

Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche

Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz

Herausgegeben von:

Alexander R. Markus

Stephanie Hrubesch-Millauer

Rodrigo Rodriguez



Stämpfli Verlag

Nur wenige Namen in der Schweiz sind so eng mit dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht und dem Internationalen Privatrecht der Schweiz verknüpft wie derjenige von Jolanta Kren Kostkiewicz. Für mehr als eine Generation Juristinnen und Juristen, seien es Praktiker, Studierende oder Akademiker, ist der Griff zu einem der zahlreichen Werke Jolanta Kren Kostkiewicz' mittlerweile ein zwingender Schritt auf dem Weg, in diesen Rechtsgebieten die Rechtsnorm, die Rechtsprechung dazu, eine systematische Einführung oder eine gründliche Auseinandersetzung mit einer Auslegungsfrage zu finden.

Die vorliegende Festschrift widerspiegelt Vielfalt und Reichtum des wissenschaftlichen Werkes der Geehrten. Die Beiträge der zahlreichen namhaften Autoren reichen vom Internationalen Zivil- und Verfahrensrecht, einem der zentralen Themen ihres Wirkens, über das Schiedsverfahrensrecht zum Zivilprozess- und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, einem zweiten Schwerpunkt ihrer Tätigkeit in Lehre und Wissenschaft, um in rechtsvergleichenden Betrachtungen in materielles Recht und Verfahrensrecht zu münden. Die aktuellen Revisionen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht zum internationalen Schiedsverfahrens- und Insolvenzrecht wurden mit einbezogen.

Alexander R. Markus
Stephanie Hrubesch-Millauer
Rodrigo Rodriguez
(Herausgeber)

Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche

Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz

Zina Conrad
Michaela Eichenberger
Melanie Huber-Lehmann
Dominik Milani
Ilija Penon
Denise Weingart
Daniel Wuffli
(Co-Herausgeber)



Stämpfli Verlag

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2018
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-3493-4

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Print ISBN 978-3-7272-2289-4
Judocu ISBN 978-3-0354-1529-2



Vorwort

Vor ihrer ausserordentlichen akademischen Karriere in der Schweiz studierte Prof. Dr. iur. Jolanta Kren Kostkiewicz Jura an der Universität Posen (Polen), an welcher sie 1975 das Lizentiat mit dem Prädikat *summa cum laude* erwarb. Anschliessend arbeitete sie während zweier Jahre als Assistentin an der genannten Universität und verfasste ihre Dissertation über «Die Gesetzessammlung von Antoni Trebicki». Während dieser Zeit setzte sie den frühen Grundstein ihrer Lehrtätigkeit, indem sie Übungen und später auch Vorlesungen in Rechtsgeschichte und im Römischen Recht abhielt.

Im Anschluss an ihre Tätigkeit an der Universität Posen immatrikulierte sie sich 1980 für ein Jahr als Austauschstipendiatin an der Universität Zürich, an welcher sie ab 1982 ein zweites Jurastudium absolvierte und im Jahre 1985 das Lizentiat erwarb. In der Folge war sie während fünf Jahren als Assistentin und weiteren vier Jahren als Oberassistentin an der Universität Zürich tätig. In ihrer Zeit als Assistentin bzw. Oberassistentin leitete Jolanta Kren Kostkiewicz diverse Seminare und Übungen im Obligationenrecht an der Universität Zürich sowie Übungen im Obligationen- und Gesellschaftsrecht an der Universität St. Gallen. Parallel zu ihrer herausfordernden universitären Tätigkeit arbeitete sie ab dem Jahre 1990 in der Projektvorbereitung der Zeitschrift «Aktuelle Juristische Praxis» (AJP), bei welcher sie zudem die Schriftleitung für die Jahre 1992 und 1993 übernahm.

Auch in der Rechtspraxis wirkte Jolanta Kren Kostkiewicz, und zwar vorerst in Polen, wo sie ab 1979 während einem einjährigen Praktikum am Bezirksgericht Posen Praxiserfahrung sammelte. Im Anschluss an ihre Tätigkeit als Oberassistentin an der Universität Zürich absolvierte sie ein Praktikum bei der Anwaltskanzlei Gnägi, Belser & Altorfer. Zudem war sie anschliessend ein Jahr als Auditorin am Bezirksgericht Uster tätig.

Im Jahr 1996 reichte sie an der Universität Bern die Habilitation über «Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht» ein und erhielt die *venia docendi* für Internationales Privatrecht, Zivilprozessrecht sowie Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. Ihre Habilitationsschrift gilt seither als der unbestrittene «Goldstandard» im schweizerischen Immunitätsrecht.

Seit 1997 ist sie ordentliche Professorin und Co-Direktorin des Instituts für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht der Universität Bern. In den Jahren 2000 und 2001 dozierte Prof. Dr. iur. Jolanta Kren Kostkiewicz gleichzeitig an der Universität St. Gallen, wo sie die Vorlesung internationale Rechtshilfe und Schiedsgerichtsbarkeit als Vertretung für Prof. Dr. Dr. h.c. Ivo Schwander hielt.

Nur wenige Namen in der Schweiz sind so eng mit dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht und dem Internationalen Privatrecht der Schweiz verknüpft. Für mehr als eine Generation Juristinnen und Juristen, seien es Praktiker, Studierende oder Akademiker, ist der Griff zu einem der zahlreichen Werke von Prof. Dr. iur. Jolanta Kren Kostkiewicz mittlerweile ein zwingender Schritt auf dem Weg, in diesen Rechtsgebieten Recht und Rechtsprechung, eine systematische Einführung oder eine gründliche Auseinandersetzung mit einer Auslegungsfrage zu finden. Es seien hier nur einige dieser Werke genannt. Als Mitherausgeberin und Mitautorin des ersten Kommentars zum IPRG, des «Zürcher Kommentars», hat sie die Anwendung und Auslegung dieses Gesetzes schon früh massgeblich mitgeprägt. Zu ihren neuesten Werken zählen das «Schweizerische Internationales Privatrecht» in zweiter Auflage, das in prägnanter und selbsterklärender Weise die komplexe Materie des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht darstellt, das Lehrbuch «Schuldbetreibungs- und Konkursrecht» in dritter Auflage, welches den Studierenden ein fundiertes Verständnis zu diesem Rechtsgebiet sowie die Zusammenhänge mit den materiell- und verfahrensrechtlichen Bestimmungen anderer Erlasse vermittelt, weiter als Mitherausgeberin des handlichen Orell Füssli ZGB Kommentares, der mittlerweile in der dritten Auflage differenziert die Rechtsprechung und knapp die Tendenzen in der herrschenden Lehre übersichtlich darstellt sowie die sich an Studierende, Anwaltskandidaten und an Praktiker richtenden Werke «Internationale Rechtshilfe in Zivilsachen» und zum «Internationales Insolvenzrecht» (beide zusammen mit Prof. Dr. Rodrigo Rodriguez). Dass sie kürzlich zusammen mit Dr. Dominik Vock den Kommentar Jaeger zum SchKG nach langer Zeit wieder zum Leben erweckt hat, ist eine ihr hoch anzurechnende Meisterleistung.

Studierenden der Universität Bern war es vergönnt, an ihren Vorlesungen ihre Leidenschaft und Begeisterungsfähigkeit für die Vermittlung dieser Fächer zu erleben. Studierende, Mitarbeiter und Kollegen schätzen ihre gesellige und kollegiale Art.

Die Festschrift ist einer herausragenden, national wie international hoch anerkannten Rechtsgelehrten gewidmet, die es versteht, wissenschaftliche Erkenntnisse mit den Erfordernissen der Praxis in Übereinstimmung zu bringen. Mit der vorliegenden Festschrift wollen Autoren und Herausgeber Prof. Dr. iur. Jolanta Kren Kostkiewicz als geschätzte Universitätsprofessorin, Kollegin und Weggefährtin ehren und ihr für ihre wertvollen wissenschaftlichen Beiträge danken. Die beeindruckende Liste der mitwirkenden Personen aus dem In- und Ausland spricht für sich selbst.

Schon fast unzählige Personen haben zur Entstehung dieser Festschrift beigetragen – ihnen allen sind wir zum Danke verpflichtet. Den Co-Herausgeberinnen Melanie Huber-Lehmann und Zina Conrad sowie Delphine Minder

sei ganz besonders für ihren grossen Einsatz gedankt, ebenso dem Stämpfli-Verlag, und dort insbesondere Stephan Grieb und Marcel Gerber für die schöne Unterstützung.

Wir wünschen Jolanta alles Gute, weiterhin beste Gesundheit, viel Erfolg bei ihren weiteren beruflichen Vorhaben, aber nicht zuletzt auch viele schöne Stunden im Tessin und in Thailand mit ihrem Mann Dr. Richard Kostkiewicz und natürlich vor allem viel Freude bei der Lektüre der vorliegenden Festschrift!

Die Herausgeber und das Team der Co-Herausgeber

Inhaltsübersicht

Vorwort..... V

1. Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht

SAMUEL BAUMGARTNER/SARA LUSTENBERGER

Garantiert das IPRG in trustrechtlichen Angelegenheiten den Wohnsitzgerichtsstand?3

FELIX DASSER

Die Durchsetzung von Gerichtsstandsvereinbarungen – eine Echternacher Springprozeession?.....21

TANJA DOMEJ/MARJOLAINE JAKOB

Entwicklungen im schweizerischen internationalen Niederlassungskonkursrecht39

MICHAELA EICHENBERGER

Die Europäische Ehegüterrechtsverordnung (EU-EheGüterVO) und die Schweiz.....53
Parteiautonomie als Stolperstein und Lösung

SUSAN EMMENEGGER/MIRJAM FRITSCHI

Schweizer Banken: EU-Recht für EU-Kunden.....75

PASCAL GROLIMUND/EVA BACHOFNER

Von der (Un-)Wandelbarkeit des Güterrechtsstatuts93

STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/MELANIE BÜRKI

Forum shopping – eine erbrechtliche Betrachtung (IPRG & EuErbVO).....105

MELANIE HUBER-LEHMANN

Erfordernis der Kausalität beim Verbraucherggerichtsstand nach Art. 15 Ziff. 1 lit. c LugÜ.....133

THOMAS KOLLER

Die Bedeutung von Dokumenten beim internationalen Warenkauf unter UN-Kaufrecht (CISG).....161

FRANCO LORANDI

Die Revision des internationalen Insolvenzrechts (Art. 166 ff. IPRG) ..181

PETER MANKOWSKI

Ist die Auslegung der Brüssel Ia-VO und mittelbar anderen EU-Rechts Orientierungsmarke für die Auslegung des LugÜ?203

ALEXANDER R. MARKUS

Ohne Hilfskonkurs – ein Paradigmenwechsel im internationalen Insolvenzrecht der Schweiz.....221

THOMAS RAUSCHER

Rechtskolonialismus oder Zweckverfehlung?.....245
Auswirkungen des Kinderehebekämpfungsgesetzes im IPR

ANTON K. SCHNYDER

Zur Emanzipation von Wirtschaftskollisionsrecht.....269

KURT SIEHR

Erbrechtliche Probleme um den Nachlass eines Schweizer Bürgers, der mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt ausserhalb der Schweiz verstorben ist.....283
Erbrecht im schweizerischen-deutschen-US-amerikanischen Rechtsverkehr

2. Schiedsverfahrensrecht

ZINA CONRAD

Die Revision des 12. Kapitels IPRG – eine Formfrage.....309

ANDREAS FURRER

Schiedsgerichtsbarkeit im grenzüberschreitenden Strassentransport.....333
Plädoyer für ein modernes Verständnis von Art. 33 CMR

X

DANIEL GIRSBERGER

Form und Konsens bei Schiedsvereinbarungen.....363
 Ein bemerkenswerter Entscheid des Bundesgerichts und die Neufassung
 von Art. 178 IPRG

TARKAN GÖKSU

Schiedsverfahrensrecht oder *lex arbitri*?385
 Abgrenzung und Lückenfüllung

3. Zivilprozess- sowie Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

JÜRGEN BRÖNNIMANN

**Verstärkter Schutz vor ungerechtfertigten Betreibungen und ihren
 Auswirkungen**405
 Zu den Änderungen von Art. 8a, Art. 73 und Art. 85a SchKG

ANDREAS BUCHER

Kindesentführungen gemäss ZPO?.....423

ISABELLE CHABLOZ

Absence d'une ordonnance de preuves et déni de justice439
 Commentaire de l'arrêt du TF 4A_108/2017 du 30 mai 2017

ANNETTE DOLGE

**Praktische Fragen im Beschwerdeverfahren gegen die Konkurs-
 eröffnung**459

RAINER EGLI

**Muss der Schuldner im Rechtsöffnungsverfahren mit einer
 Zustellung rechnen?**481
 Exkurs: Wie formal ist das ewige Replikrecht noch?

INGRID JENT-SØRENSEN/HANS REISER

Verfahrenskoordination.....503

FRÉDÉRIC KRAUSKOPF/MONA ERB

Die Staatshaftung nach Art. 5 SchKG523
 Eine materiell-rechtliche Bestandesaufnahme und kritische
 Untersuchung

ISAAK MEIER

Individualisierung der Teilklage: Neues und Altes zum Streitgegenstand.....547

FELIX C. MEIER-DIETERLE

Prozessuale Besonderheiten im Arrestrecht.....565

DOMINIK MILANI/ILIJA PENON/PHILIPP SCHÜRCH

Die Dividende aus paulianischer Perspektive581

GEORG NAEGELI/MIGUEL SOGO

Zwei (und mehr) Anläufe bei vorsorglichen Massnahmen und beim Arrest.....601

Zur Frage der materiellen Rechtskraft von abweisenden und nicht
prosequeerten Entscheiden des einstweiligen Rechtsschutzes

CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN

Pfandrechtliche Klagen.....619

Ein Streifzug durch ausgewählte materiell-rechtliche und
prozessuale Themenbereiche

DANIEL STAEHELIN

Fristenrecht fürs Handgepäck.....635

THOMAS SUTTER-SOMM/BENEDIKT SEILER

Ausgewählte Probleme der Klagenhäufung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung657

DENISE WEINGART

provisio ad litem – Der Prozesskostenvorschuss für eherechtliche Verfahren677

STEPHAN WOLF/RICARDA STOPPELHAAR

Paulianische Anfechtung und Schutz der Erbengläubiger gemäss Art. 578 ZGB – ein Vergleich693

DANIEL WUFFLI

Kostenhürde in der ZPO – Unding oder Segen?709
Unter besonderer Berücksichtigung der Prozessfinanzierung

XII

GEORG ZONDLER

Zur freien Beweiswürdigung bei Urkundenfälschungen729
 Einige Überlegungen zur Einrede der gefälschten Unterschrift

4. Rechtsvergleichung

ULRICH HAAS/FLORIAN SCHOLZ

Dogmatik der Rangrücktrittsvereinbarungen743
 Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Schweizer, österreichischen und deutschen Recht

JAN VON HEIN

Der Ersatz reiner Vermögensschäden im schweizerischen Deliktsrecht773
 Vergleich und Perspektiven

PETER V. KUNZ

Amerikanisierungen bei Rechtsfolgeermessen aktienrechtlicher Klagen: Art. 736 Ziff. 4 OR sowie Art. 731b OR799

RODRIGO RODRIGUEZ

Das Schweizer Sanierungsrecht im Lichte des EU-Richtlinien-vorschlags über präventive Restrukturierungsmassnahmen811

Publikationen von Prof. Dr. Jolanta Kren Kostkiewicz837

1. Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht

Garantiert das IPRG in trustrechtlichen Angelegenheiten den Wohnsitzgerichtsstand?

