

la constitution d'hypothèque, le défendeur, lui, restant caution solidaire.

Cet argument est sans force en présence des constatations du juge du fait d'après lequel le cautionnement du demandeur n'a pas été remplacé par l'hypothèque pour diminuer sa responsabilité, mais pour donner au créancier une sûreté réelle couvrant à elle seule la dette. Aussi bien, le défendeur a estimé qu'il ne courait aucun risque étant donnée la garantie hypothécaire, et le demandeur l'a fortifié dans cette opinion en payant les intérêts de la cédule pendant plusieurs années sans essayer d'en faire supporter une part à la caution.

Il était du reste naturel que le demandeur, en sa qualité de père du débiteur principal, dû, aux yeux de tous les intéressés, supporter en définitive seul les risques des garanties stipulées. Loin de corroborer la thèse de l'égalité de rang ou de la limitation de la responsabilité du demandeur à la valeur du gage, l'acte notarié de 1925 et les circonstances qui ont entouré sa passation puis son exécution montrent l'intention des parties d'exonérer la caution en s'en tenant en première ligne à la garantie réelle.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

rejette le recours et confirme le jugement attaqué.

#### IV. PROZESSRECHT

##### PROCÉDURE

### 32. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Juni 1936 i. S. Konkursmasse der Hatz-Dieselmotoren A.-G. gegen Hatz Motorenfabrik G.m.b.H.

Örtliche Rechtsanwendung. Massgebend ist der Parteiwille beim Geschäftsabschluss; die Verweisung im Prozess bildet lediglich ein Indiz dafür, was die Parteien beim Geschäftsabschluss gewollt haben. Bedeutung des Erfüllungsortes für die Ermittlung des Parteiwillens.

Die Berufung an das Bundesgericht kann gemäss Art. 57 OG ergriffen werden in Zivilrechtsstreitigkeiten, welche von den kantonalen Gerichten unter Anwendung eidgenössischer Gesetze entschieden worden oder nach solchen Gesetzen zu entscheiden sind. Sie ist daher im vorliegenden Falle nur gegeben, wenn statt des von der Vorinstanz angewendeten deutschen Rechtes richtigerweise schweizerisches Recht zur Anwendung gebracht werden müsste (was zugleich den Berufungsgrund nach Art. 58 OG bilden würde).

Für die Wirkungen obligatorischer Rechtsgeschäfte ist nach der Praxis des Bundesgerichtes das Recht massgebend, das dem ausdrücklichen oder mutmasslichen Parteiwillen beim Geschäftsabschlusse entspricht (vgl. u. a. BGE 11 S. 364, 16 S. 795, 27 II 215, 36 II 293, 43 II 228, 47 II 550, 48 II 392 ff., 53 II 90, 58 II 435, 60 II 300 f. u. 323, 61 II 182 f. u. 245). Die Vorinstanz hat daher die Auffassung des Amtsgerichtes, dass nach dem Recht zu urteilen sei, welches von den Parteien im Prozess angerufen werde, mit Recht abgelehnt. Wenn das Bundesgericht selber zwischenhinein schlechthin auf die Parteiverweisung im Prozess abgestellt hat (z. B. BGE 27 II 392, 35 II 231,

43 II 668, teilweise auch noch 49 II 225), so ist es auf jeden Fall längst wieder davon abgekommen und zum Grundsatz zurückgekehrt, dass der Parteiwille zur Zeit des Geschäftsabschlusses entscheidet und die Verweisung im Prozess lediglich ein Indiz dafür bildet, welches Recht die Parteien damals, beim Geschäftsabschluss, als das massgebende gewollt haben ; vgl. die oben angeführten jüngern Entscheide, insbesondere BGE 48 II 392, 53 II 90, 58 II 435 60 II 323. Die Bemerkung bei OSER/SCHÖNENBERGER, Einleitung Nr. 84 S. LXXI, die neuere bundesgerichtliche Praxis anerkenne noch, dass die Parteien sich « novationsweise » einem andern als dem ursprünglich vereinbarten Rechte unterwerfen können, ist unrichtig. Es wird auch keine Entscheidung zitiert, wo das ausgesprochen sein soll. Das anwendbare Recht muss in der Tat unwandelbar sein. Ein Rechtsverhältnis besteht kraft des Rechtes, auf Grund dessen es zustandegekommen ist, oder es besteht überhaupt nicht ; die Existenzgrundlage kann nicht nachträglich durch eine andere ersetzt werden. Eine Wandelbarkeit des anwendbaren Rechtes käme höchstens da in Betracht, wo sie durch die Parteien von Anfang an vorgesehen gewesen wäre (BGE 42 II 183). Vgl. zu diesen Ausführungen auch HOMBERGER, Die obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes, S. 17 ff., 20 ff., u. 35 f. ; übereinstimmend für das deutsche Recht : LEWALD, Das deutsche internationale Privatrecht, S. 212 oben.

Eine ausdrückliche Vereinbarung über das anwendbare Recht haben die Parteien nicht abgeschlossen. Es gilt daher das Recht, das sie *mutmasslich* in Aussicht genommen haben oder in Aussicht genommen haben würden, wenn sie an die Regelung der Frage gedacht hätten. Das ist nach der Praxis, wenn nicht überwiegende Gründe dagegen sprechen, das Recht des Erfüllungsortes. Dabei genügt als Indiz, welches diese Vermutung entkräften würde, nicht schon der Umstand, dass sich die Parteien im Prozess veranlasst gesehen haben, ein anderes

Recht anzurufen (BGE 47 II 551, 48 II 293, 60 II 323). Weitere gegenteilige Indizien als die Parteiverweisung im Prozess liegen aber hier nicht vor. Somit bleibt es beim Recht des Erfüllungsortes. Welches der Erfüllungsort ist, bestimmt sich dabei nach der *lex fori* (s. statt vieler BGE 44 II 417).

---

Vergl. auch Nr. 29.

---

## V. SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSRECHT

### POURSUITE ET FAILLITE

Vgl. III. Teil Nr. 18. — Voir III<sup>e</sup> partie n° 18.

---