(10) Bemerkungen zu BGE 119 II 177 (Internationales Zivilprozessrecht, Übergangsrecht, Gerichtsstandsvereinbarung).

1. Am 27. April 1993 hat das Bundesgericht entschieden, dass die Wirkungen einer Gerichtsstandsvereinbarung dem neuen Kollisionsrecht unterstehen, soweit sie nach dem 1. Januar 1989 eingetreten sind (BGE 119 II 177). Der entsprechende Entscheid wurde in der AJP bereits von I. SCHWANDER besprochen (vgl. AJP/PJA 1993 1298 ff.). SCHWANDER hat sich insbesondere zur Problematik des schweizerisch-liechtensteinischen Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommens von 1968 (SR 0.276.195.141) und zur intertemporalrechtlichen Auffassung des Bundesgerichts geäussert. Nachdem die Meinung des Zweitrezensenten von der Auffassung des Bundesgerichts, aber auch von derjenigen SCHWANDERs abweicht, sei im folgenden nochmals auf BGE 119 II 177 zurückgekommen, soweit *intertemporalrechtliche* Fragen zur Diskussion stehen.

2. Der Sachverhalt von BGE 119 II 177 lässt sich zur Erinnerung wie folgt zusammenfassen: Die M. Holding Anstalt in Vaduz schloss mit A., B. und C. am 19. August 1987, also vor dem Inkrafttreten des IPRG am 1. Juli 1989, einen Darlehensvertrag, in welchem als Gerichtsstand Vaduz bestimmt wurde. In der Folge kam es im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag zu Streitigkeiten, worauf die X. AG als Rechtsnachfolgerin der M. Holding Anstalt am 23. Mai 1990, also nach dem Inkrafttreten des IPRG am 1. Juli 1989, gegen A., B. und C. vor Bezirksgericht Oberrheintal klagte. Dieses Gericht hiess die Klage teilweise gut. Auf Berufung der Beklagten hin trat das Kantonsgericht St. Gallen auf die Klage nicht ein, da Vaduz ausschliesslicher Gerichtsstand sei. Hiegegen erhob die Klägerin Berufung an das Bundesgericht; sie stellte sich auf den Standpunkt, Art. 5 Abs. 1 Satz 3 IPRG sei als Bestimmung des neuen Rechts nicht anwendbar. Art. 5 Abs. 1 Satz 3 IPRG sieht vor, dass das in Gerichtsstandsvereinbarungen vereinbarte Gericht ausschliesslich zuständig ist, wenn aus der Vereinbarung nichts anderes hervorgeht.

3. Das Bundesgericht verwarf diesen Standpunkt. Es führte aus, dass Gerichtsstandsvereinbarungen ebenso wie Schiedsklauseln auf Dauer angelegte Sachverhalte resp. Rechtsvorgänge sind, bezüglich welcher sich nach Art. 196 IPRG die Entstehung und Wirkungen bis zum Inkrafttreten des IPRG nach bisherigen, die Wirkungen danach jedoch nach neuem Recht richten. Demnach entscheide sich die Frage der Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung (etwa Konsens, Willensmängel und persönliche Voraussetzungen zum Abschluss eines gültigen Gerichtsstandsvereinbarung) nach altem Recht, während die Folgewirkungen dieses Singulärereignisses dem neuen Recht unterstünden, soweit sie sich nach dem 1. Juli 1989 verwirklicht haben. Zu diesen Wirkungen gehörten auch die Frage nach dem Inhalt der Gerichtsstandsvereinbarung, insbesondere jene, ob der vereinbarte Gerichtsstand ausschliesslich sei oder nicht. Im vorliegenden Fall sei diese Wirkung erst 1990 mit der Klageeinleitung eingetreten, weshalb neues Recht auf die Frage der Ausschliesslichkeit der Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien anwendbar sei. Das Bundesgericht wies deshalb die Berufung ab.

