

# **BGer 4C.241/2005 vom 25. Oktober 2005**

Bundesgericht, 2005-10-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4C.241\\_2005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.241_2005)

FR: TF 4C.241/2005 du 25 octobre 2005

IT: TF 4C.241/2005 del 25 ottobre 2005

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Wiederherstellung gegen die Folgen der Versäumung einer Frist kann nur erteilt werden, wenn der Gesuchsteller oder sein Vertreter durch ein unverschuldetes Hindernis abgehalten worden ist, innert der Frist zu handeln, und binnen zehn Tagen nach Wegfall des Hindernisses unter Angabe desselben die Wiederherstellung verlangt und die versäumte Rechtshandlung nachholt ( Art. 35 Abs. 1 OG ).

#### **E. 1.1**

Die Klägerin ersucht um Wiederherstellung der Berufungsfrist mit der Begründung, ihr Vertreter sei während des Wochenendes und am letzten Tag der Frist durch starke Kopfschmerzen gehindert worden, die Rechtsschrift fertigzustellen. Sie legt ein Zeugnis eines Arztes für Allgemeine, Manuelle und Psychosomatische Medizin ins Recht, in dem bestätigt wird, dass der Vertreter vom 2. Juli bis 5. Juli 2005 (das heisst drei Tage bis Fristablauf und einen Tag darüber hinaus) erkrankt war und dass seine Erkrankung derart war, dass es ihm unmöglich war, geistige Arbeit zu verrichten. Ausserdem bestätigt die Ehefrau und - wie aus dem Briefkopf hervorgeht - Büropartnerin des Vertreters, dass dieser am 2. Juli 2005 plötzlich von sehr starken Kopfschmerzen befallen wurde, die bis Dienstag 5. Juli 2005 andauerten, in einer ersten Phase mit Erbrechen verbunden waren und ihm verunmöglichten, wie im Voraus angekündigt und für das ganze Wochenende geplant, an einer Rechtsschrift zu arbeiten, wobei er verschiedene Bearbeitungsversuche nach wenigen Minuten abbrechen musste.

#### **E. 1.2**

Krankheit kann nach der Rechtsprechung ein unverschuldetes Hindernis sein, sofern sie derart ist, dass sie den Rechtsuchenden oder seinen Vertreter davon abhält, innert der Frist zu handeln oder dafür einen Vertreter beizuziehen ( BGE 119 II 86 E. 2a S. 87). Doch muss die Erkrankung derart sein, dass sie den Betroffenen davon abhält, selber innert Frist zu handeln oder doch eine Drittperson mit der Vornahme der Prozesshandlung zu betrauen ( BGE 112 V 255 E. 2a). Diese Voraussetzungen werden streng gehandhabt; so hat das Bundesgericht die Wiederherstellung insbesondere im Fall einer schweren Grippe nicht gewährt, wo keine objektiven Anhaltspunkte dafür bestanden und dies auch nicht weiter belegt wurde, dass der Rechtsuchende nicht imstande gewesen wäre, trotz der Behinderung fristgerecht zu handeln oder nötigenfalls einen Vertreter mit der Interessenwahrung zu beauftragen (vgl. BGE 112 V 255 E. 2a S. 256 mit Hinweisen).

#### **E. 1.3**

Bedeutsam für die Frage, ob Krankheit im Sinne eines unverschuldeten Hindernisses die Partei oder deren Vertreter von eigenem fristgerechtem Handeln abgehalten hat, ist vor allem die letzte Zeit der Rechtsmittelfrist, weil die gesetzliche Regelung jedermann dazu

berechtigt, die notwendige Rechtshandlung erst am Ende der Frist vorzunehmen, insbesondere die Rechtsschrift erst gegen das Ende der Frist auszuarbeiten und einzureichen ( BGE 112 V 255 E. 2a S. 256 mit Verweis). Immerhin muss grundsätzlich jedermann damit rechnen, dass am Ende der Frist Verzögerungen auftreten können; damit ein (unvorhergesehenes) Hindernis als unverschuldet anerkannt werden kann, muss die erforderliche Arbeit so organisiert sein, dass wesentliche Teile davon nicht erst in letzter Minute verrichtet werden müssen. Bei einer gehörigen Arbeitsorganisation ist daher regelmässig davon auszugehen, dass gegen Ende der Frist die eigentlichen Vorbringen einer Rechtsschrift vorliegen und dass daher nicht ausgeschlossen ist, Drittpersonen mit der Schlussredaktion zu betrauen.