SAMUEL BAUMGARTNER: Prof. Dr. iur., Ordinarius für Zivilprozessrecht, Vergleichendes Zivilprozessrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Privatrecht und Mediation an der Universität Zürich/SARA LUSTENBERGER: MLaw, Rechtsanwältin, wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	3
II.	Grundlagen.....	5
	A. Terminologie.....	5
	1. Trust.....	5
	2. Trustrechtliche Angelegenheiten.....	5
	B. Wohnsitzgarantie.....	6
	1. Im Allgemeinen.....	6
	2. Bei der indirekten Zuständigkeit.....	7
III.	Auslegung von Art. 149e Abs. 1 lit. c und d IPRG.....	8
	A. Vorbemerkung.....	8
	B. Grammatikalisches Element.....	8
	C. Historisches Element.....	10
	D. Systematisches Element.....	12
	E. Teleologisches Element.....	13
	F. Fazit.....	15
IV.	Schluss.....	15
	Literaturverzeichnis.....	16
	Materialienverzeichnis.....	19

I. Einleitung

Das aus dem angelsächsischen Raum stammende Rechtsinstitut des Trusts ist dem schweizerischen materiellen Recht unbekannt. Dennoch hat der Trust auch in der Schweiz als flexibles Instrument der internationalen Vermögensverwaltung insbesondere im Bereich der Nachlassplanung und der Vermögenssicherung wirtschaftliche Bedeutung erlangt.¹ Um Unklarheiten in Bezug auf die rechtliche Behandlung von Trusts zu beseitigen und die Rechtsicherheit zu erhöhen, ratifizierte die Schweiz das Haager Trust-Übereinkommen

¹ Vgl. Botschaft HTÜ, S. 557.

(SR 0.221.371; nachfolgend: HTÜ).² Dieses trat am 1. Juli 2007 in Kraft. Das HTÜ regelt das auf Trusts anwendbare Recht sowie ihre Anerkennung (vgl. Art. 1 HTÜ). Gleichzeitig wurden dem IPRG Vorschriften zur direkten und indirekten Zuständigkeit sowie zur privatrechtlichen Publizität in trustrechtlichen Angelegenheiten angefügt (vgl. Art. 149a ff. IPRG). Zuvor enthielt lediglich das LugÜ spezielle Zuständigkeitsvorschriften zum Trust. Im Anwendungsbereich des IPRG qualifizierte die herrschende aber nicht unbestrittene Lehre und Praxis den Trust als Gesellschaft i.S.v. Art. 150 Abs. 1 IPRG und unterstellte ihn den entsprechenden Bestimmungen.³

Während sich das HTÜ in der Lehre reger Aufmerksamkeit erfreute, erfuhren die neuen IPRG-Bestimmungen zum Trust nur wenig Beachtung. Vor allem die Ausführungen zur indirekten Zuständigkeit in trustrechtlichen Angelegenheiten nach Art. 149e IPRG sind regelmässig knapp gehalten. Das erstaunt, enthält die Bestimmung doch einige Eigenheiten. Auffallend ist insbesondere, dass die Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes (nachfolgend: Wohnsitzgarantie) für in der Schweiz wohnhafte Beklagte, welche das IPRG im Bereich des Obligationenrechts durch entsprechende Anerkennungsvorbehalte (nachfolgend: Wohnsitzvorbehalte) weitgehend wahrt (vgl. Art. 149 und Art. 165 IPRG), im Wortlaut von Art. 149e IPRG nur partiell wiedergespiegelt wird: Auf den ersten Blick schränkt der Gesetzestext die Anerkennung und Vollstreckbarkeit (nachfolgend: Anerkennung) ausländischer Entscheidungen aus dem Sitzstaat des Trusts oder aus dem Staat des anwendbaren Rechts gegenüber in der Schweiz wohnhaften Beklagten nicht ein (vgl. Art. 149e Abs. 1 lit. c und d IPRG). Diejenigen Autoren, welche die Bestimmung kurz besprechen, sind der Meinung, Art. 149e Abs. 1 lit. c und d IPRG garantierten dem Beklagten keinen Wohnsitzgerichtsstand.⁴

Wenn das zutrifft, bedeutet dies im Bereich der Anerkennung ausländischer Entscheidungen ausserhalb des Anwendungsbereichs des LugÜ eine Abkehr von einer verfassungsmässigen Garantie mit langer Schweizer Tradition, die zwar von einem Teil der Lehre gefordert wird⁵ und seit dem 1. Januar 2000 verfassungsrechtlich zulässig ist, bisher aber in den bestehenden Bestimmungen des IPRG als politisch zu brisant nicht umgesetzt wurde. Ob Art. 149e Abs. 1 lit. c und d IPRG dem Beklagten tatsächlich keinen Wohnsitzgerichtsstand garantieren, soll deshalb in diesem Beitrag ergründet werden.

² Vgl. Botschaft HTÜ, S. 574; HUBER, S. 39 f.

³ BGer 4C.94/2005 vom 14. September 2005 E. 2.2; GASSMANN, CHK IPRG, Art. 149a N 1 f.; MAYER, Trust, S. 70; VISCHER, ZK IPRG, Art. 150 N 13.

⁴ KÄHR, S. 365; MAYER, IPRG, S. 88 f.

⁵ Vgl. GASSMANN, CHK IPRG, Art. 165 N 5; VISCHER, ZK IPRG, Art. 165 N 2 und schon WALDER, S. 332 f.

II. Grundlagen

A. Terminologie

1. *Trust*

Art. 149a IPRG verweist unter der Marginalie «Begriff» auf das HTÜ. Art. 2 Abs. 1 HTÜ charakterisiert den Trust als eine von einem Begründer (settlor) durch ein Rechtsgeschäft geschaffene Rechtsbeziehung. Der Begründer unterstellt Vermögen zugunsten eines Begünstigten (beneficiary) oder für einen bestimmten Zweck der Aufsicht eines Trustees. Das Trustvermögen wird in Abs. 2 als Sondervermögen beschrieben. Die Rechte daran lauten auf den Namen des Trustees oder auf denjenigen seines Vertreters, es gehört jedoch nicht zu seinem persönlichen Vermögen. Der Trustee ist berechtigt und verpflichtet, das Trustvermögen in Übereinstimmung mit den Trustbestimmungen und den ihm durch das Recht auferlegten besonderen Verpflichtungen zu verwalten, zu verwenden oder darüber zu verfügen.

Der Begriff «Trust» im Sinne des HTÜ und des IPRG bezeichnet also ein verselbstständigtes Zweckvermögen ohne Rechtspersönlichkeit.⁶ Typisch ist die Dreiecksbeziehung zwischen den Trustbeteiligten.⁷ Der Begründer errichtet den Trust, indem er Vermögen auf einen Trustee überträgt.⁸ Der Trustee hat als «legal owner» fiduziarisches Eigentum am Trustvermögen, muss dieses jedoch vorgabengemäss verwenden.⁹ Der Begünstigte ist nach den Bestimmungen der Trusturkunde wirtschaftlich am Trustvermögen berechtigt.¹⁰

2. *Trustrechtliche Angelegenheiten*

Art. 149b und Art. 149e IPRG regeln die direkte bzw. indirekte Zuständigkeit in «trustrechtlichen Angelegenheiten». Als solche gelten sowohl Verfahren der streitigen als auch der nicht-streitigen Gerichtsbarkeit, die trustrechtlicher Natur sind.¹¹ In Betracht kommen insbesondere Verfahren betreffend die Entstehung und den Untergang des Trusts, die internen Beziehungen, die Haftung aus Verletzung trustrechtlicher Vorschriften und die Vertretungsbefug-

⁶ GUTZWILLER, S. 6 f.; KREN KOSTKIEWICZ, IPR, Rz. 2684; MAYER, LugÜ, S. 300.

⁷ HUBER, S. 10 f.

⁸ GUTZWILLER, S. 9 f.; HERZOG, S. 15.

⁹ GUTZWILLER, S. 8 f.; HERZOG, S. 16; MAYER, LugÜ, S. 300.

¹⁰ HERZOG, S. 17.

¹¹ KREN KOSTKIEWICZ, IPR, Rz. 2689; MAYER, IPRG, S. 20.

nisse.¹² Nicht trustrechtlich sind Angelegenheiten, welche die Rechtsbeziehungen zu Dritten betreffen.¹³

B. Wohnsitzgarantie

1. Im Allgemeinen

Die Wohnsitzgarantie leitet sich aus dem römisch-rechtlichen Grundsatz «actor sequitur forum rei» ab, nach welchem der Kläger dem Gerichtsstand des Beklagten folgen, d.h. Klage am Wohnsitz des Beklagten erheben muss.¹⁴ Sie bezweckt den Schutz der Interessen des Beklagten und soll einen gewissen Ausgleich zum Umstand schaffen, dass der Kläger den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit, den Streitwert und das Prozessthema bestimmt.¹⁵

Während der Grundsatz «actor sequitur forum rei» auch in allen anderen kontinental-europäischen Prozessordnungen und entsprechend auch in Art. 2 Nr. 1 LugÜ mit Ausnahmen niedergelegt ist, besteht hierzulande eine lange Tradition einer in bestimmten Bereichen ausnahmslosen Garantie des Wohnsitzgerichtstandes, die bis auf die Bundesbriefe und deren Versprechen, keine fremden Richter zu akzeptieren, zurückreicht.¹⁶ In der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 wurde die Wohnsitzgarantie in Art. 59 Abs. 1 gar verfassungsrechtlich verankert. Die Bestimmung sah vor, dass persönliche Ansprachen gegen einen in der Schweiz wohnhaften, zahlungsfähigen Schuldner in dessen Wohnsitzkanton vorzubringen waren. Den Begriff der «persönlichen Ansprachen» verstand man im Sinne von obligatorischen, vermögensrechtlichen Klagen.¹⁷ Ausserdem beanspruchte Art. 59 Abs. 1 aBV bei Vorliegen einer Gerichtsstandsvereinbarung bzw. bei Einlassung keine Geltung.¹⁸ Die Bestimmung wurde zunächst durch im SchKG vorgesehene Gerichtsstände und später auch durch andere Bundesgesetze und Staatsverträge durchbrochen. Von der Wohnsitzgarantie nach Art. 59 Abs. 1 aBV abweichende Gerichtsstände galten zwar als verfassungswidrig, waren aber nach Art. 113 Abs. 3 aBV für die Gerichte massgebend.¹⁹

¹² KREN KOSTKIEWICZ, IPR, Rz. 2690; MAYER, IPRG, S. 20.

¹³ KREN KOSTKIEWICZ, IPR, Rz. 2691 und 2695; MAYER, IPRG, S. 21.

¹⁴ DONZALLAZ, S. 531; KREN KOSTKIEWICZ, Vorbehalt, S. 237 (Fn. 3); STEINMANN/LEUENBERGER, SGK BV, Art. 30 N 33; REICH, BSK BV, Art. 30 N 35.

¹⁵ REICH, BSK BV, Art. 30 N 36.

¹⁶ STAEHELIN, S. 257 ff.; WALDER, S. 326 ff.

¹⁷ HESS, S. 44 ff.

¹⁸ DONZALLAZ, S. 532; STAEHELIN, S. 263.

¹⁹ DONZALLAZ, S. 539; KREN KOSTKIEWICZ, Vorbehalt, S. 239; REICH, BSK BV, Art. 30 N 35.

Bei der Totalrevision der Bundesverfassung vom 18. April 1999 entschied man sich dafür, die Rechtslage zu bereinigen.²⁰ Die Wohnsitzgarantie ist nun in veränderter Form in Art. 30 Abs. 2 BV verankert. Nach dieser Bestimmung hat grundsätzlich jede Person, gegen die eine Zivilklage erhoben wird, einen Anspruch darauf, vor einem Gericht des Wohnsitzes beklagt zu werden. Die Garantie besteht also nunmehr für sämtliche Zivilklagen und nicht mehr nur für Klagen gegen zahlungsfähige Schuldner.²¹ Neu kann das Gesetz aber Ausnahmen vorsehen (Art. 30 Abs. 2 2. Satz BV). Die Wohnsitzgarantie kommt folglich nicht zum Tragen, wenn gesetzlich ein Spezialgerichtsstand bestimmt wurde.²² Art. 30 Abs. 2 BV hält also an der Wohnsitzgarantie fest.²³ Weil er dem Gesetzgeber aber gestattet, Abweichungen vorzusehen und an entsprechende Normen keine inhaltlichen Anforderungen stellt, hat die Verankerung der Wohnsitzgarantie in der Verfassung heute primär programmatischen Charakter.²⁴

2. Bei der indirekten Zuständigkeit

Während die Wohnsitzgarantie von Art. 59 aBV im Binnenverhältnis die kantonalen Gerichtsbarkeiten voneinander abgrenzte und dem Beklagten einen Gerichtsstand an seinem Wohnsitz garantierte, wirkte sie sich im internationalen Verhältnis aufgrund der beschränkten territorialen Geltung der Verfassung ausserhalb von Staatsverträgen als Anerkennungs- und Vollstreckungsvorbehalt aus.²⁵

In diesem Sinne verankerte der Gesetzgeber sie denn auch weitgehend im IPRG, das am 1. Januar 1989 in Kraft trat.²⁶ Im Bereich der persönlichen, vermögensrechtlichen Klagen ist die Anerkennung ausländischer Entscheidungen regelmässig ausgeschlossen, falls der Beklagte bei Verfahrenseinleitung in der Schweiz Wohnsitz hatte.²⁷ So besteht nach Art. 149 Abs. 2 IPRG ein Wohnsitzvorbehalt zugunsten des in der Schweiz wohnhaften Beklagten für Entscheidungen über obligationenrechtliche Ansprüche. Nur im Interesse der klagenden Konsumenten und Arbeitnehmer sind Ausnahmen von der Wohnsitzgarantie vorgesehen (Art. 149 Abs. 2 lit. b und c IPRG).²⁸ Art. 165

²⁰ REICH, BSK BV, Art. 30 N 35; STEINMANN/LEUENBERGER, SGK BV, Art. 30 N 34.

²¹ DONZALLAZ, S. 536 f.; STAEHELIN, S. 273; STEINMANN/LEUENBERGER, SGK BV, Art. 30 N 35.

²² STAEHELIN, S. 273.

²³ Vgl. KUNZ/RODRIGUEZ, BSK IPRG, Art. 165 N 12.

²⁴ KUNZ/RODRIGUEZ, BSK IPRG, 165 N 12; RODRIGUEZ, S. 29.

²⁵ KREN KOSTRIEWICZ, Vorbehalt, S. 240; MARKUS, Vorbehalt, S. 58.

²⁶ RODRIGUEZ, S. 29 f.

²⁷ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 9 Rz. 36.

²⁸ MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, CHK IPRG, Art. 149 N 6.

IPRG enthält sodann einen Wohnsitzvorbehalt für Entscheidungen in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten.²⁹

Auch im Rahmen der Verhandlungen zum LugÜ bemühte sich die Schweiz darum, der Wohnsitzgarantie Geltung zu verschaffen.³⁰ Letztlich erreichte sie nur – aber immerhin – einen bis Ende 1999 befristeten Vorbehalt zur Anerkennung von nach Art. 5 Nr. 1 LugÜ am Vertragsgerichtsstand ergangenen Entscheidungen gegen Beklagte mit Wohnsitz in der Schweiz.³¹ Bei den Verhandlungen zum revidierten LugÜ wirkte die Schweizer Delegation teilweise mit Erfolg darauf hin, zumindest die Möglichkeit einzuschränken, dass der Vertragsgerichtsstand als Klägergerichtsstand benutzt werden kann.³² Dass die Vertragspartner aber einen erneuten Schweizer Vorbehalt zum Schutz der Wohnsitzgarantie nicht akzeptieren würden, war aus den Verhandlungen zum ursprünglichen LugÜ bereits klar. Somit besteht die Wohnsitzgarantie im Anwendungsbereich des LugÜ nur insoweit, als sie durch Art. 2 Nr. 1 LugÜ gewährleistet ist, während sie im Anwendungsbereich des IPRG im Sinne von Art. 59 aBV weitgehend gewahrt bleibt. Das macht auch Sinn, denn Vertragspartner des LugÜ sind nur Staaten, deren Gerichten und Prozessordnungen die anderen Vertragsstaaten ein besonderes Vertrauen entgegenbringen.

III. Auslegung von Art. 149e Abs. 1 lit. c und d IPRG

A. Vorbemerkung

Der Sinn einer Rechtsnorm wird durch Auslegung ermittelt.³³ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine objektive Verständnismethode anzuwenden, d.h. eine Rechtsnorm ist so auszulegen, wie ein vernünftiger Normadressat sie verstehen darf.³⁴ Als Elemente der Auslegung dienen das grammatikalische, das historische, das systematische und das teleologische Element.³⁵ Diese sind grundsätzlich im Sinne eines Methodenpluralismus zu kombinieren, sodass die «sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge» getroffen werden kann.³⁶

²⁹ Vgl. nachfolgend, III.B.

³⁰ STAEHELIN, S. 270.

³¹ Vgl. Art. 1a des Protokolls Nr. 1 über bestimmte Zuständigkeits-, Verfahrens- und Vollstreckungsfragen zum aLugÜ.

