Entscheidbesprechungen
Discussions d'arrêts actuels

4. Internationales Privat- und Verfahrensrecht/Droit international privé et procédure civile internationale

4.2. Internationales Verfahrens-, Vollstreckungs- und Konkursrecht/Procédure civile internationale, exécution forcée internationale et droit international de la faillite

Erfüllungsort nach Art. 5 Nr. 1 LugÜ bei Holschulden

Besprechung von BGer, 4A_449/2021, 27.1.2022

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_449/2021 vom 27. Januar 2022 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), A. gegen B. AG, Zuständigkeit, Erfüllungsort nach Art. 5 Nr. 1 LugÜ.

Oliver M. Kunz*

Haben sich die Parteien bei einem Warenkauf darauf geeinigt, dass die Verkäuferin ihre Pflichten bereits dadurch erfüllt, dass sie die Waren zur Abholung bereitstellt, und liegt mithin eine Holschuld vor, so liegt der für alle Klagen aus diesem Vertrag zuständigkeitsrelevante Erfüllungsort i.S.v. Art. 5 Nr. 1 LugÜ an demjenigen Ort, an dem die Verkäuferin die Waren zur Abholung durch die Käuferin oder für diese handelnde Dritte bereitgestellt hat bzw. hätte stellen müssen.

I. Sachverhalt

Eine Verkäuferin mit Sitz im Kanton Zürich (B. AG) hatte einer Käuferin mit Sitz in den Niederlanden (A. AG) Fahrradzubehör zum Preis von umgerechnet rund CHF 70'000 verkauft. In der Folge erhob sie beim Handelsgericht des Kantons Zürich Zahlungsklage. Zur Begründung der Zuständigkeit machte sie geltend, dass sie die Waren vereinbarungsgemäss an ihrem Sitz im Kanton Zürich zur Abholung bereitgestellt und damit dort ihre Verpflichtung unter dem Vertrag erfüllt habe.

Das Handelsgericht des Kantons Zürich wies die von der Käuferin erhobene Unzuständigkeitseinrede ab.[1] Mit dem besprochenen Urteil weist das Bundesgericht die von der Klägerin dagegen erhobene Beschwerde ab.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht erinnert zunächst daran, dass für sämtliche Klagen aus dem Verkauf von beweglichen Sachen die Gerichte am «*Ort, an dem sie nach dem Vertrag geliefert worden sind oder hätten geliefert werden müssen»,* zuständig sind, d.h. am Ort der Erbringung der vertragscharakteristischen Leistung (E. 3.1). Im konkreten Fall sei die Anwendbarkeit von Art. 5 Nr. 1 lit. b LugÜ ebenso unbestritten wie der Umstand, dass die Leistung der Verkäuferin die vertragscharakteristische Leistung darstelle. Uneinigkeit bestehe lediglich hinsichtlich der Frage, wo der Erfüllungsort dieser Leistung im Sinne von Art. 5 Nr. 1 lit. b LugÜ liege (E. 3.2).

Gemäss der Rechtsprechung sei der Erfüllungsort für Klagen aus Kaufverträgen über bewegliche Sachen (und für solche aus Dienstleistungsverträgen) «*übereinkommensautonom, also grundsätzlich ohne Anknüpfung an die lex causae, zu bestimmen» (E. 4.1).*

Dieser Gerichtsstand solle nicht nur eine *«Sach- und Beweisnähe»* herstellen, sondern bezwecke auch *«die Stärkung der Vorhersehbarkeit»*, weshalb Art. 5 Nr. 1 lit. b LugÜ *«grundsätzlich so auszulegen [ist], dass der Ansprecher die ihm für die Geltendmachung seiner Forderung zur Verfügung stehenden Gerichtsstände ohne Schwierigkeiten bestimmen kann und umgekehrt die Gegenpartei in der Lage ist, in vernünftiger Weise abzuschätzen, vor welchen Gerichtsbarkeiten sie allenfalls belangt wird»* (E. 4.1).