#### **E. 1.4**

Die Wiederherstellung beurteilt sich nach Massgabe der Gesuchsbegründung ( BGE 119 II 86 E. 2b S. 88 ; 92 I 216 E. 2b). Daraus ergibt sich, dass der Vertreter der Klägerin selbst nicht in der Lage war, die Rechtsschrift fertig zu stellen. Die Behauptung freilich, dass es ihm auch unmöglich war, einen Dritten mit der Interessenwahrung, das heisst mit der Schlussredaktion der Rechtsschrift zu beauftragen, wird weder näher begründet noch belegt. Weder der Zeitpunkt der Erkrankung vor dem Wochenende noch der Umstand, dass anfänglich nicht mit dem Andauern des Zustandes zu rechnen gewesen sei, erlauben den zwingenden Schluss, dass es dem Vertreter der Klägerin nicht möglich gewesen wäre, am letzten Tag der Frist eine Drittperson mit der Schlussredaktion zu betrauen und diese - trotz der Unfähigkeit, eigene geistige Arbeit zu verrichten - über allfällig noch notwendige Ergänzungen zu instruieren. Da die Schlussredaktion bei gehöriger Arbeitsorganisation keine wesentliche Einarbeitung erfordern konnte, hätte objektiv möglich sein müssen, diese einem andern Rechtskundigen, insbesondere einem Bürokollegen oder -angestellten zu übertragen. Dass dies konkret nicht möglich war, wird weder behauptet noch in geeigneter Weise belegt.

#### **E. 1.5**

Das Gesuch um Wiederherstellung ist abzuweisen und die nachträglich eingereichte Rechtsschrift hat unbeachtet zu bleiben. Massgeblich ist allein die innert der Frist von Art. 54 Abs. 1 OG eingereichte Berufung.

#### **E. 2**

Mit Berufung kann geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe auf Verletzung des Bundesrechts mit Einschluss der durch den Bund abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge ( Art. 43 Abs. 1 OG ). Mit Berufung kann auch geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid habe nicht ausländisches Recht angewandt, wie es das schweizerische internationale Privatrecht vorschreibt ( Art. 43a Abs. 1 lit. a OG ; BGE 126 III 492 E. 3a, c) oder der angefochtene Entscheid habe zu Unrecht festgestellt, die Ermittlung des ausländischen Rechts sei nicht möglich ( Art. 43a Abs. 1 lit. b OG ; BGE 119 II 93 E. 2c/aa). Bei einer vermögensrechtlichen Zivilstreitigkeit, wie sie hier vorliegt, kann dagegen nicht geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid wende das ausländische Recht nicht richtig an ( Art. 43a Abs. 2 OG e contrario; BGE 128 III 295 E.2d/aa; 126 III 492 E. 3a S. 493 in fine).

#### **E. 2.1**

Die Klägerin bestreitet zu Recht nicht, dass auf den zwischen den französischen Parteien mit Sitz in Frankreich abgeschlossenen Immobilien-Leasingvertrag französisches Recht