³² MARKUS, Übereinkommen, S. 210 ff.

³³ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 2.

³⁴ BGE 114 Ia 25 E. 3c; FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 23 f.

³⁵ KRAMER, S. 60; FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 64 ff.

³⁶ BGE 121 III 219 E. 1d/aa; 137 V 1 E. 5.1.; 139 III 457 E. 4.4; vgl. auch BGE 110 Ib 1 E. 2c/cc.

B. Grammatikalisches Element

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut einer Bestimmung.³⁷ Bei der Ermittlung des Wortsinns werden insbesondere der Text an sich, Titel, Marginalien, Absatzbildung und Satzzeichen berücksichtigt.³⁸ Da der Sinn einer Rechtsnorm vom Wortlaut abweichen kann, hat eine weitere Auslegung der Bestimmung auch dann zu erfolgen, wenn dieser klar erscheint.³⁹ Vom klaren Wortlaut darf allerdings nur bei Vorliegen triftiger Gründe abgewichen werden.⁴⁰

Art. 149e Abs. 1 lit. a – e IPRG enthalten eine Aufzählung von fünf verschiedenen Anerkennungsgerichtsständen für ausländische Entscheidungen in trustrechtlichen Angelegenheiten. Lit. a – d werden jeweils durch ein Semikolon abgegrenzt. Zwischen lit. d und e steht anstelle des Semikolons die Wendung «, oder». Lit. c führt aus, dass Entscheide anerkannt werden, wenn «sie im Staat ergangen sind, in dem der Trust seinen Sitz hatte». Nach lit. d werden Entscheide anerkannt, die «im Staat ergangen sind, dessen Recht der Trust untersteht». Eine explizite Einschränkung der Anerkennung bei schweizerischem Wohnsitz des Beklagten findet sich in lit. c und d nicht. Lit. e, der die Anerkennung von Entscheidungen betrifft, welche im Sitzstaat des Trusts anerkannt werden, enthält hingegen einen Wohnsitzvorbehalt.

Art. 149e IPRG ist anders ausgestaltet als Art. 165 Abs. 1 IPRG, der die Voraussetzungen der indirekten Zuständigkeit bei gesellschaftsrechtlichen Ansprüchen bestimmt und nach altem Recht gemäss h.L. in trustrechtlichen Angelegenheiten zur Anwendung gelangte.⁴¹ Art. 165 Abs. 1 IPRG regelt die Anerkennung von Entscheiden aus dem Sitzstaat der Gesellschaft und solchen, die dort anerkannt werden, gemeinsam in lit. a. In Art. 165 Abs. 1 lit. a in fine IPRG findet sich sodann ein Wohnsitzvorbehalt. Zwar ist aufgrund des Kommas zwischen den beiden Anerkennungsgerichtsständen nicht auf Anhieb klar, ob sich der Vorbehalt auch auf die zuerst genannten Entscheidungen aus dem Sitzstaat der Gesellschaft bezieht, doch nach dem Willen des Gesetzgebers und nach ganz herrschender Lehre ist dem so.⁴² Sodann enthält

³⁷ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 64.

³⁸ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 73 ff.

³⁹ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 64.

⁴⁰ BGE 87 I 10 E. 3; 108 Ia 295 E. 2a; 111 Ia 292 E. 3b; 137 V 126 E. 4.1.

⁴¹ Vgl. vorstehend, I. Einleitung.

⁴² KUNZ/RODRIGUEZ, BSK IPRG, Art. 165 N 11; VISCHER, ZK IPRG, Art. 165 N 2; Botschaft IPRG, S. 186; Amtl. Bull. StR 1987, II 192. Das ergibt sich auch aus der französischen (und italienischen) Fassung von Art. 165 Abs. 1 lit. a IPRG, in der vor der rein redaktionellen Verschiebung des Wohnsitzvorbehalts von einem für alle indirekten Zuständigkeiten geltenden Art. 165 Abs. 2 E-IPRG in die einzelnen, neu auf zwei Absätze verteilten indirekten Zuständigkeiten in Art. 165 IPRG im Gegensatz zur deutschen Version kein Komma eingefügt wurde. Vgl. Amtl. Bull. NR 1986, III 1361.

auch Art. 165 Abs. 2 IPRG zur indirekten Zuständigkeit bei ausländischen Entscheidungen über Ansprüche aus öffentlicher Ausgabe von Beteiligungspapieren und Anleihen einen Wohnsitzvorbehalt. Damit wahrt das IPRG im Bereich des Gesellschaftsrechts die Wohnsitzgarantie umfassend.

Die Nennung der Anerkennungsgerichtsstände von Art. 149e Abs. 1 IPRG in unterschiedlichen Literae indiziert demgegenüber, dass die verschiedenen Tatbestände unabhängig voneinander zu lesen sind. Da dem Wortlaut von Art. 149e Abs. 1 lit. c und d IPRG – im Gegensatz zu demjenigen von lit. e – kein Wohnsitzvorbehalt zu entnehmen ist, spricht das grammatikalische Auslegungselement klar dafür, dass ein solcher dort keine Geltung beansprucht.

C. Historisches Element

Das historische Element bezieht die Entstehungsgeschichte einer Norm mit ein. Diese ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien.⁴³

Der Begleitbericht zum Vernehmlassungsverfahren HTÜ sowie die Botschaft zum HTÜ führten aus, die indirekten Zuständigkeiten in lit. b, c und e von Art. 149e IPRG entsprächen denjenigen von Art. 165 IPRG.⁴⁴ Art. 165 IPRG enthält, wie erwähnt, einen umfassenden Wohnsitzvorbehalt für ausländische Entscheidungen über gesellschaftsrechtliche Ansprüche, insbesondere auch für Entscheidungen, die im Sitzstaat der Gesellschaft ergangen sind oder dort anerkannt werden.⁴⁵ Wenn also die indirekte Zuständigkeit nach Art. 149e Buchstaben b, c und e IPRG jener von Art. 165 IPRG entsprechen soll, heisst das, dass der in Art. 165 IPRG enthaltene Wohnsitzvorbehalt in trustrechtlichen Angelegenheiten gleichermaßen umfassend gelten muss.

Ferner hatten zwei Vernehmlassungsteilnehmer eine Streichung des Nebensatzes «und die beklagte Partei ihren Wohnsitz nicht in der Schweiz hatte» in Art. 149e Abs. 1 lit. e IPRG gewünscht.⁴⁶ Gemäss Botschaft sah der Bundesrat von einer entsprechenden Streichung ab, um eine nicht gerechtfertigt erscheinende Ungleichbehandlung von Trusts und Gesellschaften zu vermeiden – obschon, so die Botschaft, «die neue Bundesverfassung einen gesetzlichen Verzicht auf die Wohnsitzgerichtsstandsgarantie zuliesse (Art. 30 Abs. 2)».⁴⁷ Trusts und Gesellschaften sollten also auch in Bezug auf die Wohnsitzgarantie gleich behandelt werden, sofern eine Ungleichbehandlung nicht gerecht-

⁴³ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 90.

⁴⁴ Begleitbericht Vernehmlassungsverfahren HTÜ, S. 35; Botschaft HTÜ, S. 597.

⁴⁵ Zum auf den ersten Blick unklaren Gesetzestext von Art. 165 Abs. 1 IPRG vgl. vorstehend, III.B.

⁴⁶ Ergebnis Vernehmlassungsverfahren HTÜ, S. 14.

⁴⁷ Botschaft HTÜ, S. 597.

fertigt erscheint. Die Botschaft erläutert indessen nirgends ausdrücklich, weshalb der Wortlaut von Art. 149e Abs. 1 lit. c und d den Wohnsitzgerichtsstand nicht garantiert und wie das der Regelung von Art. 165 IPRG entsprechen kann bzw. aus welchem Grund hier eine Ungleichbehandlung zum Gesellschaftsrecht gerechtfertigt erscheint. Dies lässt den Schluss zu, dass auch bei Art. 149e Abs. 1 lit. c und d IPRG ein dem IPRG-Gesellschaftsrecht entsprechender Wohnsitzvorbehalt beabsichtigt war.

Allerdings ist es auch möglich, dass einige der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten den deutschen Wortlaut von Art. 165 Abs. 1 lit. a IPRG fälschlicherweise so verstanden, dass bei gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten der Wohnsitzvorbehalt bei Entscheidungen im Sitzstaat (und implizit damit auch bei Entscheidungen im Staat, dessen Recht die Gesellschaft untersteht)⁴⁸ nicht gewährleistet ist,⁴⁹ sodass der Wortlaut von Art. 149e Abs. 1 lit. c und d IPRG demjenigen von Art. 165 Abs. 1 lit. a tatsächlich entsprechen würde. In diesem Fall wäre die Nichtgewährung der Wohnsitzgarantie bei Entscheidungen des Sitzstaats und des Truststatutstaats wohl beabsichtigt.

Es könnte aber auch sein, dass der Gesetzgeber in Abweichung vom IPRG-Gesellschaftsrecht bei Entscheidungen des Trustsitzstaats und des Truststatutstaats bewusst auf den Wohnsitzvorbehalt verzichten wollte. So sieht es MAYER, der darauf hinweist, man habe sich neben dem IPRG-Gesellschaftsrecht auch am LugÜ orientiert.⁵⁰ Dies lässt sich einem Satz in den Vorbemerkungen der Botschaft zu den Änderungen des IPRG entnehmen, nach welchem eine weitgehende Parallelität von Art. 149b (zur direkten Zuständigkeit) und Art. 149e IPRG einerseits und dem LugÜ andererseits als sinnvoll erachtet wurde, weil man davon ausging, dass das LugÜ dem IPRG in Fragen der Anerkennung häufig vorgehen werde.⁵¹ Art. 5 Nr. 6 LugÜ sieht in trustrechtlichen Angelegenheiten eine Zuständigkeit der Gerichte des Sitzstaats des Trusts vor. Dementsprechend werden Entscheide aus diesem Staat in der Schweiz im Anwendungsbereich des LugÜ nach Art. 33 Nr. 1 LugÜ anerkannt. Im Sitzstaat der Gesellschaft besteht nach Art. 22 Nr. 2 LugÜ (bzw. Art. 16 Nr. 2 aLugÜ) hingegen nur für gewisse gesellschaftsrechtliche Klagen eine Zuständigkeit. Nach MAYER rechtfertigt die Orientierung am LugÜ eine Privilegierung von Trusts gegenüber Gesellschaften.⁵²

Nimmt man an, der Gesetzgeber habe in Art. 149e Abs. 1 lit. c und d IPRG tatsächlich keinen Wohnsitzvorbehalt anbringen wollen, stellt sich die Frage, wieso dies im Gesetzgebungsverfahren nicht eingehender diskutiert wurde.

⁴⁸ Vgl. Botschaft HTÜ, S. 597.

⁴⁹ Vgl. vorstehend, III.B.

⁵⁰ MAYER, IPRG, S. 88 f.

⁵¹ Botschaft HTÜ, S. 586.

⁵² MAYER, IPRG, S. 88 f.

Die Botschaft setzt sich mit der Wohnsitzgarantie bei Entscheiden aus dem Sitzstaat des Trusts und aus dem Staat des anwendbaren Rechts nicht auseinander, und das Parlament stimmte dem Wortlaut von Art. 149e IPRG ohne jegliche Debatte zu.⁵³ Dies erstaunt deshalb, weil der Gesetzgeber nur wenige Jahre zuvor im Rahmen der Revision der BV im Grundsatz an der Wohnsitzgarantie festgehalten hatte.⁵⁴

Alles in allem enthalten die Materialien sowohl Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber in Art. 149e Abs. 1 lit. c und d IPRG einen Wohnsitzvorbehalt vorsehen wollte, als auch darauf, dass ein Wohnsitzvorbehalt nicht gewollt war. Der Wille des Gesetzgebers in der vorliegend interessierenden Frage bleibt daher letztlich unklar.

D. Systematisches Element

Das systematische Element versteht eine Rechtsnorm aus dem Zusammenhang heraus. Gesetze werden als Einheit erfasst und es wird untersucht, wie eine Norm in die gesamte Rechtsordnung eingebettet ist.⁵⁵ Es ist auf Bestimmungen Bezug zu nehmen, die ähnliche Probleme regeln wie die auszulegende Norm, da davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber Widersprüche vermeiden wollte.⁵⁶

Das IPRG berücksichtigt die Wohnsitzgarantie hinsichtlich obligationenrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Ansprüche weitgehend.⁵⁷ Diese sind den trustrechtlichen Ansprüchen nahe verwandt. Im Sinne der Einheitlichkeit des IPRG spricht das systematische Element deshalb für eine umfassende Beachtung der Garantie auch in trustrechtlichen Angelegenheiten. Relativierend ist allerdings zu berücksichtigen, dass Art. 149 und Art. 165 IPRG zu einem Zeitpunkt erlassen wurden, als ein Abweichen von der Wohnsitzgarantie nach Art. 59 aBV noch verfassungswidrig war. Demgegenüber war beim Erlass des trustrechtlichen Art. 149e IPRG bereits Art. 30 Abs. 2 BV in Kraft, der gesetzliche Ausnahmen von der Wohnsitzgarantie zulässt.⁵⁸

Anzumerken bleibt, dass die vom Gesetzgeber beabsichtigte Anlehnung der indirekten Zuständigkeit ans LugÜ⁵⁹ aus systematischer Sicht verfehlt scheint. Das LugÜ sieht gegenüber dem IPRG ein vereinfachtes Anerkennungsverfahren

⁵³ Botschaft HTÜ, S. 597; Amtl. Bull. StR 2006, 290 f.; Amtl. Bull. NR 2006, 2001 ff.

⁵⁴ Vgl. vorstehend, II.B.1.

⁵⁵ BGE 120 II 112 E. 3b; 137 III 369 E. 4.3; FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 81.

⁵⁶ KRAMER, S. 113; vgl. auch BGE 120 II 112 E. 3b.

⁵⁷ Vgl. vorstehend, II.B.2.

⁵⁸ Vgl. vorstehend, II.B.1.

⁵⁹ Vgl. vorstehend, III.C.

ren vor. Insbesondere darf die Zuständigkeit des Erstgerichts in den meisten Fällen nicht nachgeprüft werden (vgl. Art. 35 LugÜ). Eine entsprechende Regelung im IPRG hätte also auf die Prüfung der indirekten Zuständigkeit fast gänzlich verzichten müssen. Wahrscheinlich war indessen die Anlehnung der indirekten Zuständigkeit nach Art. 149e IPRG an die Regelung der direkten Zuständigkeit des LugÜ für Trusts gemeint, die ohne Wohnsitzgarantie erfolgt (vgl. Art. 5 Nr. 6 LugÜ). Sowohl Art. 5 Nr. 6 als auch Art. 35 LugÜ beruhen aber auf dem Gedanken, dass ausländische Erkenntnisverfahren in Vertragsstaaten den inländischen nahezu gleichwertig sind und dass die daraus resultierenden Urteile frei zirkulieren sollen.⁶⁰ Es besteht also ein erhöhtes Vertrauen in die Qualität der Entscheidungsfindung in anderen Vertragsstaaten. Das IPRG gelangt demgegenüber bei der Anerkennung von Urteilen aus Drittstaaten zur Anwendung. Eine restriktivere Anerkennung erscheint hier durchaus sachgerecht, da ein Vertrauen in das Erkenntnisverfahren dieser Staaten nicht angenommen werden kann.

Insgesamt kommt auch die systematische Auslegung in der vorliegend interessierenden Frage nicht zu einem klaren Ergebnis.

E. Teleologisches Element

Das teleologische Element berücksichtigt den Normzweck bzw. die hinter der Norm stehende gesetzgeberische Absicht, die sich aus dem Gesetz oder den Materialien ergibt.⁶¹

Die IPRG-Bestimmungen zum Trust wurden gemeinsam mit der Genehmigung des HTÜ eingeführt. Diese war von der Idee getragen, mehr Rechtssicherheit im Bereich der Anerkennung von Trusts im Hinblick auf deren Bedeutung für den schweizerischen Finanzplatz zu gewährleisten.⁶² Die neuen IPRG-Bestimmungen sollten «zum einen das nötige Zusammenspiel zwischen dem Übereinkommen und dem IPRG ermöglichen. Zum anderen soll mit ihnen das kraft Übereinkommen geltende Regime um Bestimmungen zu Themenbereichen ergänzt werden, die vom Übereinkommen nicht geregelt sind».⁶³

Aus dem Ziel, Rechtssicherheit zu schaffen, können bezüglich der Geltung der Wohnsitzgarantie keine Schlüsse gezogen werden. Dass jedoch mit den IPRG-Bestimmungen zum Trust eine Regelung für die zuvor nicht spezifisch geregelten trustrechtlichen Angelegenheiten eingeführt wurde, hält gewisse

⁶⁰ Vgl. WALTHER, SHK LugÜ, Art. 33 N 1 f.