Für die Bestimmung des zuständigkeitsrelevanten Erfüllungsorts sei in erster Linie die Vereinbarung der Parteien über den Lieferort massgeblich. Subsidiär sei auf den Ort der tatsächlichen Übergabe der Waren abzustellen und in dritter Linie sei der Lieferort «auf andere Weise» zu ermitteln:

«Der Lieferort nach Art. 5 Nr. 1 Bst. b LugÜ ist dabei in erster Linie ‹nach dem Vertrag› zu bestimmen, mithin ist die Vereinbarung eines Erfüllungsorts durch die Parteien massgebend. Ein solcher vertraglicher Erfüllungsort muss nicht ausdrücklich bezeichnet sein, sondern kann sich auch durch Vertragsauslegung ergeben. Kann der Lieferort nicht anhand der Vertragsbestimmungen ermittelt werden (oder nur unter Rückgriff auf das auf den Vertrag anwendbare materielle Recht), ist hilfsweise der Ort heranzuziehen, an welchem die Ware der Käuferin tatsächlich körperlich übergeben wurde, vorausgesetzt, die Lieferung an diesem Ort widerspricht nicht dem Parteiwillen, wie er sich aus den Vertragsbestimmungen ergibt. Kann der Lieferort weder anhand der Bestimmungen des Vertrags selbst noch aufgrund von dessen tatsächlicher Erfüllung bestimmt werden, ist er ‹auf andere Weise› zu ermitteln, die den mit dem LugÜ verfolgten Zielen der Vorhersehbarkeit und der räumlichen Nähe Rechnung trägt» (E. 4.2).

---

* Oliver M. Kunz, lic. iur., LL.M. (Stanford), Rechtsanwalt, Zürich.

1 HGer ZH, HG210007, 3.8.2021.

Weiter erinnerte das Bundesgericht daran, dass nach der Rechtsprechung des EuGH und des Bundesgerichts bei den als *«Versendungskauf»* umschriebenen Konstellationen auf den *«Ort der körperlichen Übergabe»* an die Käuferin *«am endgültigen Bestimmungsort»* abgestellt werde:

«Der EuGH […] hat in Bezug auf den (von ihm so genannten) ‹Versendungskauf› präzisiert, dass der Ort der körperlichen Übergabe jener Ort sei, an dem die Käuferin am endgültigen Bestimmungsort des Verkaufsvorgangs die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Waren erlangt hat oder hätte erlangen müssen (Urteile Electrosteel Europe SA, Randnr. 26; Car Trim GmbH, Randnrn. 60–62; […]). Das Bundesgericht hat sich dieser Auffassung angeschlossen (BGE 140 III 418 E. 6.2.1)» (E. 4.2).

In der Folge stellte das Bundesgericht fest, dass «*Vorinstanz und Beschwerdeführerin […] teilweise nicht zwischen den verschiedenen dargestellten Kriterien zu unterscheiden [scheinen], konkret zwischen der – primär massgebenden – ‹Vereinbarung eines Erfüllungsorts› und dem subsidiären Anknüpfungsort der ‹tatsächlich erfolgten körperlichen Übergabe›*» (E. 4.3.1).

Im Ergebnis sei dies jedoch unerheblich, weil die beiden Orte übereinstimmen würden, denn erstens hätten die Parteien die Abholung am schweizerischen Sitz der Verkäuferin vereinbart und zweitens habe die Käuferin die Ware dort auch abholen lassen:

«Dies bleibt jedoch ohne Folgen, denn die beiden Orte stimmen überein: Das Handelsgericht stellte – erstens – fest, dass kein ‹Versendungskauf› vorliegt und die Beschwerdegegnerin nach dem Vertrag einzig verpflichtet war, die Ware ‹an ihrem Sitz zur Abholung bereit zu stellen›, sie insbesondere keine vertragliche Pflicht zum Transport traf. Was – zweitens – die tatsächliche Vertragsabwicklung betrifft, gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass die Beschwerdegegnerin die Ware effektiv an ihrem Sitz […] zur Abholung zur Verfügung gestellt hat, wo die Beschwerdeführerin die Ware durch ein von dieser (der Beschwerdeführerin) beauftragtes Transportunternehmen abholen liess. Die Beschwerdeführerin organisierte den Transport und übernahm auch die Transportkosten» (E. 4.3.1).

Damit liege eine vom Schrifttum zu Art. 5 LugÜ als «Holschuld» *(«dette quérable»)* bezeichnete Konstellation vor, bei welcher nach h.L. auf den Ort abzustellen sei, an dem die Ware von der Verkäuferin zur Abholung bereitgestellt wird:

«Es besteht weitgehend Einigkeit, was den Erfüllungsort in solchen Fällen anbelangt: Beschränkt sich die Pflicht und die Aufgabe der Verkäuferin darauf, die Ware zu Handen der Käuferin zur Abholung bereitzustellen (liegt in diesem Sinne also eine ‹Holschuld› der Käuferin vor), gilt als konventionsautonom bestimmter Lieferort im Sinne von Art. 5 Nr. 1 Bst. b LugÜ jener Ort, an dem die Ware von der Verkäuferin zur Verfügung gestellt wird, unabhängig davon, ob die Ware dort von der Käuferin selbst oder von einem von dieser autorisierten Dritten abgeholt wird» (E. 4.3.2).

