

Lehre und Rechtsprechung aus mehreren Urkunden bestehen (Urteil BGer 5P.380/2005, E. 4.2). Nicht erforderlich ist, dass der geschuldete Betrag auf dem unterschriebenen Dokument aufgeführt ist, es genügt, wenn dieser sich aus einem anderen Schriftstück ergibt, auf welches das unterschriebene Dokument Bezug nimmt. Die Bezugnahme muss explizit sein (Urteil BGer 5P.380/2005, E. 4.2). Hervorzuheben ist, dass es nicht genügt, wenn sich das Basisdokument einzig auf ein Wissen um den Bestand einer materiellen Schuld bezieht; vielmehr muss es klar und unmittelbar auf andere Schriftstücke verweisen, in denen die Schuld betragsmässig ausgewiesen ist (Urteil BGer 5P.380/2005, E. 4.2).

Diese Voraussetzung ist hier entgegen der Meinung der Vorinstanz nicht erfüllt. Im Lieferschein vom 2. Mai 2011 wird nicht ausdrücklich auf die Auftragsbestätigung vom 29. April 2011 Bezug genommen. Die Verbindung zwischen den beiden Dokumenten besteht einzig in der auf beiden Dokumenten aufgeführten gleichlautenden Auftrags-Nummer. Dies ist keine explizite Bezugnahme im Sinne der Rechtsprechung. Es kann deshalb vorliegend nicht von einer zusammengesetzten Urkunde gesprochen werden und es fehlt, was die am 2. Mai 2011 erfolgte Lieferung anbetrifft, an einem rechtsgenügenden Rechtsöffnungstitel.

OGP, 29.02.2012

3589

Erfüllungsort einer Verpflichtung zur Abgabe einer Abtretungserklärung (Art. 113 IPRG; Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Die Verpflichtung zur Abgabe einer Abtretungserklärung ist an dem Ort zu erfüllen, wo der Schuldner zur Zeit ihrer Entstehung seinen Wohnsitz oder Sitz hatte.

Sachverhalt:

Dem vom Obergericht Appenzell Ausserrhoden zu beurteilenden Zuständigkeitsstreit liegt eine von der X AG mit Sitz in Herisau gegen die Y mit Sitz in Prag geltend gemachte Schadenersatzforderung aus Vertragsverletzung im Betrag von mindestens USD 13'171'649.30 sowie mindestens 45 % von 75 % sämtlicher auf der gesamten Forderung der Beklagten gegen die Z in der Höhe von USD 54'881'926.28 aufgelaufenen und aufgerechneten Zinsen, abzüglich des durchschnittlichen Anlagebetrages des Betrages von USD 5'351'000.81 seit 28. Juli 2003, zuzüglich Zins zu 5 % seit 31. Mai 2007 zu Grunde. Mit Zwischenentscheid vom 25. Januar 2011 bejahte das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden seine Zuständigkeit, worauf die Y am 11. Februar 2011 mit dem Hauptantrag an das Obergericht gelangte, es sei

festzustellen, dass das Kantonsgericht für die Beurteilung der Streitsache weder örtlich noch sachlich zuständig sei.

Aus den Erwägungen:

5.5 Besteht weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Vereinbarung über den Erfüllungsort, gelten gemäss Art. 74 Abs. 2 OR folgende Grundsätze: 1. Geldschulden sind an dem Ort zu zahlen, wo der Gläubiger zur Zeit der Erfüllung seinen Wohnsitz hat; 2. wird eine bestimmte Sache geschuldet, so ist diese da zu übergeben, wo sie sich zur Zeit des Vertragschlusses befand; 3. andere Verbindlichkeiten sind an dem Ort zu erfüllen, wo der Schuldner zur Zeit ihrer Entstehung seinen Wohnsitz hatte.

[...]