⁶¹ FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 101.

⁶² Vgl. vorstehend, I. Einleitung.

⁶³ Botschaft HTÜ, S. 552 f. und 581.

Hinweise bereit. Obwohl sich die Bestimmungen am bis dahin auf diese Angelegenheiten anwendbaren IPRG-Gesellschaftsrecht orientieren, sollte offenbar eine spezielle trustrechtliche Regelung geschaffen werden, die den Eigenheiten des Trustrechts Rechnung trägt.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob eine weniger starke Berücksichtigung der Wohnsitzgarantie als im IPRG-Gesellschaftsrecht im Bereich der trustrechtlichen Angelegenheiten durch Besonderheiten des Trustrechts geboten ist. Beim Trust nach IPRG bzw. HTÜ handelt es sich um ein Sondervermögen ohne Rechtspersönlichkeit.⁶⁴ Die Passivlegitimation in Bezug auf das Trustvermögen kommt dem Trustee als «legal owner» desselben zu.⁶⁵ Selbst wenn für eine Forderung nur das Trustvermögen haftet, ist der Trustee zu beklagen.⁶⁶ Gesellschaften im Sinne des IPRG sind demgegenüber als organisierte Personenzusammenschlüsse und organisierte Vermögenseinheiten definiert (Art. 150 Abs. 1 IPRG). Ob einem solchen Gebilde Rechtspersönlichkeit zukommt, ist nicht massgebend.⁶⁷ Häufig sind Gesellschaften jedoch juristische Personen oder aufgrund einer materiell-rechtlichen Vorschrift trotz fehlender Rechtspersönlichkeit parteifähig. Haftet für eine Forderung das Gesellschaftsvermögen, ist regelmässig die Gesellschaft passivlegitimiert. Umgekehrt haften nicht mit der Gesellschaft identische Personen, gegen die gesellschaftsrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden, für diese Forderungen in der Regel auch mit ihrem persönlichen Vermögen.

Da ein Trustee auch dann passivlegitimiert ist, wenn ein Anspruch nur das Trustvermögen betrifft, weist ein an den Eigenschaften des Trustees angeknüpfter Gerichtsstand wie sein Wohnsitzgerichtsstand unter Umständen nur eine sehr lose Beziehung zur Streitigkeit auf.⁶⁸ In diesen Fällen erscheint es sachgerecht, dass der in der Schweiz wohnhafte Trustee auch im Staat des Trustsitzes oder des anwendbaren Trustrechts beklagt werden kann und eine entsprechende ausländische Entscheidung in der Schweiz anerkannt wird. Er bedarf des Schutzes durch die Wohnsitzgarantie nicht, da er sich mit Annahme der Trustee-Stellung auf eine potentielle Rechtsstreitigkeit im Ausland einstellen kann und im Falle einer Vollstreckung sein persönliches Vermögen nicht bedroht sieht (vgl. Art. 284a Abs. 2 SchKG).⁶⁹

⁶⁴ Vgl. vorstehend, II.A.1.

⁶⁵ HUBER, S. 64; MAYER, Trust, S. 67.

⁶⁶ Ob für einen Anspruch das Trustvermögen oder der Trustee mit seinem persönlichen Vermögen haftet, bestimmt sich nach dem Truststatut. Die Leistungsansprüche der Begünstigten richten sich regelmässig gegen das Trustvermögen (vgl. MAYER, Trust, S. 66).

⁶⁷ EBERHARD/VON PLANTA, BSK IPRG, Art. 150 N 2.

⁶⁸ Vgl. HUBER, S. 64.

⁶⁹ Vgl. MAYER, Vermögenseinheit, S. 186, der zur Rechtslage vor Inkrafttreten der Art. 149a ff. IPRG ausführte, die Geltung der Wohnsitzgarantie von Art. 165 Abs. 1

In anderen trustrechtlichen Angelegenheiten – z.B. wenn ein Trustee persönlich belangt oder eine Klage gegen einen Begünstigten gerichtet wird – besteht die Schutzbedürftigkeit des Beklagten demgegenüber durchaus. In diesen Fällen können die Besonderheiten des Trustrechts nicht als Argument gegen die Wohnsitzgarantie vorgebracht werden.

Auch aus dem teleologischen Element ergeben sich keine klaren Schlüsse in Bezug auf einen allfälligen Wohnsitzvorbehalt in Art. 149e Abs. 1 lit. c und d IPRG.

F. Fazit

Während der Wortlaut von Art. 149e Abs. 1 lit. c und d IPRG gegen einen Wohnsitzvorbehalt spricht, lassen die anderen Auslegungselemente keine eindeutigen Schlüsse zu. Triftige Gründe, um vom klaren Wortlaut abzuweichen, sind nicht ersichtlich. Demnach sind ausländische Entscheidungen, die im Sitzstaat des Trusts oder im Staat des anwendbaren Trustrechts ergangen sind, in der Schweiz auch bei schweizerischem Beklagtenwohnsitz anzuerkennen.

IV. Schluss

Der im IPRG weitgehend bewahrte Schutz von Beklagten mit Wohnsitz in der Schweiz vor der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile ist schon häufig kritisiert worden – auch von der Jubilarin.⁷⁰ Seit der Neufassung der Wohnsitzgarantie in Art. 30 Abs. 2 BV im Jahr 1999 ist dessen ganze oder teilweise Abschaffung durch den Gesetzgeber verfassungsrechtlich unproblematisch.

Trotzdem handelt es sich hier um einen Grundsatz mit langer Tradition. Gerade in der Schweiz wohnhafte Beklagte, die in fernen Ländern mit Rechtssystemen von zweifelhaftem Ruf eingeklagt werden, stützen sich gerne auf die Wohnsitzgarantie in der Annahme, dass eine weitere Beteiligung am ausländischen Verfahren nicht nötig sei. Zwar ist die Wohnsitzgarantie im inter-

lit. a IPRG für den Trustee als Repräsentant des Trusts sei eher zu verneinen, da der Trustee nicht schutzbedürftiger sei als der Stiftungsrat, der ebenfalls nicht verlangen könne, dass die Stiftung an seinem Wohnort eingeklagt werde.

⁷⁰ Vgl. KREN KOSTKIEWICZ, Vorbehalt, S. 242 (Fn. 33).

nationalen Vergleich eher unüblich.⁷¹ Doch ist das IPRG darüber hinaus wesentlich anerkennungsfreundlicher als jenes mancher anderer Länder. Dazu gehören Österreich, die skandinavischen sowie viele aussereuropäische Staaten, in denen die Anerkennung ausländischer Urteile ausserhalb einer staatsvertraglichen Verpflichtung gar nicht oder nur sehr eingeschränkt möglich ist.⁷² Soweit die USA und andere nichteuropäische Staaten in Den Haag gerne ein internationales Abkommen abschliessen möchten, das die Anerkennung und Vollstreckung ihrer Urteile erleichtert, dienen diese Einschränkungen den Europäern – und somit die Wohnsitzgarantie der Schweiz – zur Stärkung ihrer Verhandlungsposition und sollten nicht leichtfertig unilateral aufgegeben werden.⁷³

Aus diesen Gründen würde man erwarten, dass eine Abkehr von der Wohnsitzgarantie im IPRG durch eine entsprechende sachliche und politische Diskussion begleitet wird. Eine solche hat aber im vorliegenden Zusammenhang nicht stattgefunden. Wie oben dargelegt, sind die Ausführungen zur indirekten Zuständigkeit in trustrechtlichen Angelegenheiten sowohl im erläuternden Bericht wie auch in der Botschaft äusserst knapp. Es bleiben Zweifel daran, ob der Gesetzgeber die Nichtverankerung der Wohnsitzgarantie in Art. 149e lit. c und d IPRG tatsächlich gewollt hat. Nach dem vom Parlament ohne weitere Diskussion verabschiedeten Gesetzestext ist dies indessen klar erfolgt.

Literaturverzeichnis

BAUMGARTNER SAMUEL P., *Understanding the Obstacles to the Recognition and Enforcement of U.S. Judgments Abroad*, N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 2013, S. 965 ff. (zit. BAUMGARTNER, *Obstacles*)

DERS., *The External Dimensions of the European Law of Civil Procedure – A Transatlantic Perspective*, in: HESS BURKHARD (Hrsg.), *Der europäische Gerichtsverbund, Die internationale Dimension des europäischen Zivilverfahrensrechts*, Bielefeld 2017, S. 165 ff. (zit. BAUMGARTNER, *External Dimensions*)

DASSER FELIX/OBERHAMMER PAUL (Hrsg.), *Lugano-Übereinkommen (LugÜ)*, 2. Aufl., Bern 2011 (zit. BEARBEITER, *SHK LugÜ*)

⁷¹ Ähnlich aber z.B. das englische Recht, wonach für die indirekte Zuständigkeit die Zustellung der Klage am Aufenthaltsort des Beklagten erforderlich ist (vgl. FENTIMAN, S. 697 ff.).

⁷² Vgl. § 406 ff. der österreichischen Exekutionsordnung; BAUMGARTNER, *Obstacles*, S. 970.

⁷³ Vgl. BAUMGARTNER, *External Dimensions*, S. 171 ff.

- DONZALLAZ YVES, L'art. 30 al. 2 nCst. féd, AJP 2002, 530 ff. (zit. DONZALLAZ)
- EHRENZELLER BERNHARD ET AL. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Art. 1 – 93, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. BEARBEITER, SGK BV)
- FENTIMAN RICHARD, International Commercial Litigation, Oxford 2010 (zit. FENTIMAN)
- FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/MÜLLER-CHEN MARKUS (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, Art. 1 - 200 IPRG, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. BEARBEITER, CHK IPRG)
- FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012 (zit. FORSTMOSER/VOGT)
- GIRSBERGER DANIEL ET AL., Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004 (zit. BEARBEITER, ZK IPRG)
- GUTZWILLER PETER MAX, Das schweizerische internationale Trustrecht im Lichte der Haager Trust-Konvention – eine Einführung, in: WOLF STEPHAN (Hrsg.), Der Trust – Einführung und Rechtslage in der Schweiz nach dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens, Bern 2008, S. 1 ff. (zit. GUTZWILLER)
- HERZOG SABINE, Trusts und schweizerisches Erbrecht, Einschränkungen bei der Anerkennung von Trusts aus der Perspektive des schweizerischen Erbrechts – unter besonderer Berücksichtigung von Pflichtteilen und deren prozessualer Durchsetzung, Diss. Luzern, Zürich 2016 (zit. HERZOG)
- HESS URS, Die Gerichtsstandsgarantie des Art. 59 BV in der heutigen Rechtswirklichkeit, Diss. Zürich, Frick 1979 (zit. HESS)
- HONSELL HEINRICH ET AL. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BEARBEITER, BSK IPRG)
- HUBER ROMAN, Gerichtsstands- und Schiedsgerichtswahl in trustrechtlichen Angelegenheiten, Unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, Diss. Zürich 2013 (zit. HUBER)
- KÄHR MICHEL, Der Kampf um den Gerichtsstand – Forum Shopping im internationalen Verfahrensrecht der Schweiz, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2010 (zit. KÄHR)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Vorbehalt von Art. 1a des Protokolls Nr. 1 zum Lugano-Übereinkommen – quo vadis?, SJZ 1999, S. 237 ff. (zit. KREN KOSTKIEWICZ, Vorbehalt)

- DIES., Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts, Bern 2012 (zit. KREN KOSTKIEWICZ, IPR)
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., Bern 2016 (zit. KRAMER)
- MARKUS ALEXANDER R., Revidierte Übereinkommen von Brüssel und Lugano: Zu den Hauptpunkten, SZW 1999, S. 205 ff. (zit. MARKUS, Übereinkommen)
- DERS., Der schweizerische Vorbehalt nach Protokoll Nr. 1 Lugano-Übereinkommen: Vollstreckungsaufschub oder Vollstreckungshindernis, ZBJV 1999, S. 57 ff. (zit. MARKUS, Vorbehalt)
- MAYER THOMAS M., Die organisierte Vermögenseinheit gemäss Art. 150 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht, Unter besonderer Berücksichtigung des Trusts, Diss. Basel, Basel/Frankfurt am Main 1998 (zit. MAYER, Vermögenseinheit)
- DERS., Der Trust und das auf ihn anwendbare Recht aus Schweizer Sicht, recht 2007, S. 64 ff. (zit. MAYER, Trust)
- DERS., Neue IPRG-Bestimmungen zum Trust, Basel 2009 (zit. MAYER, IPRG)
- DERS., Der Trust im Lugano-Übereinkommen, AJP 2017, S. 299 ff. (zit. MAYER, LugÜ)
- RODRIGUEZ RODRIGO, Beklagtenwohnsitz und Erfüllungsort im europäischen IZPR, Aus schweizerischer Sicht unter Berücksichtigung der EuGV-VO, Diss. Fribourg, Zürich 2005 (zit. RODRIGUEZ)
- STAEHELIN ADRIAN, Aufstieg und Niedergang der Gerichtsstandsgarantie von Art. 59 BV, in: HALDY JACQUES/RAPP JEAN-MARC/FERRARI PHIDIAS (Hrsg.), Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, S. 257 ff. (zit. STAEHELIN)
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013 (zit. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND).
- WALDER HANS ULRICH, Grundfragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile, unter besonderer Berücksichtigung schweizerischer Sicht, ZZP 1990, S. 322 ff. (zit. WALDER)
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BEARBEITER, BSK BV)

Materialienverzeichnis

- Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, 2006, Ständerat (zit. Amtl. Bull. StR 2006)
- Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, 2006, Nationalrat (zit. Amtl. Bull NR 2006)
- Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, Sonderdruck (zit. Botschaft IPRG)
- Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung vom 2. Dezember 2005, BBl. 2005 551 (zit. Botschaft HTÜ)
- Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom April 2005 betr. Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung (zit. Ergebnis Vernehmlassungsverfahren HTÜ)
- Erläuternder Begleitbericht zum Vernehmlassungsverfahren vom 16. September 2004 betr. Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung (zit. Begleitbericht Vernehmlassungsverfahren HTÜ)

Die Durchsetzung von Gerichtsstandsvereinbarungen – eine Echternacher Springprozession?

FELIX DASSER: Prof. Dr. iur., LL.M., Partner bei Homburger

Inhaltsverzeichnis

I. Gerichtsstandsvereinbarungen – Das A und O aller internationaler Verträge.....	21
II. Einige Schritte nach vorn.....	23
III. Asymmetrische Gerichtsstandsvereinbarungen – Sturm im Wasserglas?.....	26
IV. Klagen aus unerlaubter Handlung – erlaubte Umgehung?.....	30
V. Einlassung durch die Hintertür.....	33
VI. Fazit: Fortschritt Ja – Gefahr von Rückschritten leider auch Ja.....	36
Literaturverzeichnis	36

I. Gerichtsstandsvereinbarungen – Das A und O aller internationalen Verträge

Kein Fortschritt ohne Rückschritt. So oder ähnlich könnte das verweltliche Prinzip hinter der Echternacher Springprozession lauten. Es soll dahin gestellt bleiben, ob die Pilger im luxemburgischen Städtchen Echternach früher wirklich zwei (oder drei) Schritte vor- und einen Schritt zurückgesprungen sind oder doch eher nur seitwärts wie heute.¹ Die mittlerweile von der UNESCO als Weltkulturerbe geschützte Prozession steht auf jeden Fall sinnbildlich für bewusst suboptimale Fortbewegungs-Effizienz.

Gerichtsstandsvereinbarungen geniessen zwar noch nicht den Schutz der UNESCO, sind aber heute weltweit als kulturelle Errungenschaft der Jurisprudenz anerkannt. Es sei hier bloss auf das Haager Gerichtsstandsübereinkommen von 2005 verwiesen.² Aber eben – ist der Fortschritt der letzten Jahrzehnte wirklich so gradlinig? Bevor wir uns dieser Frage zuwenden, möchte ich selber einen Schritt zurücknehmen und den Kontext beleuchten.

¹ Vgl. www.springprozession.com (zuletzt besucht 23.11.2017).