Dies ergäbe sich aus den vom EuGH entwickelten Grundsätzen zur Bestimmung des Erfüllungsorts, sei aber auch im Konkreten sachgerecht:

«Dies fliesst aus den allgemeinen, in der europäischen und schweizerischen Praxis entwickelten Grundsätzen zur Bestimmung des Erfüllungsorts beim Kauf beweglicher Sachen (Erwägungen 4.1 f.) und ist auch im Konkreten sachgerecht: Denn dort, wo die Verkäuferin die Ware bereithält, soll die Käuferin nach dem Willen der Parteien in die Lage versetzt werden, die Ware in ihren körperlichen Gewahrsam zu nehmen, und gelangt die Sache – aus hier massgebender vertraglicher Perspektive – an ihren Bestimmungsort» (E. 4.3.2).

Demgegenüber würde es dem Prinzip der Vorhersehbarkeit widersprechen, wenn auf jenen Ort abzustellen wäre, an welchen die Käuferin die Ware verbringt oder wo die «eigentliche Abnahme» der Ware stattfinde bzw. diese ihr «endgültiges» Ziel erreiche (E. 4.3.2):

«Es widerspräche dem grundlegenden Prinzip der Vorhersehbarkeit, auf jenen Ort abzustellen, an welchen die Käuferin (oder ein von dieser beauftragtes Transportunternehmen) die Ware selbstbestimmt verfrachtet, wie dies die Beschwerdeführerin vorschlägt. Ein derartig in das Belieben der Käuferin gestellter Gerichtsstand liesse sich mit der auf Rechtsklarheit abzielenden Zuständigkeitsordnung in Art. 5 Nr. 1 Bst. b LugÜ nicht in Einklang bringen. Die Beschwerdeführerin verschleiert das Problem, wenn sie wiederholt vorträgt, die ‹eigentliche Abnahme› der Ware sei erst an ihrem Sitz in den Niederlanden erfolgt. Dieser Vorgang steht nicht nur ausserhalb der vertraglichen und der tatsächlichen Erfüllungshandlungen der Parteien, er war darüber hinaus für die Beschwerdegegnerin nicht antizipierbar. Auch dem mit dem LugÜ verfolgten Anliegen der räumlichen Nähe zwischen dem Vertrag und dem zur Entscheidung berufenen Gericht würde nicht Rechnung getragen, wenn mit der Beschwerdeführerin auf jenen Ort abgestellt würde, an dem die Ware ihr von der Käuferin bestimmtes, aus Verkäuferperspektive letztlich aber zufälliges ‹endgültiges› Ziel erreicht, nicht aber auf den Ort der Abholung, an dem die Käuferin Verfügungsgewalt über die Ware erlangt und sich die Pflichten der Verkäuferin erschöpfen. Inwiefern der angebliche ‹Umstand […], dass die Beschwerdegegnerin ihre Logistik nicht einwandfrei im Griff hatte›, eine Rolle spielen soll, ergibt sich aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht. Dass im Übrigen die Beschwerdegegnerin die ‹für den internationalen Warentransport notwendigen Dokumente› erstellt hat, ändert entgegen der Beschwerdeführerin am Gesagten nichts.»

Die Vorinstanz sei damit zu Recht davon ausgegangen, dass sich der massgebende Erfüllungsort im Sinne von Art. 5 Nr. 1 lit. b LugÜ am Abholungsort der Kaufsache am Sitz der Verkäuferin befand, weshalb sie für die Klage auf Bezahlung des ausstehenden Kaufpreises zuständig sei und die Unzuständigkeitseinrede zu Recht abgewiesen habe.

III. Anmerkungen

A. Abholungsort als zuständigkeitsrelevanter Erfüllungsort bei Holschulden

Der Entscheid des Bundesgerichts ist zu begrüssen, weil er für den Fall der Holschulden klarstellt, dass der zuständigkeitsrechtlich relevante Lieferort an demjenigen Ort liegt, an dem die Waren zur Abholung bereitgestellt werden.