5.5.3 Die Abtretung als Verfügungsvertrag kommt durch den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen von Zedent und Zessionar zustande (*Gauch/Schluemp/Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. A., Zürich 2003, N 3608 ff.). Die Abtretung kommt daher nicht schon mit der Ausstellung der Abtretungsurkunde und auch nicht ohne weiteres mit deren Übergabe an den Zessionar, sondern erst mit der Annahme durch diesen zustande (*Daniel Girsberger*, Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2007, N 15 zu Art. 164).

5.5.4 Die Vorinstanz hat aus der Empfangsbedürftigkeit bzw. Annahmbedürftigkeit der Abtretungserklärung den Schluss gezogen, dass die Abgabe der Willenserklärung (als Erfüllungshandlung) grundsätzlich am Wohnort des Erklärungsempfängers zu erfolgen habe. Sie stützt ihren Standpunkt insbesondere auf Rolf H. Weber in seiner – nicht weiter begründeten – Kommentierung zu Art. 74 OR, wonach die Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Erklärung am Ort des Erklärungsempfängers zu geschehen habe (*Rolf H. Weber*, Obligationenrecht, Kommentar zu Art. 68 bis 96 OR, Berner Kommentar, Bern 2005, N 97 zu Art. 74; vgl. auch Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart [OLG Stuttgart] vom 24. März 2004, 14 U 21/03, E. II.1).

5.5.4.1 Ein Blick auf die Lehre zeigt, dass dieser Standpunkt nicht unumstritten ist. In der Schweiz wird die Auffassung Webers auch von Marius Scharner im Zürcher Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht geteilt (*Marius Scharner*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 68-96 Obligationenrecht, Zürcher Kommentar, Zürich 2000, N 59 zu Art. 74). Für die Rechtslage in Deutschland, dessen § 269 Abs. 1 BGB einen vergleichbaren Regelungsinhalt wie der hier zu beurteilende Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR aufweist (wie im Übrigen auch § 567 Abs. 1 Tschechisches Bürgerliches Gesetzbuch, ČR BGB bzw. § 336 Satz 1 Tschechisches Handelsgesetzbuch, ČR HGB) und daher für dessen Auslegung rechtsvergleichend ohne Weiteres konsultiert werden kann, kommt Claudia Bittner ebenfalls zum Schluss, dass Verpflichtungen zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen am Wohnsitz des Erklärungsempfängers zu erfüllen sind (*Claudia Bittner*, in:

Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 255-304, Berlin 2009, N 38 zu § 269). Auch diese Kommentierung wird nicht weiter begründet, verweist aber auf das auch vom Kantonsgericht angeführte Urteil des OLG Stuttgart vom 24. März 2004.

5.5.4.2 Gegenstand des Verfahrens vor dem OLG Stuttgart bildete die Frage nach dem Erfüllungsort (i.S.v. Art. 5 Ziff. 1 der EU-Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen [EuGVVO]) der Verpflichtung eines beklagten Poolgesellschafters, einen mündlich durchgesprochenen und lediglich noch redaktionell zu überarbeitenden Vertrags- und Vollmachtstext im Hinblick auf einen geplanten Verkauf der Aktien gegenzuzeichnen und spätestens bis zum 1. Juni 2001 unterzeichnet an den Kläger zurückzusenden.

5.5.4.3 Das OLG Stuttgart erwog dazu im Wesentlichen, dass die Willenserklärung des beklagten Poolgesellschafters, den Kläger mit dem Verkauf zu bevollmächtigen erst durch den Zugang beim Kläger als Erklärungsempfänger angekommen, zugegangen und damit wirksam geworden sei. Zwar sei der beklagte Poolgesellschafter nicht verpflichtet gewesen, die Verkaufsvollmacht persönlich dem Kläger zu überbringen. Dieser sei somit zur Übersendung berechtigt gewesen. Aber im Gegensatz zur üblichen Schickschuld habe der beklagte Poolgesellschafter hier das Transportrisiko und auch das Risiko der rechtzeitigen Leistungserbringung getragen, denn die Vollmacht sollte bis spätestens 1. Juni 2001 als Urkunde den Kläger erreichen, weshalb das OLG Stuttgart die Verpflichtung des Poolgesellschafters im Ergebnis nach den Umständen des Schuldverhältnisses als Bringschuld qualifiziert hat.