anwendbar ist und dass auf die hier allein umstrittene Bürgschaftserklärung der Beklagten schweizerisches Recht zur Anwendung kommt. Diese Frage wurde vom Bezirksgericht eingehend erörtert und war schon vor Vorinstanz unbestritten. Die Vorinstanz hat zudem festgehalten, die Parteien stimmten darin überein, dass die im zu anerkennenden französischen Berufungsurteil behandelten Fragen rechtskräftig und für den vorliegenden Fall "rechtswirksam" entschieden worden seien. Die Klägerin beruft sich auf Art. 25 und 26 Abs. 1 und 3 LugÜ und führt aus, die vorliegende Streitsache sei geradezu typisch für die vorfragliche Anerkennung gemäss Art. 26 Abs. 3 LugÜ. Sie schliesst, dass der Beklagten als Bürgin daher einzig die Einreden aus dem Bürgschaftsvertrag verblieben, wonach die Forderung als Konventionalstrafe von der Bürgschaft nicht umfasst werde bzw. negatives Vertragsinteresse darstelle, für das die Bürgin nicht hafte. Inwiefern die Vorinstanz - welche ihrer Beurteilung diese von der Klägerin vertretene Rechtsauffassung zugrundegelegt hat - Bundesrecht bzw. die erwähnten Vorschriften des LugÜ verletzt haben könnte, geht aus der Begründung der Berufung nicht hervor und ist auch nicht ersichtlich.

### **E. 2.2**

Die Vorinstanz hat unter anderem aus der Verbindlichkeit des französischen Berufungsurteils geschlossen, die in diesem Urteil zum Abzug gebrachten Leistungen aus dem Garantiefonds verminderten den Umfang der verbürgten Forderung. Sie hat darauf hingewiesen, dass die Klägerin selbst für die ihr zustehende Forderung auf das Urteil des französischen Berufungsgerichts abgestellt hat und dass die erste Instanz nicht anders vorgegangen ist, indem sie die Garantiefondshinterlage, die ausdrücklich für die Folgen einer eventuellen Nichterfüllung geäuftet worden war, den ausstehenden Miet- und Verzugszinsen angerechnet hat. Die Klägerin rügt, die Vorinstanz habe gegen Art. 116 IPRG verstossen, da französisches Recht anwendbar sei. Nachdem die Vorinstanz ihrem Urteil die in Anwendung französischen Rechts ergangene Entscheidung eines französischen Gerichts zugrunde gelegt hat, ist die Rüge unverständlich. Soweit die Klägerin zusätzlich rügt, das französische Recht hätte zu ihren Gunsten anders angewandt werden müssen, ist sie nicht zu hören ( Art. 43a Abs. 2 OG e contrario).

### **E. 2.3**

Die Klägerin bringt wiederholt vor, die Vorinstanz habe das französische Recht nicht richtig angewandt oder ausgelegt, indem sie die umstrittene Forderung gemäss der vertraglichen "clause pénale" als Konventionalstrafe qualifiziert habe. Sie verkennt damit, dass die Auslegung ausländischen Rechts im Berufungsverfahren in der vorliegenden vermögensrechtlichen Streitigkeit nicht überprüft werden kann ( Art. 43a Abs. 2 OG e contrario). Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil erkannt, dass der fraglichen "clause pénale" (auf der die umstrittene Forderung beruht) gerade auch nach französischem Recht der für eine Konventionalstrafe typische Doppelcharakter des Schadensausgleichs und der Pönale zur Sicherung der Vertragserfüllung zukomme. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist die Vorinstanz dabei nicht vom schweizerischen Auslegungsverständnis ausgegangen, wie wenn der Vertrag schweizerischem Recht unterstünde, sondern sie hat ausdrücklich auf das französische Berufungsurteil abgestellt, das in Anwendung französischen Rechts ergangen ist. Soweit die Klägerin die Anwendung und Auslegung französischen Rechts durch die Vorinstanz kritisiert, ist auf ihre Rügen nicht einzutreten.

### **E. 3**

Nach Art. 499 Abs. 2 Ziff. 1 OR haftet der Bürge bis zu dem in der Bürgschaftsurkunde angegebenen Höchstbetrag, mangels anderer Abrede, für den jeweiligen Betrag der Hauptschuld, inbegriffen die gesetzlichen Folgen eines Verschuldens oder Verzuges des Hauptschuldners, jedoch für den aus dem Dahinfallen des Vertrages entstehenden Schaden und für eine Konventionalstrafe nur dann, wenn dies ausdrücklich vereinbart worden ist.