Allgemeiner ausgedrückt ist derjenige Ort massgeblich, an dem die Käuferin (oder für sie handelnde Dritte) die tatsächliche Verfügungsgewalt (Gewahrsam) über die Waren erlangt hat oder hätte erlangen müssen.[2]

Hat damit die Käuferin die Pflicht übernommen, die Waren an einem bestimmten Ort abzuholen und den Transport der Ware von dort her zu organisieren, dann sind die dortigen Gerichte nach Art. 5 Nr. 1 lit. b LugÜ für sämtliche Klagen aus diesem Vertrag zuständig.

Dass auf den Abholungsort abgestellt wird, erscheint sachgerecht, weil an diesem Ort das Pflichtenprogramm der Verkäuferin endet und die Käuferin danach über die Ware nach ihrem Gutdünken verfügen kann, weshalb die Anknüpfung an einen anderen Ort in der Tat wenig vorhersehbar wäre, insbesondere wenn die Ware hernach über Zwischenlager oder direkt an den Sitz der Käuferin oder gleich an deren Abnehmer spediert wird.

Die mit dem kommentierten Entscheid vorgenommene Klarstellung ist vor allem deshalb hilfreich, weil die bisherige Rechtsprechung des EuGH (und daran anschliessend des Bundesgerichts) und auch ein Grossteil der Literatur vor allem den Fall des Versendungskaufs thematisierten.[3]

Dies gilt freilich mit einer gewichtigen Ausnahme: Im Fall Electrosteel hielt der EuGH ausdrücklich fest, dass bei einer Lieferung gemäss der Incoterm-Klausel «Ex Works» (EXW) auch der Ort der Lieferung und Annahme festgelegt werde, und schloss daraus, dass der so bestimmte Ort zugleich auch der zuständigkeitsrelevante Lieferort sei.[4] Damit wurde eigentlich bereits entschieden, dass bei Vereinbarung einer Holschuld (bzw. einer Lieferung EXW) der Erfüllungsort am Abholungsort liegt.

Es erstaunt insofern, dass das Bundesgericht bei der konkreten Beurteilung der relevanten Frage in E. 4.3.2 lediglich auf Literaturstellen verweist, ohne diesen Entscheid zu nennen. In der Sache selbst tut dies freilich den Erwägungen des Bundesgerichts keinen Abbruch.

Ergänzend ist auszuführen, dass das Bundesgericht die Tatsache, dass die Verkäuferin offenbar die für den internationalen Warentransport erforderlichen Dokumente erstellt hat, zu Recht als nicht massgeblich erachtete (E. 4.3.2 am Ende[5]).

Nicht ausschlaggebend ist auch die Frage der *Gefahr- und Kostentragung*.[6] Entscheidend ist vielmehr, ob der Verkäufer sich zu mehr verpflichtet hat, als die Ware an einem bestimmten Ort zur Abholung bereitzustellen. Hat er sich nämlich auch verpflichtet, die Ware zum Versand zu übergeben (und liegt insofern nach schweizerischer Diktion eine Versendungs- oder Schickschuld vor[7]), dann ist zuständigkeitsrechtlich (wie bei einer echten Bringschuld) auf den Bestimmungsort abzustellen, d.h. auf denjenigen Ort, an den die Ware verschickt wird.

B. Zur Bedeutung des «endgültigen Bestimmungsortes» in der Formel des EuGH

Das Bundesgericht geht (wie schon die Vorinstanz) davon aus, dass sich das soeben Ausgeführte letztlich aus den «*allgemeinen, in der europäischen und schweizerischen Praxis entwickelten Grundsätzen zur Bestimmung des Erfüllungsorts beim Kauf beweglicher Sachen*» ergebe (E. 4.3.2).

Sofern damit der *«Ort der körperlichen Übergabe»* (vom Verkäufer an den Käufer) gemeint ist, welchen der EuGH jeweils anspricht,[8] ist dem zuzustimmen. Die vom EuGH verwendete Formel geht jedoch weiter: Der EuGH

---

2 BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 N 237 f., in: Christian Oetiker/Thomas Weibel (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2016 (zit. BSK LugÜ-Verfasser); Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, 3.3.2011, C-87/10, Electrosteel, N 47 ff., insbesondere N 54.

