

Gestaltungsklage auf Herabsetzung der als pflichtteilverletzend beanstandeten Verfügung erhoben werden müsste, ist nicht haltbar. Bei Anfechtung einer noch nicht vollzogenen Verfügung, insbesondere einer solchen von Todes wegen, mag mit einer derartigen Gestaltungsklage auszukommen sein; die Erbteilung kann solchenfalls auf Grund der durch das Urteil berichtigten Verfügung vorgenommen werden. Handelt es sich aber um eine bereits vollzogene Verfügung unter Lebenden, und ist die Teilung im übrigen schon durchgeführt, so hat die Berichtigung letzten Endes in einer Leistung zu bestehen, die dem Verletzten den Pflichtteil verschafft. Solchenfalls besteht kein Grund, eine unmittelbar auf Leistung gerichtete Klage, die sich auf die Pflichtteilsverletzung stützt, abzulehnen. Vielmehr steht dem Benachteiligten frei, auf diese Weise zu klagen, statt zunächst ein besonderes Rechtsbegehren um Herabsetzung der Verfügung zu stellen. Die Klage ist um ihrer Begründung willen als Herabsetzungsklage entgegenzunehmen. Das Urteil schafft alsdann zwischen den Prozessparteien Rechtskraft über diesen Klagegrund, und es mag dem Gerichte anheimgestellt werden, die bezügliche Entscheidung noch ausdrücklich, vorgängig der allfälligen Verurteilung zu einer Leistung, in die Urteilsformel aufzunehmen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung der Kläger wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 7. Februar 1941 aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an das Obergericht zurückgewiesen.

Vgl. auch III. Teil Nr. 54. — Voir aussi III^e partie n° 54.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

48. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. September 1941

i. S. Hungarian Discount & Exchange Bank Ltd.
gegen Bankhaus Kleinwort, Sons & Co.

Internationales Privatrecht. Arrestprosequierungsklage für eine sowohl hinsichtlich der Entstehung wie hinsichtlich der Wirkungen vom ausländischen Recht beherrschte Forderung. Vorbehalt des schweizerischen *ordre public*. Berufung an das Bundesgericht.

1. Die Frage, welches von verschiedenen in Betracht fallenden *fremden Rechten* anzuwenden sei, ist vom Bundesgericht nicht zu überprüfen, und damit auch nicht die Qualifikationsfrage. Erw. 1.
2. Der *Garantievertrag* untersteht als selbständiges Vertragsverhältnis beim Fehlen einer besondern Parteiabrede dem Recht desjenigen Landes, mit welchem er den engsten räumlichen Zusammenhang aufweist. Erw. 2.

Droit international privé. Action tendante à la validation du séquestre dans un cas où la créance est régie par le droit étranger quant à sa naissance et à ses effets. Réserve de l'*ordre public suisse*. *Recours en réforme au Tribunal fédéral.*

1. Lorsque plusieurs *droits étrangers* entrent en ligne de compte, le Tribunal fédéral ne peut rechercher lequel est applicable. Dans le même cas, il ne peut examiner la question que pose la qualification de l'acte juridique considéré. Consid. 1.
2. Le *contrat de garantie* est soumis, comme lien contractuel autonome, au droit du pays avec le territoire duquel il est dans les rapports les plus étroits. Consid. 2.

Diritto internazionale privato. Azione volta ad ottenere la convalida del sequestro d'un credito cui è applicabile, tanto per ciò che riguarda la sua causa quanto per ciò che concerne i suoi effetti, il diritto estero. Riserva dell'*ordine pubblico svizzero*. *Ricorso in appello al Tribunale federale.*

1. La questione di sapere quale sia applicabile tra *parecchi diritti esteri* che entrano in linea di conto, non dev'essere esaminata dal Tribunale federale, neppure per quanto concerne la qualifica dell'atto giuridico. Consid. 1.
2. Il *contratto di garanzia* è sottoposto, come vincolo contrattuale autonomo, al diritto del paese col cui territorio si trova nei rapporti più stretti. Consid. 2.