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass der Bürge durch das Erlöschen der Hauptschuld von der Haftung befreit wird, was die Klägerin zu Recht nicht in Frage stellt (vgl. BGE 129 III 702 E. 2.1 mit Verweisen). Die Vorinstanz hat weiter festgestellt, dass die Klägerin den Vertrag mit der Hauptschuldnerin Y. \_\_\_\_\_ SA vor Einleitung des "redressement judiciaire" aufgelöst hat, dass damit dieser Vertrag dahingefallen ist und danach keine weiteren Forderungen der Klägerin gegen die Y. \_\_\_\_\_ SA auf Bezahlung von Mietzinsen/Leasingraten mehr entstehen konnten. Die Vorinstanz hat geschlossen, dass die Beklagte mit der Auflösung des Immobilien-Leasingvertrags durch die Klägerin von ihrer Bürgschaftsverpflichtung in Bezug auf die danach entstehenden Mietzinsen/Leasingraten bis zum Vertragsende befreit wurde. Diese Folgerung wird von der Klägerin nicht ausdrücklich in Frage gestellt. Sie vertritt allerdings die Ansicht, trotz Dahinfallens des Vertrages mache sie Erfüllungsinteresse geltend; denn nach französischem Recht könne der Vertragsrücktritt des Gläubigers wegen Nichterfüllung sowohl zu Ansprüchen aus negativem wie positivem Interesse führen und die Parteien hätten im Leasingvertrag (Art. VII Ziff. 2 b) eine Schadenersatzregelung getroffen, welche die Klägerin so hätte stellen sollen, wie wenn der Vertrag erfüllt worden wäre. Die Vorinstanz hat die Frage nicht geprüft, wie ein allfälliger Schadenersatz zu qualifizieren wäre. Denn sie hat geschlossen, bei der von der Klägerin im "redressement judiciaire" der Y. \_\_\_\_\_ SA beanspruchten und von der Cour d'appel de Colmar teilweise zugesprochenen Forderung gestützt auf die in Art. VII Ziff. 2b vereinbarte "clause pénale" handle es sich um eine Konventionalstrafe im Sinne von Art. 499 Abs. 2 Ziff. 1 OR, die als einheitliche Forderung nicht in einen Anteil Schadenersatz und einen Anteil Strafe aufzuteilen ist.

### **E. 3.2**

Als Konventionalstrafe wird eine Leistung bezeichnet, die der Schuldner dem Gläubiger für den Fall verspricht, dass er eine bestimmte Schuld (Hauptverpflichtung) nicht oder nicht richtig erfüllt ( BGE 122 III 420 E. 2a S. 422 mit Verweisen). Die Konventionalstrafe unterscheidet sich von einer Vereinbarung über pauschalisierten Schadenersatz insbesondere dadurch, dass sie zusätzlich Straffunktion hat ( BGE 109 II 462 E. 4a S. 468 mit Verweisen; vgl. auch BGE 83 II 525 E. 3 S. 532). Ihr Zweck besteht jedoch ebenfalls in der Verbesserung der Gläubigerstellung durch Befreiung vom Schadensnachweis ( BGE 122 II 420 E. 2a S. 422; 109 II 462 E. 4a). Die Vorinstanz hat die gestützt auf Art. VII Ziff. 2b des Immobilien-Leasingvertrages von der Cour d'appel de Colmar in reduziertem Umfang zugesprochene Forderung zutreffend als Konventionalstrafe qualifiziert. Sie hat dabei mit der ersten Instanz berücksichtigt, dass das französische Gericht die Herabsetzung der vereinbarten Entschädigung mit dem für eine Konventionalstrafe typischen Doppelzweck des pauschalisierten Schadensausgleichs und des Sanktionscharakters zur Sicherung der Vertragserfüllung begründet hat, der auch nach französischem Recht wesentlich ist. Die Vorinstanz hat unter Hinweis auf die schweizerische Lehre bundesrechtskonform geschlossen, dass die umstrittene Forderung als Konventionalstrafe im Sinne von Art. 499 Abs. 2 Ziff. 1 OR zu qualifizieren ist und dass daher die Beklagte