3 So ausdrücklich die Vorinstanz: HGer ZH, HG210007, 3.8.2021, E. 3.2.2.

4 EuGH, C-87/10, Electrosteel, 9.6.2011, N 23.

5 Vgl. für einen diesbezüglich deutlich schwierigeren Fall etwa OLG Stuttgart, 5 U 188/16, 7.8.2017, CISG-online 3052, N 30–32, wo der Verkäufer trotz Vereinbarung einer EXW-Lieferung aus praktischen Gründen auch gleich die Organisation der Versendung übernahm, ohne dass dies für die Bestimmung des Erfüllungsorts als relevant betrachtet wurde.

6 So auch etwa Alexander R. Markus, Vertragsgerichtsstände nach Art. 5 Ziff. 1revLugÜ/EuGVVO – ein EuGH zwischen Klarheit und grosser Komplexität, AJP 2010, 971 ff., 979 f.

7 Vgl. etwa Peter Gauch/Walter R. Schluep/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. A., Zürich 2020, N 2120.

8 EuGH, C-381/08, Car Trim, 25.2.2010, N 62; EuGH, C-87/10, Electrosteel, 9.6.2011, N 26.

spricht vom *«Ort […] der körperlichen Übergabe der Waren, durch die der Käufer am endgültigen Bestimmungsort des Verkaufsvorgangs die tatsächliche Verfügungsgewalt über diese Waren erlangt hat oder hätte erlangen müssen».*[9]

Insbesondere der Verweis auf den *«endgültigen Bestimmungsort des Verkaufsvorgangs»* trägt dabei jedoch wenig zur effektiven Bestimmung des relevanten Ortes bei und ist teilweise missverständlich[10], ja verleitet sogar zum Fehlschluss, dass es nicht (nur) auf den Ort der Übergabe, sondern eben auch darauf ankäme, wohin die Ware hernach verbracht wird oder werden soll.[11] Dies machte im vorliegenden Fall offenbar auch die Beklagte geltend (vgl. E. 4.3.2 am Ende).

Auf den ergänzenden Verweis auf den *«endgültigen Bestimmungsort»* sollte deshalb m.E. ganz verzichtet werden.[12] Die Anknüpfung an den Ort der körperlichen Übergabe genügt und führt sowohl beim Versendungskauf (Ort am Bestimmungsort) als auch bei Holschulden (Ort der Abholung) zur korrekten Anknüpfung. Dass es nicht auf den «endgültigen» Bestimmungsort ankommen kann, hält auch das Bundesgericht in E. 4.3.2 fest. Anders als das Bundesgericht halte ich es jedoch auch nicht wirklich für zielführend, den Abholungsort als den *«Bestimmungsort»* zu bezeichnen (so aber E. 4.3.2).

C. Zur primären Bestimmung des Lieferorts «nach der Vereinbarung»

In der Theorie vollkommen richtig erscheinen die Ausführungen des Bundesgerichts, wonach der Lieferort primär nach der Vereinbarung der Parteien zu bestimmen sei. Und wenn die Vorinstanz – wie vom Bundesgericht ausgeführt – effektiv (und ohne Rückgriff auf die *lex causae*) festgestellt hat, dass die Verkäuferin «*nach dem Vertrag einzig verpflichtet war, die Ware ‹an ihrem Sitz zur Abholung bereit zu stellen›»* (E. 4.3.1), dann müsste es für die Bestimmung des Lieferorts damit effektiv sein Bewenden haben.