4. Das Bundesgericht scheint seinen Standpunkt auf den ersten Blick in der Tat auf Art. 196 IPRG stützen zu können, in welcher Bestimmung angeordnet wird, dass sich die rechtlichen Wirkungen von Sachverhalten oder Rechtsvorgängen, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes entstanden, aber auf Dauer angelegt sind, nach altem Recht beurteilen, während sich die Wirkungen mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts nach diesem richten. Damit scheint etwas wieder aufgenommen worden zu sein, was in der intertemporalrechtlichen Lehre immer wieder vertreten wurde, nämlich dass sich zwischen Bestand und Inhalt bezüglich der Rechtsanwendung unterscheiden lässt. Das ist jedoch logisch nicht möglich. Mit anderen Worten ist es nicht möglich, den Bestand eines Rechtsverhältnisses altem, den Inhalt neuem Recht zu unterstellen. Denn ein Rechtsverhältnis kann man sich nur mit einem bestimmten Inhalt als bestehend denken. Ob ein Rechtsverhältnis im Bestand oder im Inhalt geändert wird, ist eine nicht trennbare Frage. Wird der Inhalt teilweise geändert, so besteht das alte Rechtsverhältnis nur noch teilweise, wird der ganze Inhalt aufgehoben, so besteht es gar nicht mehr. Welches Rechtsverhältnis besteht und ob es besteht, ist nicht zu trennen von der Frage, welchen Inhalt es hat und ob es noch einen Inhalt hat (M. VISCHER, Die allgemeinen Bestimmungen des Schweizerischen Intertemporalen Privatrechts, Zürich 1986, 43, unter Hinweis auf W. BURCKHARDT, Methode und System des Rechts, Nachdruck Zürich 1971, 113 f., und H. GIESKER-ZELLER, Die Grundprinzipien des Übergangsrechts im Schweizerischen Zivilgesetzbuch, ZSR NF 34 (1915) 50 f., vgl. auch VISCHER, a.a.O., 42, insbesondere FN 54 mit weiteren Hinweisen).

5. Dass sich logisch bezüglich der Rechtsanwendung nicht zwischen Bestand und Inhalt eines Rechtsverhältnisses unterscheiden lässt, kann gut anhand des besprochenen Bundesgerichtsentscheides gezeigt werden. In diesem hat das Bundesgericht, wie erwähnt, ausgeführt, Konsens und Willensmängel der Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien richten sich nach altem Recht, die Frage aber, ob der vereinbarte Gerichtsstand ausschliesslich sei oder nicht, nach neuem Recht. Diese Differenzierung bezüglich der Rechtsanwendung ist nicht möglich. Denn die Frage der Ausschliesslichkeit lässt sich, nachdem in diesem Bereich unter altem wie neuem Recht Dispositionsfreiheit der Parteien bestand resp. besteht (BGE 89 I 65, Art. 5 Abs. 1 Satz 3 IPRG), nicht von der Frage des Konsenses und der Willensmängel trennen. So ist die Frage der Ausschliesslichkeit auch eine Frage des Konsenses und ist z. B. ein Erklärungsirrtum bezüglich der Frage der Ausschliesslichkeit ohne weiteres denkbar. Die Unterscheidung zwischen Bestand und Inhalt eines Rechtsverhältnisses bezüglich der Rechtsanwendung führt damit in die Irre (z. T. gl. M. z. B. SCHWANDER, Die Handhabung des neuen IPRG-Gesetzes, in: Y. HANGARTNER [Hrsg.], Die allgemeinen Bestimmungen des IPRG, St. Gallen, 1988, 28 f., A. K. SCHNYDER, Das neue IPR-Gesetz, 2. A., 1990, Zürich, 152, die im-