² Übereinkommen vom 30.6.2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen (abrufbar unter <http://www.hcch.net/de/instruments/conventions/full-text/?cid=98.html>); zuletzt besucht 23.11.2017).

Die Auslegung von Verträgen beginnt hinten. Ganz hinten, dort wo die Anwälte zuweilen noch heute in der letzten Verhandlungsnacht um etwa 2 Uhr eine Streitschlichtungsklausel hineinschreiben. Diese sollte dann besser gut gelingen. Rechtssicherheit beginnt bei der Gerichtsstands- oder Schiedsklausel. Fehlt diese oder ist sie pathologisch, so ist das künftige Forum unsicher und damit ebenso zum einen das durch das Kollisionsrecht der *lex fori* bestimmte anwendbare Recht, zum anderen aber auch die lokale Rechtskultur, welche bewusst oder unbewusst in die Auslegung und Durchsetzung von Gesetzen und Verträgen hineinfliesst. Beratende Anwälte zögern, ihren Klienten Auskunft über die Bedeutung unklarer Vertragsbestimmungen zu geben, solange sie nicht beurteilen können, von welchem Gericht ein Streit beurteilt würde: Ist es ein Schweizer Gericht, das sich vom Vertrauensprinzip leiten lassen würde? Oder ein Gericht aus dem romanischen Rechtskreis, das mehr auf Formalien achtet? Oder ein Gericht aus dem *common law*, welches gewohnt ist, Verträge streng wörtlich auszulegen? Oder ein Gericht in einem Staat mit gefügiger Justiz, welche jeden Vertrag im Zweifel zugunsten der einheimischen Partei auslegt? Oder ein privates Schiedsgericht und wenn ja, was für eines?

Überlegt formulierte Gerichtsstandsklauseln helfen nicht nur bei der Auslegung der Verträge, sondern helfen auch, jahrelange Vorverfahren über die Zuständigkeit zu vermeiden. Gerade weil die Zuständigkeit des einen oder des anderen Gerichts erheblichen Einfluss auf die jeweilige Stärke der Parteien vor Gericht, aber auch in Vergleichsverhandlungen hat, sind solche Zuständigkeitsprozesse immer häufiger und erbitterter. Wer sich eine passende Zuständigkeit sichert oder zumindest verhindert, dass dies die Gegenseite tun kann, hat schon halb gesiegt.

Vieles spricht deshalb für eine grosszügige Zulassung von Gerichtsstandsvereinbarungen. Grenzen werden zu Recht dort gesetzt, wo ein Ungleichgewicht zwischen den Parteien eine ausgewogene Einigung stark gefährdet – z.B. bei Konsumenten, Arbeitnehmern oder Versicherungsnehmern. Von diesen Sonderfällen abgesehen, hat die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen in den letzten Jahrzehnten weltweit erhebliche Fortschritte gemacht. Zwar ist dieser Fortschritt nicht gar so eindrucklich wie bei den Schiedsvereinbarungen. Bei diesen führte das phänomenal erfolgreiche New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958³ zu einer veritablen Explosion der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Die globale Durchsetzung des New Yorker Übereinkommens

³ Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche. Abgeschlossen in New York am 10.6.1958 (SR 0.277.12); Liste der Vertragsstaaten abrufbar unter <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status> (zuletzt besucht 23.11.2017).

zulasten staatlicher Gerichtsbarkeit ist wohl nur durch den Kalten Krieg erklärbar, welcher damals eine neutrale, nicht-staatliche Streitschlichtung für den Handel zwischen den politischen Blöcken erforderte.

II. Einige Schritte nach vorn

Um bei den Fortschritten zu Hause zu beginnen:

In der Schweiz war es früher gang und gäbe, dass das vereinbarte Gericht nicht ohne weiteres verpflichtet war, die Zuständigkeit anzunehmen. § 11 der alten Zürcher ZPO erlaubte es dem vereinbarten Gericht, seine Zuständigkeit abzulehnen, wenn keine Partei einen engen Bezug zum Kanton Zürich hatte. Es war damit z.B. unmöglich, Zürich mit seinem Handelsgericht als neutrales, bewährtes und leicht erreichbares Forum in einem Vertrag zwischen einer Basler und einer Bündner Gesellschaft vorzusehen und Rechtssicherheit zu haben.

Art. 9 Abs. 3 des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG) von 2001 übernahm diese ängstliche Geisteshaltung.⁴ Es gab offenbar Bedenken, Angehörige anderer Kantone könnten für ihre Prozesse einige ausgewählte Gerichte überrennen. Wegen solcher Bedenken fügte der Gesetzgeber ein richterliches Ermessen genau dort ein, wo es aus Gründen der Rechtssicherheit gerade keines geben sollte – bei der parteiautONOMEN Festlegung der Zuständigkeit. Traditionell ist der Grundsatz des *forum non conveniens*, wonach ein Gericht seine an sich bestehende Zuständigkeit ablehnen kann, wenn es ein anderes zuständiges Gericht als geeigneter erachtet, dem Schweizer Recht fremd. Das ist auch richtig so. Bei Gerichtsstandsvereinbarungen geht es um Vorhersehbarkeit und Planbarkeit. *Forum non conveniens*-Vorbehalte⁵ wirken da wie die sprichwörtliche Faust aufs Auge.⁶

In der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)⁷ ist mit diesem Unfug aufgeräumt worden. Art. 17 ZPO enthält kein Ermessen des vereinbarten Gerichtes mehr. Die Gerichte in Zürich (oder Bern, Basel, Genf etc.) sind seither trotzdem nicht von ausserkantonalen Parteien überrannt worden.

⁴ Bundesgesetz vom 24.3.2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Gerichtsstandsgesetz (aufgehoben per 1.1.2011). «Das bezeichnete Gericht kann seine Zuständigkeit ablehnen, wenn die Streitigkeit keinen genügenden örtlichen oder sachlichen Bezug zum vereinbarten Gerichtsstand aufweist.»

⁵ Im *common law*, so namentlich in etlichen Gliedstaaten der U.S.A., gilt der *forum non conveniens*-Vorbehalt bei Gerichtsstandsvereinbarungen noch heute (siehe etwa BORN/RUTLEDGE, S. 468 ff.).

⁶ Kritisch gegenüber Art. 9 Abs. 3 GestG u.a. auch MÜLLER/WIRTH Komm.-WIRTH, Art. 9 GestG N 122 ff.; BSK GestG-REETZ, Art. 9 N 20 («schlechthin unverständlich»).

⁷ Vom 19.12.2008, SR 272.

Art. 5 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG)⁸ erlaubt dem vereinbarten Gericht noch heute, in internationalen Fällen die Vereinbarung der Parteien zu ignorieren, wenn keine der Parteien einen engen Bezug zum Gerichtskanton hat und in der Sache nicht Schweizer Recht anwendbar ist. Art. 5 Abs. 2 IPRG bietet sogar noch ein Kuriosum des Schweizer Rechts: Was im ganzen Schweizer Recht als Selbstverständlichkeit gilt – nämlich dass der Rechtsmissbrauch nicht geschützt wird –, hat der Gesetzgeber bei internationalen Gerichtsstandsvereinbarungen noch speziell festgehalten. Dies kann nur als Misstrauensvotum verstanden werden. Heute ist dieser Vorbehalt fehl am Platz und gehört bei Gelegenheit gestrichen.

In der Praxis spielt Art. 5 IPRG allerdings keine grosse Rolle mehr. Die weitaus meisten Fälle unterstehen Art. 23 des Lugano-Übereinkommens (LugÜ).⁹ Diese Bestimmung regelt die Zulässigkeit aller Vereinbarungen eines Gerichts in einem Lugano-Staat, bei welchen eine Partei Sitz oder Wohnsitz in einem Lugano-Staat hat. Dabei herrscht heute Klarheit, dass dieser Sitz oder Wohnsitz nicht in einem anderen Lugano-Staat sein muss.¹⁰ Es braucht also entgegen vereinzelter früherer Ansichten kein «euro-internationales» Verhältnis mit zwei involvierten Lugano-Staaten. Es kommt auch nicht darauf an, welche Partei – Klägerin oder Beklagte – Wohnsitz in einem Lugano-Staat hat.¹¹ Ansonsten wäre bei Abschluss der Gerichtsstandsklausel noch nicht klar, welcher Regelung diese Klausel unterstehen wird. Die Rechtssicherheit würde unnötig Schaden nehmen. Die Brüssel-Ia-Verordnung (EuGVVO 2012)¹² hat für die EU mittlerweile auch noch dem Erfordernis des Wohnsitzes einer Partei in einem Mitgliedstaat ein Ende bereitet.¹³

Art. 23 LugÜ enthält weder einen Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs noch eine Einschränkung auf lokales Recht oder lokale Parteien wie Art. 5 IPRG, sondern lediglich einen Vorbehalt zwingender Zuständigkeitsbestimmungen

⁸ Vom 18.12.1987, SR 291.

⁹ Übereinkommen vom 30.10.2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ; SR 0.275.12). In Kraft getreten für die damaligen EU-Staaten und Norwegen am 1.1.2010, für die Schweiz am 1.1.2011, für Island am 1.5.2011 und für Kroatien am 1.7.2013.

¹⁰ BGE 4A_131/2017 < E. 3.2/3 (zur Publikation vorgesehen); BGE 135 (2009) III 185, E. 3.3 unter Hinweis auf ein *obiter dictum* des EuGH, 1.3.2005, Rs. C-281/02 *Andrew Owusu g. N.B. Jackson u.a.*, Rz. 24 ff.

¹¹ BGE 4A_131/2017, E. 3.3 (zur Publikation vorgesehen).

¹² Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. L 351/1, 1 ff.).

¹³ Art. 25 Abs. 1 EuGVVO 2012: «Haben die Parteien unabhängig von ihrem Wohnsitz vereinbart, dass [...]».

gemäss Art. 13, 17, 21 und 22 LugÜ.¹⁴ Das bedeutet aber nicht, dass damit Gerichtsstandsvereinbarungen im ganzen Lugano-Raum anstandslos durchgesetzt werden. In der Praxis stösst man eben auch auf Rückschritte oder Ausweichmanöver. Einigen geht dieser Beitrag nach.

Auf globaler Ebene ist mit dem Haager Gerichtsstandsübereinkommen von 2005 ein Durchbruch gelungen.¹⁵ Es ist in den Augen vieler die Maus, die der Berg geboren hat. Jahrelange Bemühungen um ein globales Zuständigkeits- und Vollstreckungsübereinkommen scheiterten an der Unvereinbarkeit der verschiedenen Justizsysteme, namentlich dem unüberbrückbaren Abgrund zwischen den U.S.-amerikanischen und den kontinentaleuropäischen Prozessrechten.¹⁶

In den Augen anderer ist es das, was noch vernünftigerweise erwartet, aber auch angestrebt werden konnte. Gewisse Justizsysteme erlauben schlicht nicht das gegenseitige Vertrauen, das dem europäischen Justizraum und damit insbesondere dem Lugano-Übereinkommen zugrunde liegt und schon innerhalb von Europa mehr politisch korrekte Fiktion als Realität ist. So hilft zum Beispiel gegen die in der Praxis teilweise geradezu grotesk überbordende Klägerfreundlichkeit des U.S.-amerikanischen Gerichts- und Rechtssystems oft nur der Schutz fehlender Anerkennungsfähigkeit im Rahmen von Art. 25 ff. i.V.m. Art. 149 Abs. 2 IPRG.

Ceterum censeo, dass in den derzeit laufenden Verhandlungen in Den Haag über ein gegenüber dem ersten Versuch eingeschränktes Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen¹⁷ äusserst behutsam vorzugehen ist. So ist gerade die beliebte Zuständigkeit am Ort einer (angeblichen) unerlaubten Handlung¹⁸ ein Geschenk für aggressive Klägeranwälte. Es gibt kein Menschenrecht auf *nuisance suits*.

¹⁴ Vgl. Art. 23 Abs. 5 LugÜ. Die dortige Unterscheidung zwischen zwingenden und ausschliesslichen Gerichtsständen ist semantisch. Die ausschliesslichen Gerichtsstände nach Art. 22 LugÜ sind zwingend und gehen deshalb einer Gerichtsstandsvereinbarung vor.

¹⁵ In Kraft getreten für die EU und Mexiko am 1.10.2015 und für Singapur am 1.10.2016 (Liste der Vertragsstaaten, Stand November 2017, abrufbar unter <<https://www.hcch.net/de/instruments/conventions/status-table/?cid=98>>, zuletzt besucht 23.11.2017).

¹⁶ Vgl. Special Commission on the Judgments Project – Chronology of the Judgments Project, abrufbar unter <<https://www.hcch.net/de/projects/legislative-projects/judgments>> (zuletzt besucht 23.11.2017).

¹⁷ Draft Convention der Haager Konferenz zum Judgments Project, abrufbar unter <<https://assets.hcch.net/docs/2f0e08f1-c498-4d15-9dd4-b902ec3902fc.pdf>> (zuletzt besucht 23.11.2017).

¹⁸ Vgl. Art. 5(j) November 2017 Draft Convention der Haager Konferenz zum Judgments Project.

Hingegen ist die erweiterte Anerkennung von Gerichtsstandsvereinbarungen durch das Haager Gerichtsstandsübereinkommen ein Schritt in die richtige Richtung. Es reduziert das *forum shopping* und verstärkt Rechtssicherheit und damit Planungssicherheit.

III. Asymmetrische Gerichtsstandsvereinbarungen – Sturm im Wasserglas?

In der Praxis trifft man oft sogenannte asymmetrische oder hinkende Gerichtsstandsklauseln an. Dabei wird zwar ein Gerichtsstand festgelegt, er gilt aber nur für die eine Partei als ausschliesslich, während die andere Partei auch an einem oder mehreren anderen Gerichtsständen klagen kann, oft an jedem anderen gesetzlich vorgesehenen. Solche Klauseln finden sich u.a. in Banken-AGB. Praktisch sind solche Klauseln vor allem, wenn je nach Konstellation zwingende Gerichtsstände wie Art. 16 Abs. 2 LugÜ zu Verbraucherverträgen anwendbar sein können oder das Erkenntnisverfahren alternativ am Ort späterer Vollstreckung durchgeführt werden soll. Im ersten Fall erspart sich die Klägerin allenfalls langwierige Verfahren über die Anwendbarkeit der Gerichtsstandsvereinbarung bzw. umgekehrt mögliche Vorwürfe der Bankgeheimnisverletzung, wenn sie von Anfang an am zwingenden Gerichtsstand klagt ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung.

Die Gültigkeit solcher Vereinbarungen unter dem Lugano-Übereinkommen stand nie ernsthaft im Zweifel. Art. 17 Abs. 4 des alten Lugano-Übereinkommens 1988¹⁹ sah ebenso wie die parallele Bestimmung des Brüsseler Übereinkommens (EuGVÜ)²⁰ von 1968 asymmetrische Gerichtsstandsvereinbarungen sogar ausdrücklich vor:

«Ist eine Gerichtsstandsvereinbarung nur zugunsten einer der Parteien getroffen worden, so behält diese das Recht, jedes andere Gericht anzurufen, das aufgrund dieses Übereinkommens zuständig ist.»

Art. 23 LugÜ enthält ebenso wie Art. 23 EuGVVO 2001²¹ (und Art. 25 EuGVVO 2012) diese Bestimmung nicht mehr. Der Grund war aber nicht, dass solche Vereinbarungen nicht mehr zulässig sein sollten. Vielmehr wurde die

¹⁹ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16.1.1988 (SR 0.275.11).

²⁰ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968 (ABl. C 027 vom 26.1.1998, S. 1 ff.).

²¹ Verordnung des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 22.12.2000 (ABl. L 12/1, S. 1 ff.).

Zulässigkeit als selbstverständlich betrachtet und deshalb als nicht besonders erwähnenswert.²²

Entsprechend sorgte vor einigen Jahren die Nachricht für Aufregung, dass die französische *Cour de cassation* eine eigene Meinung haben könnte. Im Fall der *Banque Privée Edmond de Rothschild Europe* hatte die *Cour de cassation*, 1ère chambre civile folgende Klausel in einem Bankvertrag zu beurteilen:²³

«Les litiges éventuels entre le client et la banque seront soumis à la juridiction exclusive des tribunaux de Luxembourg. La banque se réserve toutefois le droit d'agir au domicile du client ou devant tout autre tribunal compétent à défaut de l'élection de juridiction qui précède.»