dafür nicht haftet. Inwiefern die Vorinstanz Bundesrecht verletzt haben sollte, wenn sie ablehnte, die Konventionalstrafe teilweise als Schadenersatz zu qualifizieren und insoweit die Haftung der Beklagten entgegen Art. 499 Abs. 2 Ziff. 1 OR zu bejahen, ist nicht ersichtlich. Die Konventionalstrafe bezweckt, wie erwähnt, unter anderem die Befreiung vom Schadensnachweis und umfasst insofern definitionsgemäss auch Schadenersatz. Ihr Charakter kann entgegen der Ansicht der Klägerin nicht durch eine - künstliche - anteilmässige Aufteilung in einen Anteil Schadenersatz und einen Anteil Pönale verändert werden.

### **E. 3.3**

Der Klägerin kann nicht gefolgt werden, wenn sie die Ansicht vertritt, die Vorinstanz gehe falsch vor, wenn sie ihrer Rechtsanwendung den Begriff der Konventionalstrafe nach schweizerischem Rechtsverständnis zugrundelege. Da die Bürgschaftsverpflichtung vom 18. Oktober 1989 schweizerischem Recht untersteht, ist danach zu beurteilen, ob die der Klägerin von der Cour d'appel de Colmar am 7. April 1998 in reduziertem Umfang zugesprochene Forderung aus der clause pénale gemäss Art. VII Ziff. 2b des Leasingvertrages als Konventionsstrafe zu qualifizieren ist. Insofern ist nicht erkennbar, inwiefern der Ansicht der Klägerin gefolgt werden könnte, dass die vereinbarte Konventionalstrafe in dem Sinne aufteilbar sei, dass der Anteil des (pauschalierten) Schadenersatzes ausgeschieden werden könnte und daher nicht als Konventionalstrafe im Sinne von Art. 499 Abs. 2 Ziff. 1 OR zu qualifizieren sei. Dass sich die Cour d'Appel bei der Herabsetzung der Konventionalstrafe am geschätzten Schaden orientierte, den die Klägerin höchstens erlitten haben kann, vermag eine solche Ansicht jedenfalls nicht zu begründen. Es ist auch nach schweizerischem Recht keineswegs ausgeschlossen, den mutmasslichen Schaden bei der Herabsetzung der Konventionalstrafe im Sinne von Art. 163 Abs. 3 OR zu berücksichtigen ( BGE 103 II 129 E.4 S. 136). Dies führt aber nicht dazu, die vereinbarte Konventionalstrafe im Umfang des mutmasslichen Schadenersatzes anders zu qualifizieren. Die Vorinstanz hat überzeugend dargelegt, dass das französische Berufungsgericht keinen effektiven Schaden beziffert und erst recht nicht zugesprochen hat. Die Vorinstanz hat Bundesrecht nicht verletzt, wenn sie die umstrittene Forderung aus der vertraglichen "clause pénale" als Konventionalstrafe im Sinne von Art. 499 Abs. 2 Ziff. 1 OR qualifizierte. Für diesen Fall der Qualifikation als Konventionalstrafe ist unbestritten, dass die Parteien keine Abrede getroffen haben, mit der sie die Bürgschaftsverpflichtung im Sinne von Art. 499 Abs. 2 Ziff. 1 OR auf Konventionalstrafen erweitert hätten. Die Rügen der Klägerin sind unbegründet.

### **E. 4**

Die Berufung ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die Klägerin hat bei diesem Verfahrensausgang die Gerichtsgebühr zu bezahlen ( Art. 156 Abs. 1 OG ). Sie hat überdies der anwaltlich vertretenen Beklagten deren Parteikosten für das bundesgerichtliche Verfahren zu ersetzen ( Art. 159 Abs. 2 OG ). Gerichtsgebühr und Parteientschädigung bemessen sich grundsätzlich nach dem Streitwert.

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