Allerdings basiert die diesbezügliche «Feststellung» im vorinstanzlichen Entscheid nicht auf wirklich soliden Grundlagen (was erklärt, weshalb das Bundesgericht in E. 4.3.1 moniert, dass nicht hinreichend zwischen der Vereinbarung eines Erfüllungsortes und der nur subsidiär massgeblichen tatsächlich erfolgten körperlichen Übergabe unterschieden worden sei). Eine Lektüre des vorinstanzlichen Entscheids ergibt, dass es jedenfalls *keinen schriftlichen* Vertrag gab, in dem die Liefermodalitäten festgelegt worden wären, und auch von dahingehenden mündlichen Vereinbarungen ist im vorinstanzlichen Entscheid keine Rede. Die Vorinstanz stützt ihre «Feststellung» vielmehr lediglich auf Korrespondenz *nach* dem Vertragsschluss, in welcher sich die Parteien über das effektive Vorgehen absprachen. Konkret schrieb die Käuferin offenbar per E-Mail, dass sie die Waren bei der Verkäuferin abholen werde, und die Verkäuferin bestätigte, dass diese dort zur Abholung bereitgestellt würden.[13] Daraus schloss die Vorinstanz, dass es keine Indizien dafür gebe, dass die Beklagte *«mit der gelebten Abwicklung der Warenlieferung nicht einverstanden»* gewesen sei.[14] Weil es sodann offenbar auch die Klägerin war, welche den Transport besorgte, führte die Vorinstanz aus, dass sich die Verpflichtung der Verkäuferin *«nach dem Vertrag»* darauf beschränkte, die Ware zur Abholung bereitzustellen.[15] Damit blieb aber eigentlich unklar, ob der Erfüllungsort wirklich *«nach dem Vertrag»* bestimmt wurde oder ob nicht vielmehr eine nachträgliche Verständigung über den (effektiven) Lieferort vorlag. Jedenfalls liegt es nicht auf der Hand, dass die Lieferung *«nach dem Vertrag»* am Sitz der Verkäuferin zur Abholung bereitzustellen war bzw. dass eine Bestimmung des Lieferorts *«nach der Vereinbarung»* vorlag.

Aus den Formulierungen des Bundesgerichts ist implizit zu schliessen, dass es in Bezug auf diese angeblichen «Feststellungen» der Vorinstanz keine hinreichend klaren Rügen gab. Ansonsten hätten sich wohl insbesondere die folgenden zusätzlichen Fragen gestellt:

1. Nach welchem Recht bestimmt sich die Gültigkeit der Erfüllungsortsvereinbarung?
2. Kann die Vereinbarung des zuständigkeitsrelevanten Lieferorts auch erst nach Vertragsschluss getroffen werden?
3. Ist eine solche formlos gültig?
4. Genügt eine Vereinbarung über den Lieferort der Waren oder müssen sich die Parteien über einen einheitlichen Erfüllungsort für sämtliche Leistungen unter dem Vertrag geeinigt haben?

Die erste Frage (nach dem anwendbaren Recht) hat das Bundesgericht in den letzten paar Entscheiden offengelassen.[16] Die h.L. will auf die lex causae abstellen; meines Er-

---

9 Ebd.

10 BSK LugÜ-Hofmann/Kunz (FN 2), Art. 5 N 237; Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, 3.3.2011, C-87/10, Electrosteel, N 47 ff., insbesondere N 55 ff.: *«mehr Verwirrung stiftet, als es Nutzen bringt»;* kritisch auch Markus, AJP 2010 (FN 6), 981.

11 So etwa Pascal Grolimund, Fallstricke und Stilblüten bei der Zuständigkeit in Zivilsachen, AJP 2009, 961 ff., 967 Fn 47, der an sich zu Recht darauf hinweist, dass es auch bei Holschulden einen Bestimmungsort der Ware gebe; vgl. auch etwa die [obiter] Formulierung in BGE 140 III 418 E. 6.2.1.

12 So auch Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, 3.3.2011, C-87/10, Electrosteel, N 57.

13 HGer ZH, HG210007, 3.8.2021, E. 3.2.1.

14 HGer ZH, HG210007, 3.8.2021, E. 3.2.1.

15 HGer ZH, HG210007, 3.8.2021, E. 3.2.1.

16 BGE 140 III 115 E. 4 und BGE 140 III 418 E. 4.1.

achtens wäre eine übereinkommensautonome Beurteilung eher angezeigt.[17] Im vorliegend besprochenen Entscheid wurde die Frage weder von der Vorinstanz noch vom Bundesgericht aufgeworfen, weshalb diese Frage nach wie vor offen ist.

Die zweite Frage (nach dem Zeitpunkt der Vereinbarung) dürfte m.E. zu bejahen sein. Es ist u.a. anerkannt, dass die Erfüllungsortsvereinbarung nicht in der eigentlichen Vertragsurkunde enthalten sein muss.[18] Der Wortlaut von Art. 5 Nr. 1 LugÜ (*«sofern nichts anderes vereinbart worden ist»*) ist ausserdem genügend weit, um auch nachträgliche Vereinbarungen zu erfassen, und es ist nicht einzusehen, weshalb eine nachträgliche Vereinbarung über den Lieferort zuständigkeitsrechtlich weniger Gewicht haben sollte. Lässt man freilich auch nachträgliche Vereinbarungen über den Erfüllungsort zu, kann die Bestimmung des Erfüllungsorts nach dem Vertrag mit der Bestimmung des faktischen Erfüllungsorts gemäss dem einvernehmlichen Verhalten der Parteien verschwimmen (was das Bundesgericht dem Handelsgericht und den Parteien im besprochenen Entscheid vorwirft).