5.5.4.4 In einer von der Appellantin eingereichten Besprechung des genannten Urteils hat Michael Stürner mit überzeugenden Argumenten darauf hingewiesen, dass der Erfüllungsort im besprochenen Fall nur darum am Wohnsitz des Empfängers der Willenserklärung liege, weil es den Parteien gerade darauf angekommen sei, dass die unterschriebene Urkunde innerhalb einer festgelegten Frist beim Kläger eingeht, damit die Verhandlungen mit dem Investor in Bezug auf den Verkauf fortgeführt werden konnten. Diese Abrede habe auch die Übernahme des Transportrisikos beinhaltet, denn auch ein Verlust der Urkunde während des Transports hätte den beklagten Poolgesellschafter nicht befreit. Diese Konstellation spreche aber nicht zwingend für die Annahme einer Bringschuld, denn auch eine Schickschuld würde die Empfangsbedürftigkeit der Vollmachtserteilung angemessen berücksichtigen. Stürner folgert daraus, dass bei einer Willenserklärung im Grundsatz nur deren Abgabe, nicht auch der Zugang geschuldet sei. Der Erfüllungsort liege daher regelmässig am Sitz des Erklärenden (*Michael Stürner*, IPRax 2006, Heft 5, S. 453, linke Spalte).

5.5.4.5 Haimo Schack, auf den sich Stürner beruft, bestimmt ebenfalls den Wohnsitz des Erklärungsverpflichteten als Erfüllungsort für Willenserklärungen. Dass die Willenserklärung erst mit Zugang beim Empfänger wirksam

werde, sei nicht entscheidend. Geschuldet werde die Abgabe der Erklärung „in einer ihren Zugang ermöglichenden Weise, der Zugang selbst jedoch genauso wenig wie auch sonst der Erfolg“ (*Haimo Schack*, Der Erfüllungsort im deutschen, ausländischen und internationalen Privat- und Zivilprozessrecht, Frankfurt a.M. 1985, S. 70 f.; ebenso *Rainer Hausmann*, in: Prütting/Schütze/Gamp/Hausmann/Niemann [Hrsg.], Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Grosskommentar, Teilband 1, Einleitung §§ 1-49, Berlin 1994, S. 407).

5.6 Im Folgenden sind die dargelegten Grundsätze, auf den zu beurteilenden Sachverhalt anzuwenden.

5.6.1 Die von der Appellatin angeblich geschuldete Leistung ist kein Real-, sondern ein Dispositivakt. Die Abgabe einer Abtretungserklärung ist eine annahmebedürftige rechtsgeschäftliche Handlung (*Rolf H. Weber*, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 68-96, N 72 ff.) und setzt als solche das Vorliegen eines Erfüllungswillens, Handlungsfähigkeit und Verfügungsmacht der involvierten Parteien voraus (*Rolf H. Weber*, a.a.O., N 82).

5.6.2 Mit der in Bezug auf Ort, Zeit und Gegenstand gehörigen Erfüllung der Obligation wird der Schuldner von seiner Leistungspflicht befreit und seine Schuld getilgt (*Urs Leu*, in: Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2007, N 2 f. zu Bemerkungen vor Art. 68-74 OR). Leistet der Schuldner am Erfüllungsort, hat er in räumlicher Hinsicht richtig erfüllt. Der Erfüllungsort nach Art. 74 OR ist der Ort, an dem die geschuldete Leistung zu erbringen ist. Demnach ist mit Erfüllungsort der Leistungsort gemeint, also der Ort, wo die abschliessende Leistung zwecks Erfüllung vorzunehmen ist bzw. der Schuldner tätig werden soll (*Rolf H. Weber*, a.a.O., N 7 zu Art. 74; *Urs Leu*, a.a.O., N 1 f. zu Art. 74 OR; *Gauch/Schluep/Rey*, a.a.O., N 2101).