A. — Ein Bankenkonsortium unter Führung von Goldman Sachs & C^{ie} in New York gewährte der Firma Ganz

& C^{ie}, Elektrizitäts-, Maschinen-, Waggon- und Schiffbau-A.-G. in Budapest, am 4. August 1930 einen Wechselkredit in der Höhe von USA \$ 1,500,000.— auf die Dauer eines Jahres. Die Fa. Ganz stellte Wechsel aus, die von den Kreditgebern akzeptiert und in New York diskontiert wurden; der Diskonterlös wurde dann der Fa. Ganz zur Verfügung gestellt.

Durch Vertrag vom 6./21. August 1930 übernahm die Beklagte, Hungarian Discount & Exchange Bank Ltd. in Budapest gegenüber Goldman die Verpflichtung, bis zum Betrage von \$ 180,000.— für jede Nichterfüllung der Kreditverbindlichkeiten durch die Fa. Ganz zu haften. Für die von ihr eingegangene Verpflichtung partizipierte sie an der von der Kreditnehmerin zu zahlenden Akzeptkommission.

Der Kredit wurde von der Fa. Ganz auf Ablauf der vertraglichen Jahresfrist nicht zurückbezahlt. Durch Regierungsverordnung vom 8. August 1931 hatte Ungarn Devisenvorschriften erlassen. Damit war die Ausfuhr von in- und ausländischem Geld ohne Bewilligung der Ungarischen Nationalbank verboten worden, ebenso die Ausfuhr von Schecks, Wechseln, Anweisungen und sonstigen Zahlungsmitteln jeder Art. Die Akzeptanten, welche durch ihre Akzente den Kredit gewährt hatten, mussten deshalb die fällig werdenden Wechsel einlösen.

Im April 1936 liess sich die Klägerin, Bankhaus Kleinwort, Sons & C^{ie} in Haywards Heath (England) von Goldman einen Anteil der damaligen Forderung gegen die Fa. Ganz in der Höhe von \$ 307,000.— abtreten. Die von der Beklagten übernommene Verpflichtung erstreckte sich, gemäss dem prozentualen Verhältnis, auf \$ 33,810.— der Abtretungssumme. Unter der Herrschaft eines ersten Stillhalteabkommens vom Jahre 1936 entrichtete die Beklagte die ihrer Verpflichtung entsprechenden Zinsen und Kapitalabzahlungen. Nach Ablauf des Stillhalteabkommens unterblieben weitere Zahlungen.

Die Klägerin erwirkte deshalb im Jahre 1939 für ihre

verbleibende Forderung im Betrage von Fr. 144,595.20, = \$ 32,640.—, nebst 5% Zins seit 15. Juli 1937 einen Arrest auf Guthaben der Beklagten bei einer Reihe zürcherischer Banken. In der Betreibung wurde von der Beklagten Rechtsvorschlag erhoben.

B. — Die Arrestgläubigerin reichte beim Handelsgericht des Kantons Zürich vorliegende Prosequierungsklage ein, mit den Begehren, die Beklagte sei zur Bezahlung der Forderung zu verpflichten und es sei für die Betreibung definitive Rechtsöffnung zu erteilen. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage.

Durch Urteil vom 20. Dezember 1941 hiess das Handelsgericht die Klage gut, verurteilte die Beklagte zur Bezahlung von \$ 32,640.— zuzüglich Zinsen sowie Betreibungs- und Arrestkosten und erteilte der Klägerin die definitive Rechtsöffnung.

C. — Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Die Klägerin hat Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Klage ist eine Arrestprosequierungsklage gemäss Art. 278 SchKG, und das Arrestforum bildet den einzigen Zusammenhang, den die ganze Prozessangelegenheit mit der Schweiz hat. Die streitigen Vertragsverhältnisse sind weder in der Schweiz begründet noch von den Beteiligten dem schweizerischen Recht unterstellt worden, noch weisen sie sonst irgendwelche Beziehungen zur Schweiz auf. Die Vorinstanz hat daher in zutreffender Weise sowohl die Gültigkeit wie die Wirkungen der Verträge nach ausländischem Recht beurteilt, und zwar teils nach ungarischem, teils nach New Yorker Recht. Schweizerisches Recht ist nur als Ersatzrecht gemäss § 100 Abs. 2 der zürcherischen Zivilprozessordnung für das dem Richter unbekanntes ausländisches Recht zur Anwendung gekommen; ferner scheint die Vorinstanz

bei der Qualifikation der Verpflichtung der Beklagten als Garantieverprechen vom schweizerischen Rechte ausgegangen zu sein, und schliesslich hat sie subsidiär noch die Anwendbarkeit der ungarischen Devisenvorschriften unter dem Gesichtspunkt des schweizerischen *ordre public* untersucht.