Entgegen dieser Vereinbarung hatte die Bankkundin nicht am für sie ausschliesslichen Gerichtsstand in Luxemburg, sondern am Sitz der Compagnie Financière Edmond de Rothschild Banque in Paris geklagt. Die Pariser Gerichte wiesen die Unzuständigkeitseinrede der Bank ab. Die *Cour de cassation* bestätigte mit Entscheid vom 26. September 2012. Sie hielt die asymmetrische Klausel für ungültig mit dem sibyllinischen Hinweis, die Klausel «revêtait un caractère potestatif à l'égard de la banque, de sorte qu'elle était contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du Règlement Bruxelles I».

Wie üblich verzichtete die *Cour de cassation* darauf, ihre Ansicht näher zu begründen. Es fehlt auch jegliche Diskussion der Lehre und Rechtsprechung zum anwendbaren Art. 23 EuGVVO 2001. Dieser Entscheid wurde im In- und Ausland z.T. heftig kritisiert.²⁴ In den Worten von Prof. FENTIMAN: «Rothschild flies in the face of market practice and has caused consternation amongst practitioners. For many reasons the decision is as perplexing as it is controversial.»²⁵ Teilweise wurde der Entscheid aber auch nicht ernst genommen und zusammen mit einem analogen, eher obskuren bulgarischen Entscheid als Irrläufer abgetan.²⁶

²² SHK LugÜ-KILLIAS, Art. 23 LugÜ N 147; KROPHOLLER/VON HEIN, Art. 23 EuGVO N 93; RAUSCHER Komm.-MANKOWSKI, Art. 25 Brüssel Ia-VO N 200 ff.; vgl. auch Financial Markets Law Committee.

²³ Cass. Civ. 1ère, No. 11-26.022, 26.9.2012, *Rothschild*.

²⁴ Vgl. ANCEL/CUNIBERTI, S. 8 ff.; BARBET, S. 443 ff.; CORNELOUP, S. 309 ff.; FREITAG, S. 419 ff.; HAUSMANN, S. 37 ff.; LEHMANN/GRIMM, S. 890 ff.; NIGGEMANN, S. 194 ff.

²⁵ FENTIMAN, S 25; vgl. auch DRAGUIEV, S. 37: «[...] the French Cour de Cassation's assessment of the prorogation clause in the Rothschild case is more than peculiar, and to a certain extent comes close to being absurd.»

²⁶ RAUSCHER Komm.-MANKOWSKI, Art. 25 Brüssel Ia-VO N 200 Fn. 959; zum bulgarischen Entscheid vgl. DRAGUIEV, S. 31 f.

Gegenüber der Credit Suisse doppelte die *Cour de cassation* zweieinhalb Jahre später nach und sorgte damit für Schockwellen in der Schweiz. Die diesem zweiten Entscheid vom 25. März 2015²⁷ zugrundeliegende Gerichtsstandsklausel sah vor, dass *«l'emprunteur reconnaît que le for exclusif pour toute procédure est Zurich ou au lieu de la succursale de la banque où la relation est établie»*, wobei aber *«la banque est toutefois en droit d'ouvrir action contre l'emprunteur devant tout autre tribunal compétent.»*

Die *Cour de cassation* befand, die Vorinstanz habe in rechtswidriger Weise ungeprüft gelassen, ob die durch Prorogation für Klagen der Bank von *«tout autre tribunal compétent»* ohne objektive Eingrenzung geschaffene Asymmetrie *«n'était pas contraire à l'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique poursuivi par»* Art. 23 LugÜ und hob den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz auf.

Jetzt war klar: Französische Gerichte anerkennen asymmetrische Gerichtsstandsklauseln, wie sie zu Tausenden in AGB vorkommen, grundsätzlich nicht mehr. Wie die *Cour de cassation* zu dieser kreativen Auslegung von Art. 23 EuGVVO 2001 kam und weshalb sie sich nicht gemüssigt erachtete, eine derartige Grundsatzfrage von grosser praktischer Tragweite dem EuGH vorzulegen, bleibt ihr Geheimnis.²⁸

Mit einem dritten Entscheid vom 7. Oktober 2015²⁹ könnte die *Cour de cassation* allenfalls den Rückzug eingeläutet haben. Die Gerichtsstandsklausel sah grundsätzlich die Zuständigkeit der irischen Gerichte vor, räumte der einen Seite (Apple Sales) jedoch das Recht ein, die Gegenseite (eBizcuss) alternativ auch an deren Sitz oder in jedem Staat, in dem Apple Sales einen Schaden erlitt, einzuklagen.

In diesem Fall befand die *Cour de cassation*, dass *«cette clause, qui permettait d'identifier les juridictions éventuellement amenées à se saisir d'un litige opposant les parties à l'occasion de l'exécution ou de l'interprétation du contrat, répondait à l'impératif de prévisibilité auquel doivent satisfaire les clauses d'élection de for.»*

Mangels Auseinandersetzung mit der bisherigen Rechtsprechung war die Tragweite dieses Entscheides aber unklar. Insbesondere war nicht klar, ob die spezielle Formulierung der Gerichtsstandsklausel, wonach Apple Sales alternativ nicht jedes andere zuständige Gericht anrufen kann, sondern nur den *juge naturel* der Gegenpartei oder ein Gericht an einem Schadeneintrittsort, den Ausschlag für die Entscheidung gegeben hat.

²⁷ Cass. Civ. 1ère, No. 13-27.264, 25.3.2015, *Crédit Suisse*.

²⁸ Ebenfalls kritisch CORNELOUP, S. 312.

²⁹ Cass. Civ. 1ère, No. 14-16.898, 7.10.2015, *eBizcuss c. Apple Sales*.

Nun hat am 11. Mai 2017 eine andere Kammer der *Cour de cassation*, die *Chambre commerciale*, aber möglicherweise dem Spuk ein Ende gesetzt.³⁰ Die strittige Gerichtsstandsklausel zwischen der italienischen Gesellschaft Diemme Enologia und der französischen Gesellschaft Chambon & fils sah grundsätzlich die ausschliessliche Zuständigkeit der Gerichte von Ravenna (Italien) vor, erlaubte es Diemme aber auch, vor weiteren kompetenten Gerichten zu klagen, «*conformément aux règles de procédure légale*».

Chambon erhob Klage vor französischen Gerichten gegen Diemme, welche gestützt auf die Gerichtsstandsklausel Unzuständigkeit geltend machte. Anders als die erste Instanz, die sich als nicht zuständig erachtet hatte, hielt die Pariser *Cour d'appel* die Gerichtsstandsklausel für unbeachtlich, aufgrund deren «*caractère potestatif à l'égard de la société italienne, peu important le caractère déterminable de l'option de compétence que celle-ci s'était réservée, de sorte qu'elle est contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23*».³¹

Dagegen wehrte sich Diemme vor der *Cour de cassation*. Diese gab ihr Recht: «*[A]lors qu'elle avait constaté la volonté des parties de convenir d'une prorogation de compétence dans les termes du contrat, peu important que cette clause attributive ne s'impose qu'à l'une des parties, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé*».³² Damit hob sie das Urteil der Pariser *Cour d'appel* auf und wies das gegen den Nichteintretensentscheid der ersten Instanz erhobene Rechtsmittel ab. Wiederum fehlt aber eine nachvollziehbare Begründung. Die Vorinstanz habe die rechtlichen Konsequenzen aus der Gerichtsstandsvereinbarung nicht gezogen. Welche dies heute nach Ansicht der *Cour de cassation* bzw. zumindest deren *Chambre commerciale* sind, bleibt offen. Es wäre auch nicht das erste Mal, dass die eine Kammer der *Cour de cassation* nicht weiss (oder sich nicht darum kümmert), was die andere tut.³³ Immerhin sieht ein erster Kommentator Grund zur Freude bei gleichzeitiger Betrübnis über fünf Jahre unnötiger jurisdiktioneller Improvisation.³⁴

Es bleibt somit zu hoffen, dass dieses Kapitel unnötiger Angriffe auf die Rechtssicherheit damit ein Ende hat.

³⁰ Cass. Civ. Com., No. 15-18.758, 11.5.2017, *Diemme*.

³¹ CA Paris, No. 44/02001, 24.3.2015, *Diemme*.

³² Cass. Civ. Com., No. 15-18.758, 11.5.2017, *Diemme*.

³³ Vgl. hinten Fn 45/46.

³⁴ D'AVOUT, S. 2070 f.: «*On s'en réjouira ici pour avoir, avec d'autres, soutenu cette solution dès le début des difficultés [...]; en regrettant tout de même les cinq années de flottement et de publicité défavorable causées à la France par ces improvisations jurisprudentielles qui n'auraient pas dû avoir lieu*».

IV. Klagen aus unerlaubter Handlung – erlaubte Umgehung?

Gerichtsstandsvereinbarungen lauten typischerweise etwa so: «*Zuständig sind die Gerichte von [X]*» oder «*Gerichtsstand: [X]*». Erfahrene Rechtsvertreter verwenden etwas längere Formulierungen, z.B. «*Für alle Streitigkeiten aus oder in Zusammenhang mit diesem Vertrag sind die Gerichte von [X] ausschliesslich zuständig.*»

Der Zusatz «*oder in Zusammenhang mit*» ist nicht Luxus, sondern wichtig. In der Schweiz werden zwar vertragliche Streitigkeiten fast durchwegs als solche prozessiert. In anderen Jurisdiktionen ist dies aber keine solche Selbstverständlichkeit. Gerade in den USA hat sich die Tendenz entwickelt, Klagen so zu fassen, dass eine andere, als günstiger erachtete Zuständigkeit gefunden werden kann. Durch ein solches «*Reframing*» kann ein Streit, der aus einer auf Vertrag beruhenden Beziehung entstanden ist, in eine Klage aus unerlaubter Handlung in den verschiedensten Spielarten und/oder weiteren nicht vertraglichen Ansprüchen münden. Die Überlegung ist so einfach wie bestehend: Wer nicht aus Vertrag klagt, muss sich die vertragliche Gerichtsstandsvereinbarung nicht entgegenhalten lassen.

Zumindest unter Art. 23 LugÜ gelten im Zweifel auch vertragsnahe Ansprüche als miterfasst.³⁵ Eine weite Formulierung der Gerichtsstandsvereinbarung ist dennoch sehr zu empfehlen.

Ein neuerer Entscheid des EuGH wirft allerdings Fragen auf.³⁶ Bei diesem Fall ging es um eine Art Sammelklage, bei der 71 Unternehmen Ansprüche aus Kartellprivatrecht an ein belgisches Vehikel, die Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA (nachfolgend «CDC»), abgetreten haben, zwecks Durchsetzung gegenüber sechs europäischen Teilnehmern an einem von der Europäischen Kommission gebüssten Kartell betreffend Wasserstoffperoxid. CDC klagte in Dortmund am Sitz eines der sechs eingeklagten Unternehmen. Einige Beklagte erhoben Unzuständigkeitseinrede unter Berufung auf Gerichtsstands- bzw. Schiedsklauseln in den massgebenden Lieferverträgen. Strittig war, ob sich die Klägerin CDC gegenüber diesen Beklagten auf Zuständigkeit nach Art. 5 Ziff. 3 bzw. Art. 6 Ziff. 1 LugÜ berufen konnte. Auf Vorlage des Landgerichts Dortmund hin entschied der EuGH unter anderem, dass aufgrund von Art. 23 Abs. 1 EuGVVO 2001 Gerichtsstandsklauseln bei Klagen aus Wettbewerbsrecht Art. 5 Ziff. 3 und Art. 6 Ziff. 1 LugÜ dero-

³⁵ BSK LugÜ-BERGER, Art. 23 LugÜ N 37; SHK LugÜ-KILLIAS, Art. 23 LugÜ N 45 f.; siehe auch KROPHOLLER/VON HEIN, Art. 23 EuGVO N 69.

³⁶ EuGH, 21.5.2015, Rs. C-352/13 *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA g. Akzo Nobel NV u.a.*

gieren, *«sofern sich diese Klauseln auf Streitigkeiten aus Haftung wegen einer Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht beziehen.»* Soweit so gut. Die Frage bleibt natürlich, wann sich eine Gerichtsstandsklausel auch auf Wettbewerbswidrigkeiten bezieht. Explizit wird sie das wohl kaum je tun.

Der EuGH legte in seinen zentralen Erwägungen Folgendes dar:

«68 Eine Gerichtsstandsvereinbarung kann nur eine bereits entstandene Rechtsstreitigkeit oder eine künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit betreffen, was die Geltung einer Gerichtsstandsvereinbarung auf die Rechtsstreitigkeiten einschränkt, die ihren Ursprung in dem Rechtsverhältnis haben, anlässlich dessen die Vereinbarung geschlossen wurde. Dieses Erfordernis soll vermeiden, dass eine Partei dadurch überrascht wird, dass die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts für sämtliche Rechtsstreitigkeiten begründet wird, die sich eventuell aus den Beziehungen mit ihrem Vertragspartner ergeben und ihren Ursprung in einer anderen Beziehung als derjenigen haben, anlässlich deren die Begründung des Gerichtsstands vorgenommen wurde (vgl. in diesem Sinne Urteil Powell Duffryn, C-214/89, EU:C:1992:115, Rn. 31).

69 Im Hinblick auf dieses Ziel wird das vorliegende Gericht u.a. zu berücksichtigen haben, dass eine Klausel, die sich in abstrakter Weise auf Rechtsstreitigkeiten aus Vertragsverhältnissen bezieht, nicht einen Rechtsstreit erfasst, in dem ein Vertragspartner aus deliktischer Haftung wegen seines einem rechtswidrigen Kartell entsprechenden Verhaltens belangt wird.

70 Bei einem solchen Rechtsstreit kann nämlich, da er für das geschädigte Unternehmen im Zeitpunkt seiner Zustimmung zu der genannten Klausel nicht hinreichend vorhersehbar war, weil diesem Unternehmen eine Beteiligung seines Vertragspartners an dem rechtswidrigen Kartell zu diesem Zeitpunkt nicht bekannt war, nicht davon ausgegangen werden, dass er auf den Vertragsverhältnissen beruht. Eine solche Klausel würde mithin nicht zur wirksamen Derogation der Zuständigkeit des vorliegenden Gerichts führen.»

Letztlich argumentiert der EuGH, es sei für Unternehmen nicht vorhersehbar, dass ein Lieferant Preise verlangen kann, die aufgrund einer Kartellabsprache möglicherweise überhöht sind. Das ist doch fraglich. In einer Zeit, in der die Europäische Kommission in stetem Rhythmus Kartelle aufdeckt und büsst und eigentlich alle Unternehmen sich mit dem Thema Preisabsprachen auseinandersetzen müssen – und sei es auch nur, um intern im Sinne der *Compliance* mit den entsprechenden Regelungen solche Absprachen von Mitarbeitern mit anderen Unternehmen zu verhindern –, hätte der EuGH eigentlich zu einem anderen Schluss kommen müssen. Politisch ist der Entscheid verständ-

lich – Gesetzgeber und Justiz gehen verstärkt gegen Kartelle vor; der Entscheid des EuGH vereinfacht die Durchsetzung des Kartellzivilrechts.³⁷

Gleichzeitig gefährdet er aber die Abwehr von «*Reframing*»: Wenn nicht einmal eine Preisabsprache vorhersehbar ist, was ist dann noch vorhersehbar? Es ist zwar richtig, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung nur erfassen kann, womit die Parteien nach Treu und Glauben rechnen durften und mussten. Dabei ist aber eine weite, nicht eine enge Auslegung nötig, ansonsten Gerichtsstandsvereinbarungen ohne grosse Mühe umgangen werden können. In den verschiedenen materiellen Rechtsordnungen finden sich zahllose nicht-vertragliche Ansprüche, die bei Fällen an sich typischer Vertragsverletzungen zumindest vorgebracht werden können.

Allerdings sind die Ausführungen des EuGH in diesem Punkt nicht ganz klar und müssen vom vorlegenden Gericht ausgelegt werden. Namentlich enthielten in dem Fall die Lieferverträge verschiedene Gerichtsstandsklauseln (und Schiedsklauseln). Deren Wortlaut ist nicht bekannt. Der EuGH spricht nur von Klauseln, «*die sich in abstrakter Weise auf Rechtsstreitigkeiten aus Vertragsverhältnissen bezieh[en].*» Sind damit auch Klauseln gemeint, die wie heutzutage üblich, nicht nur «*Streitigkeiten aus diesem Vertrag*», sondern «*alle Streitigkeiten aus oder in Zusammenhang mit diesem Vertrag*» erfassen? Die Formulierung «*oder in Zusammenhang mit*» soll ja gerade auch nicht vertragliche Ansprüche erfassen, die aber in engem Zusammenhang mit der Vertragsbeziehung stehen.