Die dritte Frage nach der Formfreiheit der Erfüllungsortsvereinbarung ist m.E. zu bejahen. Dies ergibt sich *e contrario* aus BGE 140 III 170 E. 2.2.2, wo nur für verkappte Gerichtsstandsvereinbarungen auf die Formvorschriften verwiesen wurde. Zu fordern ist einzig, dass die Bestimmung des Erfüllungsorts *eindeutig* ist und dieser sich insbesondere ohne Rückgriff auf die lex causae bestimmen lässt.[19] Demgegenüber ist weder eine ausdrückliche Vereinbarung erforderlich[20] noch muss die Vereinbarung in den schriftlichen Vertrag «eingebunden» sein.[21]

Die vierte Frage schliesslich hätte das Bundesgericht zu einer Überprüfung seiner eigenen Rechtsprechung gezwungen: In BGE 140 III 170 E. 2.2.3 vertrat das Bundesgericht nämlich gestützt auf einen wesentlichen Teil der Lehre die Auffassung, dass Erfüllungsortsvereinbarungen nur dann zuständigkeitsrechtlich relevant seien, wenn sie den Erfüllungsort *für alle vertraglichen Pflichten* aus dem Vertragsverhältnis *einheitlich* festlegen würden.[22] Im vorliegenden Fall gab es jedoch gemäss den Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz einzig eine Einigung über den Ort der Abholung der Waren. Damit würde es aber an einer einheitlichen Bestimmung des Erfüllungsorts für alle vertragliche Pflichten gerade fehlen, weshalb in der Logik von BGE 140 III 170 E. 2.2.3 *nicht* auf diese Erfüllungsortsvereinbarung hätte abgestellt werden dürfen. Meines Erachtens sollte es demgegenüber genügen, wenn sich die Parteien auf den Erfüllungsort der zuständigkeitsrechtlich allein ausschlaggebenden Hauptleistung geeinigt haben.[23] Dies wird durch den vorliegenden Fall treffend illustriert: Jedenfalls ist bezeichnend, dass sich weder die Vorinstanz noch das Bundesgericht zur Frage äusserten, ob sich die Parteien auch über den Erfüllungsort der Zahlungspflicht geeinigt haben. Dies lässt hoffen, dass das Bundesgericht die in BGE 140 III 170 E. 2.2.3 aufgestellten Anforderungen vielleicht doch nicht ganz so konsequent anwendet, wenn es darauf ankommt.

D. Zur Bedeutung der Beweisnähe des Erfüllungsortsgerichtsstands

Im handelsgerichtlichen Verfahren scheint die Beklagte insbesondere die am Abholungsort angeblich fehlende Sach- und Beweisnähe moniert zu haben.[24] Zu Recht hat dieses Argument weder das Handelsgericht noch das Bundesgericht dazu verleitet, eine Zuständigkeit am Abholungsort zu verneinen. Die angebliche Sach- und Beweisnähe am Erfüllungsort liegt nämlich naturgemäss nur in gewissen Fällen vor (zumal nicht konsequent auf den Erfüllungsort der strittigen Leistung abgestellt wird) und sie bezieht sich höchstens auf gewisse Fragen im Zusammenhang mit der Erfüllung einer der Pflichten, nicht aber etwa auf Fragen über Abschluss, Bestand oder Inhalt des Vertrags.[25] Insofern ist diese angebliche *ratio conventionis* ohnehin nicht besonders stark und das Fehlen einer «Sach- und Rechtsnähe» im konkreten Einzelfall sollte insbesondere nicht zur Verneinung einer ansonsten bestehenden Zuständigkeit verwendet werden.