merhin von Problemen bei einer "Spaltung" sprechen). Aus dem gleichen Grund scheint auch die Auffassung von SCHWANDER (SCHWANDER, AJP/PJA 1993 1270 f.) insoweit problematisch zu sein, als er die Frage der Ausschliesslichkeit eine Gerichtsstandsvereinbarung als (entsprechend der Auffassung von SCHWANDER) zivilprozessuale Frage neuem Recht und die Frage des Konsenses und der Willensmängel als (entsprechend der Auffassung von SCHWANDER) materiellrechtliche Frage dem Schuldstatut unterstellt, was unter Umständen zur diesbezüglichen Anwendung des alten Rechts führt. Dazu kommt, dass die von SCHWANDER postulierte Ungleichbehandlung von zivilprozessualen und materiellrechtlichen Fragen problematisch ist und auch keine Stütze in Art. 196 IPRG findet (gl. M. z. B. M. BLESSING, Intertemporales Recht zum 12. Kapitel IPRG, ASA Bulletin 1988, 321 f.)

6. Immerhin kann die Unterscheidung zwischen Bestand und Inhalt eines Rechtsverhältnisses bezüglich der Rechtsanwendung in einem intertemporalen Konnex bis zu einem gewissen Grade so aufrechterhalten werden, indem man altrechtliche, im Zeitpunkt des formellen Inkrafttretens des neuen Rechts noch bestehende Rechtsverhältnisse in die äquivalenten Kategorien des neuen Rechts transponiert (VISCHER, a.a.O., 98). Dieser Kompromiss zwischen der umfassenden Weiteranwendung des alten Rechts und der alleinigen Anwendung des neuen Rechts liegt wie z. B. schon Art. 17 und 18 SchlT ZGB (dazu VISCHER, a.a.O., 98) auch Art. 196 IPRG zugrunde. Dieser Kompromiss wurde im Sinne einer regelbindenden Typisierung aufgrund der von Art. 1–4 SchlT ZGB verlangten Abwägung zwischen entgegenstehenden Vertrauensinteressen und öffentlichen Interessen gefunden (dazu VISCHER, a.a.O., 101, neuestens BGE 117 II 455, 119 II 48). Art. 196 IPRG ist damit nicht eine missglückte Zusammenfassung von Art. 1–4 SchlT ZGB (G. BROGGINI, Das intertemporale Recht der neuen internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, ASA Bulletin,1988, 286 f.), sondern eine Ableitung aus Art. 1–4 SchlT ZGB.

7. Angewandt auf den vorliegenden Fall bedeutet die vorstehend vertretene Auslegung von Art. 196 IPRG, dass das Bundesgericht das zu transponierende Rechtsverhältnis, nämlich die Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien, in bezug auf die strittige Frage zuerst nach altem Recht hätte würdigen müssen. Es hätte dann festgestellt, dass nach diesem in Anwendung der im diskutierten Bundesgerichtsentscheid zitierten Lehre und Rechtsprechung die fragliche Gerichtsstandvereinbarung der Parteien als nicht ausschliessliche gegolten hätte. Danach hätte das Bundesgericht die so nach altem Recht in Bestand und Inhalt festgelegte Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien in die äquivalente Kategorie des neuen Rechts überführen müssen, was im vorliegenden Fall konkret heisst, dass es hätte prüfen müssen, inwieweit das neue Recht, das ebenfalls Gerichtsstandsvereinbarungen kennt, die altrechtliche Gerichtsstandsvereinbarung akzeptiert und in Bestand und Inhalt verändert. Das Bundesgericht hätte dann festgestellt, dass das neue Recht, d. h. Art. 5 Abs. 1 Satz 3 IPRG nichtausschliessliche Gerichtsstandsvereinbarungen akzeptiert, so dass die altrechtliche, nach altem Recht nicht ausschliessliche Gerichtsstandsvereinbarung unter neuem Recht als (transponierte) nicht ausschliessliche Gerichtsstandsvereinbarung fortgelebt hätte. Das Bundesgericht hätte alsdann die Berufung gutheissen und nicht abweisen müssen (a. M. SCHWANDER, AJP/PJA 1993 1270, der dem Bundesgericht im Ergebnis, nicht aber in der Begründung zustimmt).