Leider ist dieser Aspekt der bewussten Erfassung von vertragsnahen nicht-vertraglichen Ansprüchen zur Verhinderung von «*Reframing*» weder vom Generalanwalt noch vom EuGH beachtet worden. Es wäre vielleicht hilfreich gewesen, wenn der Generalanwalt die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen nicht nur unter dem dogmatischen Aspekt der Vertragsfreiheit gewürdigt hätte,³⁸ sondern auch unter dem viel relevanteren Aspekt des schützenswerten Interesses der Parteien an Rechtssicherheit und Planbarkeit.

Beim Kartellrecht geht es wirtschaftlich um die Frage, ob der vertraglich festgelegte Kaufpreis verbindlich ist, oder ob eine Partei in unzulässiger Weise auf die Willensbildung der anderen Parteien Einfluss genommen hat. Solche Einflussnahme über geheime Kartellabsprachen kann, wie der Generalanwalt richtig dargelegt hat, je nach anwendbarem Recht zu ausservertraglichen oder aber auch zu vertraglichen Ansprüchen oder beidem führen.³⁹ In

³⁷ Der EuGH stellt in der Entscheidung zwar ausdrücklich klar, dass es ihm nicht um die erleichterte Durchsetzung des Wettbewerbsrechts ging, dies in Zurückweisung der diesbezüglich forschenden Ausführungen des Generalanwalts (Stellungnahme des Generalanwalts vom 11.12.2014, Rz. 27, 32; vgl. Urteil, a.a.O., Rz. 62), Zweifel sind aber angebracht.

³⁸ Stellungnahme, a.a.O., Rz. 99.

³⁹ Stellungnahme, a.a.O., Rz. 37, 101.

der Tat wären zum Beispiel Ansprüche aus Willensmangel denkbar, die traditionellerweise unter eine Gerichtsstandsvereinbarung fallen.

Auf jeden Fall sind Ansprüche daraus, dass ein Vertragspartner den anderen bei den Verhandlungen untechnisch ausgedrückt, unfair über den Tisch gezogen haben soll, vertragsnah. Die Argumentation des EuGH, dass der über-den-Tisch-gezogene Vertragspartner von diesem Fehlverhalten nichts gewusst hat (was konzeptimmanent ist), deshalb nicht damit rechnen musste und deshalb darüber auch keine Gerichtsstandsvereinbarung abgeschlossen haben konnte, ist zumindest fragwürdig. *In extremis* könnte dies bedeuten, dass z.B. alle Fälle von Täuschung beim Vertragsschluss nicht mehr von Zuständigkeitsvereinbarungen erfasst sein können, ausser es stehe explizit dort drin. Das kann der EuGH nicht gemeint haben wollen.

Im Ergebnis ist die Entscheidung des EuGH rechtspolitisch zweischneidig: Sie fördert die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts und ist im konkreten Fall vielleicht nachvollziehbar, gefährdet aber aufgrund der vagen Formulierungen die Durchsetzbarkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen generell,⁴⁰ da nicht auszuschliessen ist, dass kontinentaleuropäische Gerichte aufgrund dieser Rechtsprechung des EuGH in Zukunft zu einem engeren Verständnis von Gerichtsstandsvereinbarungen übergehen.⁴¹

Zumindest mit Bezug auf letzteres ist bei einer Übernahme dieser Rechtsprechung in der Schweiz Zurückhaltung geboten. Die Schweizer Gerichte sind an die Rechtsprechung des EuGH nicht gebunden, sie haben den Grundsätzen in dieser Rechtsprechung (genauso wie der Rechtsprechung aller Gerichte in den Lugano-Staaten) bloss gebührend Rechnung zu tragen.⁴² Namentlich haben die Entscheidungen des EuGH keine staatsvertraglich erhöhte Geltungskraft gegenüber den Entscheidungen anderer Gerichte der Lugano-Staaten. «Rechnung tragen» ist nicht gleich «befolgen». Die Rechnung kann so oder anders ausfallen. Mit Bezug auf den CDC-Entscheid sollte allerdings schon eine einschränkende Auslegung der Erwägungen des EuGH Kollateralschäden für Gerichtsstandsvereinbarungen im Allgemeinen verhindern.

V. Einlassung durch die Hintertür

Wenn alles andere nicht mehr hilft, kann sich ein an sich abgewähltes Gericht Zuständigkeit immer noch durch die Hintertür verschaffen. Art. 24 LugÜ bewirkt Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichts durch Einlassung

⁴⁰ Vgl. WURMNEST, S. 246.

⁴¹ KODEK, RZ. 18; ROTH, S. 326 (je mit weiteren Hinweisen).

⁴² Vgl. Protokoll 2 Art. 1 Abs. 1 LugÜ.

der Beklagten. Das ist unter Zivilprozessrechtlern im Grundsatz selbstverständlich und deshalb eigentlich nicht der Rede wert. Die Praxis lehrt anderes. Ein Beispiel:

Vor dem erstinstanzlichen *Tribunal de Grand Instance de Grasse* klagte im Jahr 2005 ein französisches Ehepaar gegen eine Schweizer Bank wegen angeblich unsorgfältiger Vermögensverwaltung. Klägerin 1 war die Ehefrau, Kläger 2 der Ehegatte. Bankkunde war nur der Ehegatte. Der Bank war die Ehefrau offenbar nicht bekannt. Die Bankverträge sahen die ausschliessliche Zuständigkeit der Schweizer Gerichte vor. Die beklagte Bank beantragte Nichteintreten auf die Klage der Klägerin 1 mangels Aktivlegitimation und Nichteintreten auf die Klage des Klägers 2 mangels Zuständigkeit.

Das *TGI Grasse* entschied antragsgemäss, auf die Klage der Klägerin 1 mangels Aktivlegitimation nicht einzutreten («*irrecevable pour défaut de qualité*»), trat hingegen auf die Klage des Klägers 2 ein – und dies nicht etwa, weil es sich um eine Verbrauchersache im Sinne von Art. 13 ff. LugÜ 1988 gehandelt hätte, sondern aufgrund von Einlassung. Nach einer Rechtsprechung der *Cour de cassation, 2ème chambre civile*, reicht es nämlich nicht, in der ersten Stellungnahme die Unzuständigkeitseinrede zu erheben. Die Einrede muss vielmehr *am Anfang* der ersten Eingabe stehen. Im vorliegenden Fall hat die Beklagte in der ersten Eingabe zunächst kurz das Verhältnis der beiden Kläger zur Bank dargestellt, um dann auszuführen, dass die Klägerin 1 mit dem Streit nichts zu tun hat und der Kläger 2 eine Gerichtsstandsvereinbarung unterschrieben hat (und deshalb die Zuständigkeit fehlt). Das *TGI Grasse* hat diese Reihenfolge bereits als Einlassung gewertet.⁴³

Ein Irläufer, müsste man denken. Nur hat die *Cour d'appel d'Aix-en-Provence* diesen Entscheid 2008 bestätigt.⁴⁴ Die wie in Frankreich üblich kurze Begründung lautete:

«Il s'ensuit que l'exception d'incompétence est irrecevable pour avoir été soulevée après une fin de non-recevoir, peu important que ces incidents aient été présentés dans les mêmes conclusions.

L'irrecevabilité de l'exception d'incompétence s'applique à l'ensemble du litige, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre Mme [X], contre laquelle la fin de non-recevoir a été dirigée, et M. [X], non concerné par la fin de non-recevoir.»

In der Schweiz würde eine solche Begründung zumindest als überspitzter Formalismus gelten. Eine Anfechtung vor der *Cour de cassation* hätte wohl auch in Frankreich gute Chancen gehabt. Die Parteien haben sich aber verglichen. Ein Entscheid der *Cour de cassation* wäre hilfreich gewesen. Es hat

⁴³ TGI Grasse, No. 05/04867, 29.3.2007.

⁴⁴ CA Aix-en-Provence, No. 07/07758, 24.1.2008.

sich nämlich herausgestellt, dass nur die Zweite Zivilkammer die Reihenfolge der Vorbringen innerhalb der ersten Stellungnahme berücksichtigte.⁴⁵ Die Erste Zivilkammer und die *Chambre sociale* liessen genügen, dass irgendwo in der ersten Stellungnahme die Unzuständigkeitseinrede erhoben wird.⁴⁶

Es kann dahingestellt bleiben, ob die eine oder andere Rechtsprechung der *Cour de cassation* heute noch in Kraft ist, und ob die Entscheidungen der provençalischen Gerichte sich auch unter der Rechtsprechung der Zweiten Zivilkammer rechtfertigen liessen. Der EuGH hat in seiner Entscheidung Elefantenschuh 1981 festgehalten, dass die Unzuständigkeitseinrede *«keinesfalls mehr nach Abgabe derjenigen Stellungnahme erhoben werden kann, die nach dem innerstaatlichen Prozessrecht als das erste Verteidigungsvorbringen vor dem angerufenen Gericht anzusehen ist.»*⁴⁷ Das nächste Mal müsste der EuGH vielleicht präzisieren, dass *«nach Abgabe»* zeitlich, nicht örtlich gemeint sei.

Die französischen Gerichte sind nicht die einzigen mit überschüssenden Einlassungs-Tendenzen. Aus eigener Erfahrung ist mir ein Fall in Chile bekannt, bei dem die ausländische Beklagte in einer ersten Eingabe mit zwei prozessualen Anträgen, den ersten auf Nichtigkeit des Verfahrens mangels Zuständigkeit, den zweiten auf Nichteintreten ebenfalls mangels Zuständigkeit, die Unzuständigkeit geltend machte. Das erstinstanzliche Gericht der Hauptstadt Santiago de Chile entschied am 11. Januar 2008 im Fall Nr. 4342-2006, dass der erste Antrag unzulässig war (obwohl vom Gesetz explizit vorgesehen), und am 6. März 2008, dass der zweite Antrag nicht zu prüfen sei, da sich die Beklagte durch den ersten, unzulässigen Antrag auf den Prozess eingelassen habe.⁴⁸

Diese Beispiele zeigen, wie harmlose, ja selbstverständliche Institute des Zivilprozessrechts in den Händen kreativer Gerichte zur unerwarteten Gefahr für die bewusst geplante und vereinbarte Vorhersehbarkeit der Zuständigkeit werden können.

⁴⁵ Cass. 2ème Civ., No. 02-19.694, 8.7.2004, ohne Hinweis auf abweichende Rechtsprechung der Ersten Zivilkammer.

⁴⁶ Cass. 1ère Civ., No. 93-20.871, 6.2.1996, unter Hinweis auf ständige Rechtsprechung. Bestätigt in Cass. Soc., No. 02-41.870, 23.2.2005.

⁴⁷ EuGH, 24.6.1981, Rs. 150/80 *Elefanten Schuh GmbH g. Pierre Jacqmain*, Rz. 16.

⁴⁸ Die Parteien machten nach dieser und anderen Erfahrungen das einzig Vernünftige: Sie entschieden, nachträglich eine Schiedsvereinbarung abzuschliessen, um weitere Extravaganzen der chilenischen Gerichte zu vermeiden.

VI. Fazit: Fortschritt Ja – Gefahr von Rückschritten leider auch Ja

«Die Zuständigkeitsvorschriften sollten in hohem Masse vorhersehbar sein.» So beginnt die Erwägung 15 der EuGVVO 2012. Der Rest der Erwägung fokussiert dann auf den Wohnsitz des Beklagten, dem civilistischen «*judge naturel*», wobei allerdings die Vertragsfreiheit vorbehalten bleibt. Zu Recht: Gerichtsstandsvereinbarungen, vor allem soweit sie ausschliessliche Wirkung haben, dienen der Vorhersehbarkeit noch mehr als Wohnsitze, die ändern können und für die Gegenpartei nicht immer leicht bestimmbar sind. In den letzten Jahrzehnten haben die Gesetzgeber traditionelle Berührungsängste zunehmend abgelegt unter gerechtfertigtem Vorbehalt von Vorschriften zum Schutz typischerweise schwächerer Parteien.

Umso bedauerlicher ist, dass Gerichte immer wieder Gründe finden, Gerichtsstandsvereinbarungen auch ohne sozialpolitische Notwendigkeit ins Leere laufen zu lassen und damit unvorhersehbare Ergebnisse bescheren. Dieser Beitrag beleuchtete drei ausgewählte Problemfelder, die in der Praxis wichtig sind. Sie sollen als Warnung dienen vor weiterer kreativer Rechtsprechung, welche sicher immer gut gemeint ist, aber ihre Konsequenzen in der Praxis vielleicht doch nicht ganz zu überblicken vermag.

Literaturverzeichnis

- ANCEL BERTRAND/CUNIBERTI GILLES, JdT Lux. 2013, S. 8 ff. (zit. ANCEL/CUNIBERTI)
- D'AVOUT LOUIS, Clauses attributives asymétriques, Rechtsprechungsübersicht, Recueil Dalloz 193/35, 19.10.2017, S. 2070 f. (zit. D'AVOUT)
- BARBET JÉRÔME, Invalidité en droit européen d'une clause optionnelle unilatérale offrant la faculté à une seule partie d'agir devant les juridictions de deux États différents, ainsi que devant «tout autre tribunal compétent», Cahiers de l'arb. 2013, S. 443 ff. (zit. BARBET)
- BORN GARY B./RUTLEDGE PETER B., International Civil Litigation in United States Courts, 5. Aufl., New York 2011 (zit. BORN/RUTLEDGE)
- CORNELOUP SABINE, Wirksamkeit und Drittwirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen. Die Cour de cassation zwischen europäischer Auslegung und Versuchung des nationalen Alleingangs, IPRax 3/2017, S. 309 ff. (zit. CORNELOUP)

- DASSER FELIX/OBERHAMMER PAUL (Hrsg.), Kommentar zum Lugano Übereinkommen (LugÜ), 2. Aufl, Bern 2011 (zit. SHK LugÜ-AUTOR/IN, Art. N)
- DRAGUIEV DEYAN, Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability, J. of Int'l Arb. 2014, S. 19 ff. (zit. DRAGUIEV)
- FENTIMAN RICHARD, Unilateral Jurisdiction Agreements in Europe, The Cambridge L. J. 2013, S. 24 ff. (zit. FENTIMAN)
- Financial Markets Law Committee, Issues of Legal Uncertainty Arising in the Context of Asymmetric Jurisdiction Clauses (July 2016), abrufbar unter <http://www.fmlc.org/paper-on-asymmetric-jurisdiction-clauses.html> (zit. Financial Markets Law Committee)
- FREITAG ROBERT, Halbseitig ausschliessliche Gerichtsstandsvereinbarungen unter der Brüssel I-VO, in: PETER MANKOWSKI/WOLFGANG WURMNEST (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Magnus, München 2014, S. 419 ff. (zit. FREITAG)
- HAUSMANN RAINER, Invalidity of Unilateral Jurisdiction Clauses under Article 23 Brussels I Regulation?, The European Legal Forum 2013, S. 37 ff. (zit. HAUSMANN)
- KODEK GEORG, Gerichtsstandsvereinbarungen im Kartellrecht, in: DIETMAR CZERNICH/REINHOLD GEIMER (Hrsg.), Streitbeilegungsklauseln im internationalen Vertragsrecht, München 2017, S. 27 ff. (zit. KODEK)
- KROPHOLLER JAN/VON HEIN JAN, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 2011 (zit. KROPHOLLER/VON HEIN, Art. N)
- LEHMANN MATTHIAS/GRIMM ALEXANDER, Zulässigkeit asymmetrischer Gerichtsstandsvereinbarungen nach Art. 23 Brüssel I-VO, ZEuP 2013, S. 890 ff. (zit. LEHMANN/GRIMM)
- MÜLLER THOMAS/WIRTH MARKUS (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Zürich 2001 (zit. MÜLLER/WIRTH Komm.-AUTOR/IN, Art. N)
- NIGGEMANN FRIEDRICH, Eine Entscheidung der Cour de cassation zu Art. 23 EuGVVO – Fehlende Einigung, fehlende Bestimmbarkeit des vereinbarten Gerichts oder Inhaltskontrolle?, IPRax 2014, S. 194 ff. (zit. NIGGEMANN)
- OETIKER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK LugÜ-AUTOR/IN, Art. N)
- RAUSCHER THOMAS (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl., Köln 2015 (zit. RAUSCHER Komm.-AUTOR/IN, Art. N)

ROTH WULF-HENNING, Internationale Zuständigkeit bei Kartelldeliktsklagen, IPRax 2016, S. 318 ff. (zit. ROTH)

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG), Basel 2001 (zit. BSK GestG-AUTOR/IN, Art. N)

WURMNEST WOLFGANG, International Jurisdictions in Competition Damages Cases under the Brussels I Regulation: *CDC Hydrogen Peroxide*, Common Market Law Review 2016, S. 225 ff. (zit. WURMNEST)

Entwicklungen im schweizerischen internationalen Niederlassungskonkursrecht

TANJA DOMEJ: Prof. Dr. iur., Ordinaria für Zivilverfahrensrecht, Privatrecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich/
MARJOLAINE JAKOB: Dr. iur., RAin

Inhaltsverzeichnis

I.	Geltende gesetzliche Regelung	39
II.	Revision	42
	A. VE-IPRG	42
	B. E-IPRG und revIPRG	43
III.	Würdigung	44
IV.	Fazit.....	49
	Literaturverzeichnis	50
	Materialienverzeichnis.....	52

I. Geltende gesetzliche Regelung

Das schweizerische internationale Insolvenzrecht zeichnet sich durch eine eigentümliche Verbindung von Protektionismus und Offenheit gegenüber ausländischen Insolvenzrechten aus. Es gestattet auch im Fall einer Anerkennung einer ausländischen Insolvenzeröffnung keinen unmittelbaren Zugriff ausländischer Insolvenzverwaltungen auf schweizerisches Vermögen. Die Revision des 11. Kapitels des IPRG (revIPRG) hält an diesem Modell grundsätzlich fest; nur auf Antrag der ausländischen Konkursverwaltung und nur mangels angemeldeter Forderungen von Gläubigern, die in den Kollokationsplan des Hilfskonkursverfahrens aufzunehmen wären, kann künftig auf die Durchführung eines Hilfskonkursverfahrens verzichtet werden (Art. 174a Abs. 1 revIPRG).