E. Obiter dictum zur Bestimmung des Lieferorts auf «andere Weise»

Zu den letztlich nicht entscheidrelevanten Ausführungen des Bundesgerichts in E. 4.2, wonach der Lieferort *«auf andere Weise»* zu ermitteln sei, wenn er weder aufgrund

---

17 Vgl. BSK LugÜ-Hofmann/Kunz (FN 2), Art. 5 N 232 m.H.

18 So genügen auch (eindeutige) Verweise auf Handelsbräuche: BSK LugÜ-Hofmann/Kunz (FN 2), Art. 5 N 233a.

19 BSK LugÜ-Hofmann/Kunz (FN 2), Art. 5 N 232; EuGH, C-87/10, Electrosteel, 9.6.2011, N 25.

20 BGE 140 III 418 E. 4.4.2; BGer, 4A_87/2014, 26.8.2014, E. 2.4.2.

21 So aber etwa Nicola Togni/Markus Vischer, Bestimmung des Erfüllungsorts von Dienstleistungsverträgen nach den vertraglichen Vereinbarungen (Art. 5 Ziff. 1 lit. b LugÜ), dRSK vom 24.10.2014, N 11.

22 Vgl. dazu auch SHK LugÜ-Oberhammer, Art. 5 N 66, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen (LugÜ), 3. A., Bern 2021 (zit. SHK LugÜ-Verfasser).

23 BSK LugÜ-Hofmann/Kunz (FN 2), Art. 5 N 235.

24 HGer ZH, HG210007, 3.8.2021, E. 3.2.2.

25 Kritisch auch schon BSK LugÜ-Hofmann/Kunz (FN 2), Art. 5 N 40 m.H. insbesondere auf Beate Gsell, Autonom bestimmter Gerichtsstand am Erfüllungsort nach der Brüssel I-Verordnung, IPRax 2002, 484 ff., insb. 488 ff.

des Vertrags noch aufgrund der tatsächlichen Erfüllung bestimmt werden könne, ist zu guter Letzt noch Folgendes zu bemerken: Der EuGH verwendete diese Formulierung bislang nur bei Dienstleistungsverträgen[26] und auch das Bundesgericht hat sich bislang nur bei Dienstleistungsverträgen dieser Rechtsprechung angeschlossen.[27] Die vom Bundesgericht zitierten[28] Urteile zu Kaufverträgen enthalten die fragliche Formulierung gerade nicht.[29] Sodann wird in der Lehre die Anwendung dieser subsidiären Anknüpfung auch bei Kaufverträgen eher abgelehnt.[30] Insofern erscheint fraglich, ob bei Kaufverträgen überhaupt Raum besteht, um den Erfüllungsort «auf andere Weise» zu ermitteln.

[26] Vgl. insbesondere EuGH, C-19/09, Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH, 11.3.2010, N 41.

[27] BGE 140 III 418 E. 4.1 und BGE 140 III 115 E. 6.

[28] Das Bundesgericht verweist auf «*BGE 140 III 418 E. 4.1 S. 420, E. 4.4.2 und E. 6.2.1; zur EUGVVO: Urteile des EuGH vom 9. Juni 2011 C-87/10 Electrosteel Europe SA gegen Edil Centro SpA, Slg. 2011 I-04987 Randnrn. 16–26; vom 25. Februar 2010 C-381/08 Car Trim GmbH gegen KeySafety Systems Srl., Slg. 2010 I-01255 Randnrn. 44–62; für Dienstleistungsverträge auch BGE 140 III 115 E. 6*».

[29] Vgl. etwa BGE 140 III 418 E. 6.2.1 oder EuGH, C-87/10, Electrosteel, 9.6.2011, N 16–26. Bei EuGH, C-381/08, Car Trim, 25.2.2010, N 57, geht es nur um das Vorgehen bei Fehlen eines vertraglichen Lieferorts.

[30] BSK LugÜ-Hofmann/Kunz (FN 2), Art. 5 N 245; SHK LugÜ-Oberhammer (FN 22), Art. 5 N 70.

Anzeige

Institut für Europarecht
Institut de droit européen

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter EDÖB
Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence PFPDT
Incaricato federale della protezione dei dati e della trasparenza IFPDT
Incumbensà federal per la protecziun da datas e per la transparenza IFPDT

15. Schweizerischer Datenschutzrechtstag
15e Journée suisse du droit de la protection des données

Datenschutz und Gesundheitsschutz

Protection des données et protection de la santé

Universität Freiburg/Université de Fribourg

9. September 2022 / 9 septembre 2022

Anmeldeschluss / Délai d'inscription
19. August 2022 / 19 août 2022

Informationen / Informations
Tel. 026 300 80 90
https://www3.unifr.ch/ius/euroinstitut/fr/
euroinstitut@unifr.ch

UNIVERSITÉ DE FRIBOURG FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÄT FREIBURG RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

UNI FR