5.6.3 Vom Erfüllungsort (als Leistungsort) zu unterscheiden ist der Erfolgsort, an dem der Leistungserfolg, also die eigentliche Erfüllung, eintritt (*Rolf H. Weber*, a.a.O., N 8 zu Art. 74). Fallen – wie bei der Schickschuld – Leistungsort und Erfolgsort auseinander, hat der Schuldner auch dann räumlich richtig erfüllt, wenn trotz der Handlung am Erfüllungsort der Erfolg nicht dort eintritt (*Rolf H. Weber*, a.a.O., N 8 zu Art. 74; *Gauch/Schluep/Rey*, a.a.O., N 2104). In diesem Fall bewirkt die gehörige Leistung am Erfüllungsort nicht die Erfüllung der Obligation und damit das Erlöschen des Schuldverhältnisses (*Haimo Schack*, a.a.O., S. 23; *Franz Wieacker*, Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Bd. I, München/Berlin 1965, S. 796 f.). So tritt beim Distanzkauf, solange der Käufer keinen Besitz erhält, der Eigentumsübergang noch nicht mit der Absendung, sondern erst am Bestimmungsort ein.

5.6.4 Mit Blick auf den zu beurteilenden Sachverhalt erscheint es in Bezug auf empfangsbedürftige (und im besonderen Fall auch annahmebedürftige) Willenserklärungen richtig, den Erfüllungsort gemäss Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR am Wohnsitz des Erklärenden festzulegen. Gerade weil die Abtretungserklä-

rung annahmehedürftig und daher von der Mitwirkung des Zessionars abhängig ist, schuldet der Zedent nicht den Leistungserfolg, das heisst den Forderungsübergang an den Zessionar, sondern nur die von seiner Seite erforderliche auf den Erfolg gerichtete Tätigkeit (*Haimo Schack*, a.a.O., S. 23).

5.6.4.1 Analog zum Distanzkauf gemäss Art. 185 Abs. 2 OR kann die Versendung der Abtretungsurkunde als eine sich aus Treu und Glauben ergebende vertragliche Nebenpflicht des Zedenten verstanden werden (vgl. *Rolf H. Weber*, a.a.O., N 43 zu Art. 74). Hier gilt der Grundsatz, dass nicht jede vertragliche Nebenpflicht die Zuständigkeit zu begründen vermag, sondern auf die vertragliche Hauptleistungspflicht abzustellen ist (*Beatrice Brandenburg Brandl*, Direkte Zuständigkeit in der Schweiz im internationalen Schuldrecht, Diss., St.Gallen 1991, S. 224).

5.6.4.2 Das Recht der Leistungserbringung der Art. 68 ff. OR orientiert den Schuldner, wann und wo er wem, was zu leisten hat. Der Leistungsort ist mit Wieacker „keine Modalität des Leistungsinteresses des Gläubigers (...), sondern eine Modalität der Verhaltenspflicht des Schuldners. Er nimmt die Leistungshandlung der Natur der Sache nach (...) bei sich vor“ (*Franz Wieacker*, a.a.O., S. 797). Dem entspricht auch die allgemeine Definition des Erfüllungsortes als der Ort, an dem der Schuldner die letzte geschuldete Leistung zu erbringen hat (*Rolf H. Weber*, a.a.O., N 7 zu Art. 74; *Gauch/Schluep/Rey*, a.a.O., N 2101 und *Franz Wieacker*, a.a.O., S. 796 mit weiteren Hinweisen).

5.6.4.3 Während bei der Abgabe von Willenserklärungen der Leistungserfolg regelmässig am Wohnort des Gläubigers eintritt, ist die Leistungshandlung selbst grundsätzlich am Wohnort des Schuldners vorzunehmen. Der Schuldner der Willenserklärung ist somit nicht verpflichtet, die Willenserklärung persönlich oder durch einen Boten am Wohnort des Gläubigers abzugeben, sondern ist dazu befugt, die Willenserklärung von seinem Wohnort aus in geeigneter Weise an den Gläubiger zu versenden. Somit ist mangels abweichender Vereinbarung dies der Ort, an dem er die letzte geschuldete Leistung zu erbringen hat.

