragsverhältnisse und einer Vielzahl möglicher Vertragsgerichtsstände" vergrössere und zum sogenannten

forum running einlade.

#### **E. 3.3.2**

Die Beschränkung auf eine einzige charakteristische Leistung und ihren Erfüllungsort pro Vertrag lässt sich auch nicht durch die Überlegungen begründen, die bei der Bestimmung des

anwendbaren Rechts im internationalen Verhältnis angebracht sind:

Bei Fehlen einer Rechtswahl untersteht der Vertrag gemäss Art. 117 Abs. 1 IPRG dem Recht des Staates, "mit dem er am engsten zusammenhängt". Gemäss Art. 117 Abs. 2 IPRG wird vermutet, der engste Zusammenhang bestehe "mit dem Staat, in dem die Partei,

welche die charakteristische Leistung erbringt, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat oder [...] in dem sich ihre Niederlassung befindet". Ist das Ergebnis nicht eindeutig, weil beide Parteien eine Nichtgeldleistung oder beide Parteien eine Geldleistung erbringen, werden in der Literatur weitere Kriterien vorgeschlagen, anhand derer der engste Zusammenhang und damit das anwendbare Recht zu bestimmen ist. So könne beim Tauschvertrag diejenige Leistung als charakteristisch gelten, deretwegen der Vertrag überhaupt abgeschlossen werde (siehe etwa KREN KOSTKIEWICZ, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, Bd. II, 3. Aufl. 2018, N. 30-34 zu Art. 117 IPRG mit Hinweisen, insbesondere auf Botschaft IPRG, BBl 1983 I 409 f.).

Das Abstellen auf den

engsten Zusammenhang nach Art. 117 Abs. 1 IPRG soll letztlich verhindern, dass einzelne Aspekte eines Vertrages nach unterschiedlichem Recht beurteilt werden, seien es sein Entstehen und seine Wirkungen, seien es die gegenseitigen vertraglichen Verpflichtungen (siehe zur Verhinderung der sogenannten Vertragsspaltung grundsätzlich BGE 78 II 74 E. 2 und 5 sowie AMSTUTZ/WANG, in: Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. 2013, N. 3 zu Art. 117 IPRG mit weiteren Hinweisen). Bei der

Gerichtszuständigkeit besteht demgegenüber keine vergleichbare Interessenlage, die eine ausschliessliche Zuständigkeit an einem Ort gebieten würde, kann doch jedes zuständige Gericht nach Art. 14 Abs. 1 und 15 Abs. 2 ZPO und Art. 8 und 8a Abs. 2 IPRG sämtliche Ansprüche beurteilen, die sachlich zusammenhängen (vgl. hinsichtlich der Zuständigkeit zur Beurteilung eines Rückversicherungsvertrages nach dem LugÜ BGE 140 III 115 E. 6.5). Art. 31 ZPO und Art. 113 IPRG zielen denn auch nicht darauf ab, die Gerichtszuständigkeit an einem einzigen Ort zu konzentrieren, sondern stellen den Gerichtsstand am Erfüllungsort

alternativ zu jenem am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei zur Verfügung.

Demnach ist es weder erforderlich noch angebracht, für die Bestimmung der Zuständigkeit gemäss Art. 31 ZPO sowie Art. 113 IPRG auf das Kriterium des

engsten Zusammenhangs im Sinne von Art. 117 Abs. 1 IPRG abzustellen, um eine von mehreren charakteristischen Leistungen als alleine massgebliche zu identifizieren (so ausdrücklich die Botschaft des Bundesrats zum heutigen Art. 113 IPRG, BBl 2009 S. 1830 Fn. 56; ferner AMSTUTZ/WANG/GOHARI, a.a.O., N. 12 zu Art. 113 IPRG; GROLIMUND, Fallstricke und Stilblüten bei der Zuständigkeit in Zivilsachen, AJP 2009 S. 967; HAAS/STRUB, a.a.O., N. 9 zu Art. 31 ZPO; HEDINGER, a.a.O., S. 71 Rz. 122 bei Fn. 420; siehe auch HOFMANN/LÜSCHER, Le Code de procédure civile, 2. Aufl. 2015, S. 29; MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 5 zu Art. 113 IPRG; STAEHELIN/STAEHELIN/ GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 9 Rz. 122).

### **E. 3.3.3**

Schliesslich wäre eine Beschränkung auf einen einzigen Erfüllungsort pro Vertrag oder ein gänzlicher Verzicht auf den Erfüllungsortsgerichtsstand bei Vorliegen von mehreren charakteristischen Vertragsleistungen auch unpraktikabel. Unter den Parteien kann nämlich umstritten sein, ob eine Vereinbarung bloss einen einzigen oder mehrere selbständige Verträge beinhaltet (siehe zu dieser Frage etwa BGE 118 II 157 E. 3a; 107 II 144 E. 2). Würde der Auffassung gefolgt, dass jeder Vertrag höchstens eine charakteristische Leistung

aufweist, könnte die Zuständigkeit des Gerichts von der materiellrechtlichen Beurteilung dieser Frage abhängen, was der Rechtssicherheit abträglich wäre.

#### **E. 3.4**

Somit ist festzuhalten, dass ein Vertrag mehrere charakteristische Leistungen beinhalten kann, die je gemäss Art. 31 ZPO und Art. 113 IPRG einen Gerichtsstand am Erfüllungsort begründen. Die Vorinstanz ist von der zutreffenden Rechtsauffassung ausgegangen.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, selbst wenn Art. 31 ZPO auch auf Verträge mit mehreren charakteristischen Leistungen anwendbar wäre, hätte die Vorinstanz in diesem Fall das Bestehen eines gerichtsstands begründenden Erfüllungsorts im Kanton Bern verneinen müssen.