Nach Art. 57 OG kann die Berufung nur damit begründet werden, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung schweizerischen Rechtes beruhe. Das schliesst nach ständiger Praxis die Überprüfung durch die Berufungsinstantz auch dort aus, wo schweizerisches Recht als Ersatzrecht für ausländisches angewendet wurde (vgl. BGE 60 II 324). Dagegen gehören zum schweizerischen Rechte, dessen Anwendung der bundesgerichtlichen Überprüfung unterliegt, die schweizerischen internationalprivatrechtlichen Kollisionsnormen und insbesondere die Vorbehaltsklausel des *ordre public*. Das gilt immerhin nur mit der Einschränkung, dass sich das Bundesgericht, abgesehen vom Falle des Art. 83 OG, nicht mit der Frage zu befassen hat, welches von verschiedenen in Betracht fallenden ausländischen Rechten zur Anwendung zu bringen sei. Zwar ist die Frage nach einer schweizerischen Kollisionsnorm zu entscheiden, doch betrifft sie nicht die Anwendung des schweizerischen Zivilrechts, sondern erscheint nur als Vorfrage auf einem Gebiete — Anwendung ausländischen Rechtes —, wo dem Bundesgericht jede Kognitionsmöglichkeit fehlt (BGE 64 II 92). Ob die Vertragsverhältnisse dem ungarischem oder dem New Yorker Recht unterstehen, ist deshalb nicht zu untersuchen.

Aus den gleichen Gründen scheidet für das Bundesgericht die Qualifikationsfrage aus, auch insofern sie nach schweizerischem Recht zu entscheiden sein sollte (vgl. dazu SCHNITZER, Handbuch des Intern. Privatrechts, S. 48 ff.). Denn auf jeden Fall kommt schliesslich materiell nicht schweizerisches, sondern ausländisches Recht zur Anwendung, sodass diese Vorfrage der Qualifikation

auch ihrerseits nicht der richtigen Anwendung des einheimischen Zivilrechtes zu dienen hat und deshalb nicht in den Zuständigkeitsbereich der Berufungsinstantz fällt. Also ist darauf abzustellen, dass es sich gemäss der Entscheidung der Vorinstanz um einen Garantievertrag handelt.

2. — Es bleibt die Frage des schweizerischen *ordre public*.

Da die Garantieverpflichtung ihrem Wesen nach vom Hauptschuldverhältnis, der Kreditschuld, unabhängig ist, wird sie von den Veränderungen, welche diese durch die ungarischen Devisenvorschriften erleidet, zum vorneherein nicht berührt. Daher braucht insoweit auch nicht der schweizerische *ordre public* angerufen zu werden. Abgesehen hiervon ist unbestritten, dass auf das Hauptschuldverhältnis das Recht New Yorks Anwendung findet und dass die dortigen Gerichte ausländische Devisenvorschriften nicht anerkennen.

Welchem Rechte die Garantieverpflichtung selber untersteht, ob dem ungarischen oder demjenigen von New York, ist im angefochtenen Urteil nicht gesagt. Das anwendbare Recht ist aber deswegen von Bedeutung, weil sich angesichts der eben erwähnten amerikanischen Gerichtspraxis zu ausländischen Devisenvorschriften die Frage nach dem schweizerischen *ordre public* auch hier nur dann stellt, wenn auf die Verpflichtung nicht amerikanisches, sondern ungarisches Recht zur Anwendung kommt. Obwohl eine solche Kognition im allgemeinen nicht Sache der Berufungsinstantz ist, rechtfertigt es sich deshalb hier gleich wie im Falle BGE 64 II 93 f., dass das Bundesgericht von sich aus prüfe, welches der beiden ausländischen Rechte für die Garantieverpflichtung massgebend sei.