8. Nach der vorstehend vertretenen Auffassung gibt es nach dem 1. Juli 1989 keine nach altem Recht weiterexistierenden Rechtsverhältnisse mehr. Es kommt nur noch neues Recht zur Anwendung. Immerhin ist altes Recht soweit massgeblich, als es entscheidend ist für die Bestimmung, was allenfalls in eine äquivalente Kategorie des neuen Rechts zu transponieren ist.

9. Dass ab 1. Juli 1989 nur noch neues Recht zur Anwendung kommt, wird in Art. 198 und 199 bezüglich anwendbarem Recht und Anerkennung und Vollstreckung für diejenigen Fälle bestätigt, in denen am 1. Juli 1989 das erstinstanzliche Verfahren hängig war. Art. 198 und 199 IPRG wären damit an sich neben Art. 196 IPRG nicht nötig gewesen, da sie dessen Aussage lediglich für zwei Spezialfälle bestätigen. Auch Art. 197 Abs. 2 IPRG wäre neben Art. 196 IPRG an sich überflüssig gewesen, da diese Bestimmung für einen weiteren Spezialfall ebenfalls die Aussage von Art. 196 IPRG bestätigt, dass ab 1. Juli 1989 nur noch neues Recht zur Anwendung kommt. Art. 197 Abs. 1 IPRG dagegen statuiert eine echte Ausnahme von Art. 196 IPRG (zu Art. 197 Abs. 1 IPRG z. B. BGE 116 II 622).

10. Der in Art. 198, 199 und 197 Abs. 2 IPRG für drei Spezialfälle bestätigte Grundsatz der ausschliesslichen Anwendung neuen Rechts nach dem 1. Juli 1989 gilt demnach im Bereich von Art. 198 und 199 IPRG aufgrund von Art. 196 IPRG nicht nur für die Fälle, in denen am 1. Juli 1989 das erstinstanzliche Verfahren hängig war, sondern auch für die Fälle, in denen nach dem 1. Juli 1989 das erstinstanzliche Verfahren hängig gemacht wurde (gl. M. SCHWANDER, Einführung in das Internationale Privatrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., St. Gallen, 1990, N 363) und weiter auch für die Fälle, in denen am 1. Juli 1989 ein zweit- oder drittinstanzliches Verfahren hängig war (a. M. SCHWANDER, Einführung in das Internationale Privatrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., St. Gallen, 1990, N 363).

11. Das Bundesgericht ist diesen Weg allerdings schon vor dem diskutierten Bundesgerichtsentscheid insbesondere im Bereich des Schiedsrechts nicht gegangen. So hat es in einem Grundsatzentscheid entschieden, dass vor dem 1. Juli 1989 ergangene Schiedssprüche nur nach altem Recht und solche nach dem 1. Juli 1989 ergangene Schiedssprüche nur nach neuem Recht angefochten werden können (BGE 115 II 97, bestätigt in 115 II 102, 115 II 288, 115 II 300), was dazu führt, dass in gewissen Fällen entgegen der vorstehend vertretenen Auslegung von Art. 196 IPRG auch nach dem 1. Juli 1989 altes Recht an-