#### **E. 4.2**

Nach den Feststellungen des angefochtenen Zwischenentscheids ist im kantonalen Verfahren unbestritten, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag sowohl werkvertragliche als auch auftragsrechtliche Elemente enthält. Die Vorinstanz qualifizierte den Vertrag als "Architekten- respektive Planervertrag" und somit als sogenannten gemischten Vertrag. Sie erwog, die Planungs- und Beratungsaufgaben seien dem Werkvertragsrecht zuzuordnen, die Überwachungs- und Beratungsaufgaben dem Auftragsrecht. Ein eindeutiger Schwerpunkt lasse sich bei diesen beiden Aufgabenbereichen nicht feststellen. Sie schloss, der Vertrag beinhalte mehrere charakteristische Leistungen. Da die Beschwerdeführerin die Bauleitungs- und Überwachungsaufgaben am Lageort der Tankstelle in Les Reussilles zu erbringen gehabt habe, liege einer der Erfüllungsorte gemäss Art. 31 ZPO im Kanton Bern.

Diese Würdigung wird in der Beschwerde nicht als bundesrechtswidrig ausgewiesen: Die Vorinstanz hat zutreffend darauf hingewiesen, dass im Schrifttum angenommen wird, die Planung und die Bauleitung des Architekten seien beides charakteristische Leistungen des Architekten und begründeten nach Art. 31 ZPO je einen Gerichtsstand (siehe REETZ, Der neue Bauprozess - Tiefenbohrung in der ZPO, in: Schweizerische Baurechtstagung 2011, S. 73 f.). Diese Auffassung steht denn auch im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Rechtsnatur des Architektenvertrags (siehe etwa Urteil 4A\_89/2017 vom 2. Oktober 2017 E. 4 mit weiteren Hinweisen).

Die Beschwerdeführerin wendet sich hauptsächlich gegen die Randziffer 20.8 des angefochtenen Zwischenentscheids, in der das Handelsgericht ausführt, der "Schwerpunkt des Vertrages" liege "beim Endprodukt", nämlich der Ablieferung des Bauwerks, so dass "der Erfüllungsort für das Projekt als Ganzes betrachtet" im Kanton Bern gelegen habe. Indessen ist nicht erkennbar, dass die Vorinstanz bei der Bestimmung des Gerichtsstandes im Ergebnis auf diesen Schwerpunkt abgestellt hat oder hätte abstellen müssen.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin kritisiert, die Vorinstanz stelle zu Unrecht "auf den Erfüllungsort einer nicht strittigen Leistung zur Begründung ihrer Zuständigkeit ab". Sie meint, es könne nicht sein, dass eine klagende Partei das Recht erhalte, eine Vertragsleistung am Ort einer anderen, nicht im Streit stehenden Vertragsleistung einzuklagen. Vielmehr sei eine Klage lediglich an dem Ort möglich, an dem "die charakteristische streitgegenständliche Leistung" erfüllt worden ist beziehungsweise hätte erfüllt werden müssen, wie es etwa auch nach Art.

5 LugÜ der Fall sei.

Im Anwendungsbereich von Art. 31 ZPO und Art. 113 IPRG ist wie gesehen grundsätzlich nicht entscheidend, welche Verpflichtung den Gegenstand des Prozesses bildet, sondern, welches die charakteristische Leistung des Vertrags ist, anders als unter dem früheren Art. 113 IPRG (siehe BGE 135 III 556 E. 3) und im Gegensatz zum bundesrätlichen Entwurf für das Gerichtsstandsgesetz (siehe bereits Erwägung 3.3.1). Tatsächlich wird in der Literatur aber zum Teil unter Verweis auf die Botschaft zum heutigen Art. 113 IPRG die Auffassung vertreten, beim Vorliegen von

mehreren charakteristischen Leistungen sei lediglich auf diejenige abzustellen, die konkret im Streit stehe (siehe etwa HALDY, a.a.O., N. 8 zu Art. 31 ZPO ; KREN KOSTKIEWICZ, a.a.O., N. 11 zu Art. 113 IPRG ; WALTHER, a.a.O., N. 10 zu Art. 31 ZPO ; vgl. auch BONOMI, in: Commentaire romand, Loi sur le droit international privé - Convention de Lugano, 2011, N. 16 zu Art. 113 IPRG ; anders AMSTUTZ/WANG/GOHARI, a.a.O., N. 11 zu Art. 113 IPRG ). Insbesondere wird argumentiert, dass Art. 31 ZPO der klagenden Partei dann keinen Wahlgerichtsstand verschaffen solle, wenn die charakteristische Leistung einer Partei an diversen Orten zu erbringen sei, so etwa bei einem Kauf mit mehreren Lieferorten (siehe WALTHER, a.a.O., N. 12 zu Art. 31 ZPO mit weiteren Hinweisen).

Wie es sich damit verhält, braucht vorliegend nicht weiter erörtert zu werden. Denn entgegen der Beschwerdeführerin ist die streitgegenständliche Pflicht, eine Versicherung für die laufenden Bauarbeiten abzuschliessen und den Beginn der Arbeiten bei der Gebäudeversicherung des Kantons Bern anzumelden, ohne Weiteres den Bauleitungs- und Überwachungsaufgaben zuzurechnen, welche die Beschwerdeführerin am Ort der Bauarbeiten in Les Reussilles zu erfüllen hatte. Somit ist die Zuständigkeit der bernischen Gerichte auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden.

## **E. 5**

Die Beschwerde ist abzuweisen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1 sowie Art. 68 Abs. 2 BGG ).

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