5.6.4.4 Zusammenfassend lässt sich aus der Tätigkeitsbezogenheit des Erfüllungsortsbegriffes der Erfüllungsort von Willenserklärungen am Wohnort des Erklärenden bzw. vorliegend der Appellantin als Zedentin schlüssig herleiten.

5.6.4.5 Die Festlegung des Erfüllungsortes am Wohnsitz des Zedenten entspricht auch der Konzeption des Gesetzgebers, wonach Verbindlichkeiten vermutungsweise am Wohnsitz des Schuldners zu erfüllen sind (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Im Weiteren wird mit dieser Lösung mit Blick auf die prozessuale Bedeutung des Erfüllungsortes dem Grundsatz des *actor sequitur forum rei* Genüge getan (*Roberto Rodriguez*, Beklagtenwohnsitz und Erfüllungsort im europäischen IZPR. Aus schweizerischer Sicht unter Berücksichtigung der EuGV-VO, Diss., Fribourg 2005, S. 99 ff.).

5.6.4.6 Dem sich aus Gläubigersicht daraus ergebende Nachteil, dass eine am Versendungsort rechtzeitig (z.B. am letzten Tag einer vereinbarten Frist) geleistete Willenserklärung regelmässig verspätet an seinem Wohnort ankommt, kann mit der Vereinbarung eines Erfolgstermins begegnet werden (*Haimo Schack*, a.a.O., S. 28). Soll der Leistungserfolg – wie in dem vom OLG Stuttgart beurteilten Sachverhalt – im Sinne eines Fixgeschäftes an einem bestimmten Termin eintreten, übernimmt der Schuldner aufgrund der besonderen Umstände (Art. 74 Abs. 1 OR) in der Regel stillschweigend auch die Übermittlungs- und Verspätungsgefahr.

5.6.4.7 Die Festlegung des Erfüllungsortes einer geschuldeten rechtsgeschäftlichen Erklärung am Sitz des Schuldners sagt im Übrigen noch nichts darüber aus, ob der Schuldner durch den (rechtzeitigen) Versand auch von seiner entsprechenden vertraglichen Pflicht befreit wird. Auch bei der Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung gilt es, Leistungsort und Erfolgsort auseinanderzuhalten. Die gehörige Leistung am Erfüllungsort bewirkt nicht die Erfüllung der Obligation, sondern verhindert nur, dass der Schuldner in Verzug gerät. Nach der allgemeinen Empfangstheorie schuldet er weiterhin den Zugang der Willenserklärung im Machtbereich des Gläubigers. Die zitierte Lehrmeinung von Schack und Stürner, wonach nur die Abgabe der Willenserklärung, nicht auch der Zugang geschuldet sei, erscheint insofern unpräzis.

OGer, 21.05.2012

Das Bundesgericht hat eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde am 21. Oktober 2013 abgewiesen (Urteil BGer 4A_686/2012).

3590

Abänderung eines Scheidungsurteils (Art. 134 ZGB). Aktivlegitimation.

Im Verfahren auf Abänderung eines Scheidungsurteils, in dem es um die Höhe der seinerzeit festgelegten Kinderunterhaltsbeiträge geht, ist das unmündige Kind nicht aktivlegitimiert.

Sachverhalt:

Die 12-jährige Klägerin wuchs bei ihren Eltern in den Niederlanden auf. Mit Urteil des Gerichts von s'Hertogenbosch (NL) vom 28. April 2006 wurde die Ehe ihrer Eltern geschieden und die elterliche Sorge und Obhut über die Klägerin sowie ihren Bruder der Mutter übertragen. Der Vater, im vorliegenden Verfahren Beklagter, wurde verpflichtet, der Mutter an den Unterhalt der Klägerin monatlich EUR 440.00 zu bezahlen. Dieser Pflicht kommt der Beklagte offenbar regelmässig nach. Unter Berücksichtigung der Teuerungsan-