gewandt wird (vgl. auch bezüglich der noch weitergehenden Fortgeltung des alten Rechts bei altrechtlichen Teilschiedssprüchen BGE 115 II 102 und 118 II 508). Zwar erging der genannte Grundsatzentscheid nicht in Anwendung von Art. 196 IPRG, sondern in Füllung einer Lücke in Art. 196–199 IPRG (vgl. die diesbezügliche Kritik von P. VOLKEN, in IPRG Kommentar, Zürich 1993, N 2 zu vor Art. 196 IPRG, B. ROSSEL, Observations sur les arrêts récemment rendus à propos du droit transitoire rélatif à l'arbitrage international, ASA Bulletin 1989, 134 ff., welche Autoren der Meinung sind, es hätte Art. 196 IPRG angewendet werden müssen, was aber zu demselben Resultat wie die bundesgerichtliche Lückenfüllung führe). Weiter hat das Bundesgericht in BGE 115 II 390 (bestätigt in BGE 116 II 721) und BGE 116 II 639 (unter Verweis auf BGE 115 II 390) bezüglich altrechtlicher Schiedsvereinbarungen Art. 176 Abs. 2 resp. 192 IPRG, also neues Recht, zur Anwendung gebracht, ohne die Schiedsvereinbarungen in bezug auf die strittige Frage nach altem Recht zu untersuchen und anschliessend nach neuem Recht zu entscheiden, inwieweit das Resultat der Auslegung nach altem Recht unter neuem Recht aufrechterhalten werden könne (vgl. die m. E. berechtigte Kritik an BGE 115 II 390 z. B. von S. BERTI, Zur Frage des zeitlichen Anwendungsbereiches von Art. 176 Abs. 2 IPRG – Bemerkungen zu BGE 115 II 390 ff., ASA Bulletin 1990, 105 ff., W. WENGER, Das Übergangsrecht in Rechtsprechung und Schiedspraxis, ASA Bulletin 1992, 107). Überdies hat das Bundesgericht in BGE 117 II 94 die Gültigkeit einer 1980 geschlossenen Schiedsvereinbarung ohne weitere Diskussion nach neuem IPRG beurteilt, ohne die Schiedsvereinbarung vorab nach altem Recht zu prüfen.

12. Weiter hat das Bundesgericht die vorstehend vertretenen Auffassung bezüglich des Verhältnisses von Art. 196 IPRG zu Art. 197–199 IPRG implizite verworfen, indem es sich der Auffassung insbesondere von SCHWANDER (z. B. SCHWANDER, Die Handhabung des neuen IPR-Gesetzes, in: Y. HANGARTNER [Hrsg.], Die allgemeinen Bestimmungen des IPRG, St. Gallen, 1988, 32 ff.) angeschlossen hat (BGE 118 II 348 unter Zurückweisung der diesbezüglich m. E. berechtigten Kritik an SCHWANDER von BROGGINI, Das intertemporale Recht der neuen Schiedsgerichtsbarkeit, ASA Bulletin 1988, 284 ff. und Regole intertemporale del nuovo diritto internationale privato Svizzero, in FS A. E. VON OVERBECK, Freiburg 1990, 456 f.).

13. Die erwähnte Bundesgerichtspraxis ist aber m. E. zu überdenken, umsomehr, als sie sich nicht fundiert mit Art. 196–198 IPRG und der intertemporalrechtlichen Lehre auseinandersetzt, sondern mehr Praktikabilitätsüberlegungen folgt. So kann es nicht verwundern, wenn die zitierten Bundesgerichtsentscheide widersprüchlich sind. Entsprechend widerspricht auch der besprochene Bundesgerichtsentscheid diversen früheren Entscheiden, so z. B. BGE 115 II 97. Denn im besprochenen Bundesgerichtsentscheid wird ausgeführt, die im Streit stehende Wirkung der Gerichtsstandsvereinbarung der Parteien, d. h. die Frage der Ausschliesslichkeit der Vereinbarung, sei zeitlich nach dem 1. Juli 1989 erfolgt, weil erst danach die Klage eingeleitet worden sei. Würde man dies auf Schiedsvereinbarungen umsetzen, würde dies bezüglich Anfechtung von Schiedssprüchen bedeuten, dass nicht der Zeitpunkt des Ergehens des Schiedsspruches für die Bestimmung des anwendbaren Rechts massgebend wäre, sondern derjenige der Einleitung der Schiedsklage.

Dr. iur. Markus Vischer, Rechtsanwalt, Zürich