Das Garantieverprechen ist wie die Bürgschaft ein selbständiger Vertrag und folgt daher wie diese nicht ohne weiteres dem Recht des Hauptschuldverhältnisses. Vielmehr greift der allgemeine Grundsatz Platz, dass das

Recht desjenigen Landes heranzuziehen ist, zu dem der Vertrag an sich die engsten räumlichen Beziehungen aufweist. Bei der Bürgschaft bestimmt sich das anwendbare Recht im allgemeinen nach dem Wohnsitz des Bürgen, weil es sich um einen einseitig onerosen Vertrag handelt, der wesentlich durch die Bürgenverpflichtung charakterisiert wird (vgl. BGE 63 II 308). Beim Garantieverprechen trifft jene Voraussetzung insofern nicht zu, als es jedenfalls im Bankgeschäft regelmässig gegen Entgelt erfolgt. Das ist auch hier der Fall, indem die Beklagte nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz einen Anteil an der Akzeptprovision zugesichert erhielt. Bei einem Garantievertrag dieser Art kommt deshalb neben dem Wohnsitz des Garanten den übrigen örtlichen Zusammenhängen und Umständen entsprechend erhöhte Bedeutung zu. Im vorliegenden Falle muss berücksichtigt werden, dass die Beklagte zwar nicht als eigentlicher Konsorte in den Kreis der Kreditgeber getreten, aber doch eine enge Interessengemeinschaft mit ihnen eingegangen ist, indem sie — die besondere Haftung aus den Wechselakzepten ausgenommen — das gleiche, nur der Höhe nach beschränkte Risiko übernahm wie die am Kreditgeschäft unmittelbar Beteiligten. Im Rahmen des Ganzen erscheinen daher für den Garantievertrag die Verbundenheit der beteiligten Banken und das zu Grunde liegende Kreditgeschäft als die nächstliegenden Anknüpfungspunkte. Beide weisen aber auf das New Yorker Recht hin. Geschäftssitz der Firma Goldman, welche im Bankenkonsortium die Führung innehat, ist New York, und das Kreditgeschäft selbst, um das sich die verschiedenen Beteiligungen und Risiken gruppieren, untersteht dem New Yorker Recht. Insbesondere spricht auch die Vermutung viel mehr dafür, dass die Beteiligten und namentlich die führende Bank Goldman ihre internen Beziehungen, einschliesslich derjenigen mit der Garantin, einem einzigen, einheitlichen Rechte unterstellen wollten, als dass verschiedene Rechte gelten sollten je nach dem Sitz des einzelnen Risikoträgers.

Das musste auch für die Beklagte als geschäftskundige Teilnehmerin am internationalen Kreditgeschäft selbstverständlich sein.

Hiezu kommen noch weitere Anknüpfungspunkte zu Gunsten des amerikanischen Rechts. Einmal ist der Garantievertrag in englischer Sprache abgefasst. Sodann ist Erfüllungsort für die Verpflichtung der Beklagten New York. Gemäss dem Kreditvertrag hätte die Fa. Ganz die zur Einlösung der Wechsel notwendigen Gelder jeweilen in New York zur Verfügung stellen sollen, und in gleicher Weise hat nun auf Grund der Garantieverpflichtung die Beklagte ihre Leistung dort zu erbringen. Schliesslich ist das ganze Geschäft in amerikanischer Währung abgeschlossen; sowohl das Kreditgeschäft wie der Garantievertrag lauten auf USA-Dollars.

3. — Der Garantievertrag untersteht somit dem New Yorker Recht. Dieses versagt aber, wie bereits ausgeführt wurde, den ausländischen Devisenvorschriften die Anerkennung, sodass die Frage, wie es sich nach dem schweizerischen *ordre public* verhielte, gegenstandslos wird. Es braucht daher auch nicht geprüft zu werden, ob sich die Klägerin deswegen nicht auf unsern *ordre public* berufen könnte, weil es beim vorliegenden Vertragsverhältnis an jeder Beziehung zur Schweiz und zur schweizerischen Rechtsordnung (sog. Binnenbeziehung) fehlt.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.

49. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Dezember 1941 i. S. Aktiengesellschaft für Industrielle Finanzierungen gegen Einwohnergemeinde Hausen.

1. Verkauf einer Wasserversorgungsanlage als Haupt- und einer Bodenparzelle als Nebensache. Kaufsbedingungen, die sich nicht speziell auf das Grundstück beziehen, brauchen nicht öffentlich beurkundet zu werden. Erw. 1.