Die Schweiz verzichtet allerdings darauf, ihre eigenen Vorstellungen über die Rangordnung der Insolvenzgläubiger in Bezug auf inländisches Vermögen unbedingt durchzusetzen. Im Hilfskonkursverfahren können nur bevorrechtigte Gläubiger nach Art. 172 Abs. 1 IPRG, d.h. Gläubiger von pfandgesicherten Forderungen (Art. 219 Abs. 1 SchKG), die durch einen in der Schweiz gelegenen Pfandgegenstand gesichert sind (lit. a) sowie Gläubiger privilegierter Forderungen (Art. 219 Abs. 4 *Erste Klasse* und *Zweite Klasse* SchKG) mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz (lit. b) befriedigt werden. Sonstige Gläubiger müssen ihre Forderungen im ausländischen Hauptinsolvenzverfahren anmel-

den. Sie profitieren vom Hilfskonkursverfahren nur mittelbar, nämlich durch die Ausschüttung des Überschusses aus diesem Verfahren an die ausländische Insolvenzmasse nach Anerkennung des ausländischen Kollokationsplanes (Art. 173 IPRG).

Zum Schutz der inländischen Gläubiger wird immerhin geprüft, ob diese im ausländischen Kollokationsplan «angemessen» berücksichtigt wurden (Art. 173 Abs. 3 IPRG). Ist das nicht der Fall, so wird der Kollokationsplan nicht anerkannt und der Überschuss aus dem Hilfskonkursverfahren an die inländischen nicht privilegierten Gläubiger ausgeschüttet (Art. 174 Abs. 1 IPRG). Im Übrigen aber müssen sich diese Gläubiger an das ausländische Insolvenzverfahren halten.

Verfügt ein im Ausland domizilierter Gemeinschuldner in der Schweiz über eine (Geschäfts-)Niederlassung, so kann er nach Art. 50 Abs. 1 SchKG für auf Rechnung der schweizerischen Niederlassung eingegangene Verbindlichkeiten an deren Sitz betrieben werden.¹ Abhängig davon, ob die Niederlassung im Handlungsregister eingetragen ist, erfolgt die Fortsetzung der Betreuung als Betreuung auf Pfändung resp. Pfandverwertung, oder es wird der Konkurs über die Niederlassung eröffnet, was zu einem Niederlassungskonkursverfahren führt.² Dieser unterliegt nicht den Regelungen des 11. Kapitels des IPRG, sondern dem SchKG.

Wird über einen Gemeinschuldner, der eine in der Schweiz im Handelsregister eingetragene Niederlassung betreibt, im Ausland ein Insolvenzverfahren eröffnet, so stellt sich die Frage des Zusammenspiels eines Niederlassungskonkursverfahrens nach Art. 50 Abs. 1 SchKG und eines etwaigen Hilfskonkursverfahrens nach Art. 170 IPRG infolge einer Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekrets gemäss Art. 166 Abs. 1 IPRG. Als Koordinationsnorm enthält Art. 166 Abs. 2 IPRG für solche Konstellationen einen Vorbehalt zugunsten des Niederlassungskonkursverfahrens.³ Danach ist ein Niederlassungskonkursverfahren bis zur Rechtskraft des im Hilfskonkursverfahren zu erstellenden Kollokationsplans (Art. 172 IPRG) zulässig.⁴ Niederlassungs- sowie Hilfskonkursverfahren können folglich parallel zueinander verlaufen.⁵

Im Niederlassungskonkursverfahren können jegliche Forderungen schweizerischer sowie ausländischer Gläubiger nach Art. 219 SchKG, d.h. unabhängig

¹ Dazu im Detail KÄLIN, S. 189 ff.

² KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Rz. 335.

³ KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 374.

⁴ Bis zu diesem Zeitpunkt muss die Pfändung angekündigt (STAEHELIN, Anerkennung, S. 106 f.) oder der Konkurs über die Niederlassung angedroht sein (BSK IPRG-BERTI MABILLARD, Art. 166 IPRG, N 46; CHK-GASSMANN, Art. 166 IPRG N 15).

⁵ ZK IPRG-VOLKEN, Art. 166 IPRG, N 109; RODRIGUEZ, Zuständigkeiten, Rz. 700 ff.; DERS., SZIER 2015, S. 406.

von einer Privilegierung, befriedigt werden, sofern sie aus dem Geschäftsbetrieb der Niederlassung stammen.⁶ Die gesetzliche Formulierung, es müsse sich um Verbindlichkeiten handeln, die «auf Rechnung» der Niederlassung «eingegangen» worden seien, ist insofern missverständlich, als auch ausservertragliche Forderungen umfasst sind.⁷ Anders als nach Art. 45 Abs. 1 EuInsVO können sich allerdings weitere (in- oder ausländische) Gläubiger, deren Forderungen keinen Zusammenhang mit der Niederlassung aufweisen, nicht am Niederlassungskonkurs beteiligen.⁸

Das Niederlassungskonkursverfahren hat Vorrang vor einem parallel geführten Hilfskonkursverfahren⁹ und damit im Ergebnis auch vor dem ausländischen Hauptinsolvenzverfahren. Wird das Niederlassungskonkursverfahren vor dem Hilfskonkursverfahren eröffnet, so bleiben die der Niederlassung zugehörigen Vermögenswerte von Beginn an der Zuführung zur Hilfskonkursmasse entzogen.¹⁰ Ein späteres Hilfskonkursverfahren erfasst nur das übrige in der Schweiz gelegene Vermögen des ausländischen Gemeinschuldners.¹¹ Wird das Hilfskonkursverfahren zuerst eröffnet, so erfasst es zunächst zwar alle in der Schweiz gelegenen Aktiven einschliesslich jener der Niederlassung,¹² bei nachfolgender Eröffnung eines Niederlassungsverfahrens müssen aber die der Niederlassung zugehörigen Vermögenswerte aus der Hilfskonkursmasse ausgesondert werden.¹³ Dementsprechend kann es geschehen, dass nach Befriedigung der Niederlassungsgläubiger kein Substrat mehr übrig bleibt.¹⁴ Die Auffassung, auch nicht der Geschäftsniederlassung zugehöriges inländisches Vermögen falle in die Aktivmasse des Niederlassungskonkurses,¹⁵ dürfte allerdings zumindest bei paralleler Hängigkeit eines Hilfskonkursverfahrens nicht mehr haltbar sein.

Ausgeschlossen sind Einzelvollstreckungsverfahren in Bezug auf vor Eröffnung des Hilfskonkursverfahrens entstandene Forderungen (Art. 170 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 206 SchKG). Gläubigern einer nicht im Handelsregister eingetragenen Niederlassung steht in einem derartigen Fall daher nur die

⁶ HUNKELER/WOHL, Rz. 10. Vgl. auch Erläuternder Bericht, S. 10.

⁷ Näher BSK SchKG-SCHMID, Art. 50 SchKG, N 13.

⁸ HANISCH, S. 743.

⁹ Vgl. Botschaft, S. 4129; Erläuternder Bericht, S. 10; KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 374; HANISCH, S. 743; REISER, S. 325 f.; STAEHELIN, Anerkennung, S. 101.

¹⁰ BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 166 IPRG, N 46.

¹¹ ZK IPRG-VOLKEN, Art. 166 IPRG, N 116.

¹² ZK IPRG-VOLKEN, Art. 166 IPRG, N 117; KÄLIN, S. 199.

¹³ BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 166 IPRG, N 46; ZK IPRG-VOLKEN, Art. 166 IPRG, N 117.

¹⁴ Vgl. KREN KOSTKIEWICZ, BISchK 1993, S. 13. Zur Frage, ob ein Überschuss aus dem Niederlassungsverfahren an die Hilfskonkursmasse auszuschütten sei, vgl. HANISCH, S. 743.

¹⁵ So BSK SchKG-SCHMID, Art. 50 SchKG, N 27 m.w.N. zum Meinungsstand.

Teilnahme am Hilfskonkursverfahren und/oder am ausländischen Hauptinsolvenzverfahren offen, nicht aber ein gesonderter Zugriff auf die der Niederlassung zugehörigen Vermögenswerte.

II. Revision

Im Rahmen der laufenden Revisionsarbeiten zum schweizerischen internationalen Konkursrecht wurde im VE-IPRG¹⁶ insbesondere auch eine Änderung der in Art. 166 Abs. 2 IPRG enthaltenen Koordinationsnorm vorgeschlagen. Als Folge der kritischen Rückmeldungen im Vernehmlassungsverfahren erfuhr die mit Art. 166 Abs. 2 VE-IPRG vorgeschlagene Regelung im bundesrätlichen Gesetzesentwurf¹⁷ eine wesentliche Anpassung (vgl. Art. 166 Abs. 2 und 3 E-IPRG); in dieser Form wurde die Norm in der Folge beschlossen (Art. 166 Abs. 2 und 3 revIPRG).

A. VE-IPRG

Nach Art. 166 Abs. 2 VE-IPRG sollte ein Niederlassungskonkursverfahren nur noch zulässig sein, solange noch kein Antrag auf Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekrets nach Art. 166 Abs. 1 VE-IPRG gestellt worden wäre. Nach einem solchen Antrag sollten Niederlassungsgläubiger ihre Forderungen nur noch im ausländischen Hauptinsolvenzverfahren anmelden können; am schweizerischen Hilfskonkursverfahren hätten sie nur unter den Voraussetzungen des Art. 172 IPRG partizipieren können. Damit sollten insbesondere Probleme bei der Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Hilfskonkursmasse vermieden werden.¹⁸

Im Ergebnis hätte dies die Lage privilegierter ausländischer Gläubiger mit Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb der Niederlassung signifikant verschlechtert. Betroffen wären davon namentlich ausländische Arbeitnehmer einer inländischen Niederlassung gewesen, die nach geltendem Recht im Niederlassungsverfahren bevorrechtigt befriedigt werden.¹⁹ Aber auch (schweizerische wie ausländische) Niederlassungsgläubiger von Forderungen nach Art. 219 Abs. 4 *Dritte Klasse* SchKG wären im Vergleich zur bestehenden Rechtslage deutlich schlechter gestellt worden. Für die in Art. 172 Abs. 1 lit. b IPRG genannten inländischen privilegierten Gläubiger hätte sich die

¹⁶ Vorentwurf zur Änderung des IPRG.

¹⁷ Entwurf zur Änderung des IPRG, S. 4149.

¹⁸ Erläuternder Bericht, S. 11; HUNKELER/WOHL, Rz. 10.

¹⁹ DOMEJ/HAAAS/JAKOB, S. 8.

Lage hingegen gebessert – denn sie hätten privilegierten Zugriff auf das Vermögen der Niederlassung erhalten, auch wenn ihre Forderungen nichts mit deren Geschäftsbetrieb zu tun gehabt hätten.

Im Vernehmlassungsverfahren stiess die vorgeschlagene Zurückdrängung des Niederlassungskonkurses auf erhebliche Kritik. Teils wurde insbesondere die ungerechtfertigte Benachteiligung ausländischer Arbeitnehmer bemängelt,²⁰ teils auf die Schutzwürdigkeit des Vertrauens der Niederlassungsgläubiger auf die Liquidierung des Vermögens der Niederlassung nach den schweizerischen Regeln gepocht.²¹ Hingewiesen wurde ferner auf die mögliche Gefährdung von Sanierungsbemühungen dadurch, dass für Niederlassungsgläubiger die möglichst rasche Herbeiführung eines Niederlassungsverfahrens attraktiv geworden wäre.²² Auch die Abweichung gegenüber dem Bankenkonzurs, die mit der Neuregelung entstanden wäre, wurde kritisiert.²³

Von anderer Seite wurde die mit dem Wegfall einer Parallelität von Hilfs- und Niederlassungskonzurs verbundene Vereinfachung jedoch befürwortet und vorgeschlagen, ein vor dem Hilfsverfahren eröffnetes Niederlassungsverfahren in das Hilfsverfahren zu integrieren oder die Möglichkeit der Eröffnung eines Niederlassungsverfahrens noch weiter zurückzudrängen.²⁴

B. E-IPRG und revIPRG

Als Folge der Kritik im Vernehmlassungsverfahren wurde die Koordinationsnorm zum Verhältnis von Niederlassungs- und Hilfskonzursverfahren angepasst.²⁵ Mit der nunmehr verwirklichten Neuregelung sollen ausweislich der Botschaft Probleme in der Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Hilfskonzursverfahren behoben werden, bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung des Schutzes der Niederlassungsgläubiger.²⁶ Zu diesem Zweck sieht Art. 166 Abs. 2 revIPRG vor, dass ein Niederlassungskonzursverfahren nach Art. 50 Abs. 1 SchKG künftig bis zur Veröffentlichung der Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekrets nach Art. 169 IPRG zulässig ist. Für den Fall, dass ein Niederlassungskonzursverfahren im Zeitpunkt der vorgenannten Veröffentlichung bereits eröffnet wurde und in diesem Verfahren die Frist zur Erhebung einer Kollokationsklage nach Art. 250 SchKG noch nicht abgelaufen ist, wird das Niederlassungskonzursverfahren nach Anerkennung des ausländ-

²⁰ DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 8.

²¹ STAEHELIN, Vernehmlassung, S. 2; vgl. auch BLOETZER, S. 3, PETER, S. 3.

²² DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 8.

²³ STAEHELIN, Vernehmlassung, S. 2.

²⁴ MARKUS, S. 8 f.

²⁵ Botschaft, S. 4132.

²⁶ Botschaft, S. 4139.

dischen Insolvenzdekrets eingestellt (Art. 166 Abs. 3 revIPRG). Im Niederlassungskonkursverfahren bereits angemeldete Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 revIPRG werden künftig in den Kollokationsplan des Hilfskonkursverfahrens aufgenommen (Art. 166 Abs. 3 revIPRG).

Daher erfolgt nunmehr auch eine Ergänzung von Art. 172 Abs. 1 IPRG, wonach im Kollokationsplan des Sekundärkonkursverfahrens auch Forderungen aus Verbindlichkeiten berücksichtigt werden, die auf Rechnung einer im schweizerischen Handelsregister eingetragenen Niederlassung des (ausländischen) Gemeinschuldners eingegangen worden sind (Art. 172 Abs. 1 lit. c revIPRG). Diese Erweiterung des Befriedigungsrechts im Rahmen des Hilfskonkursverfahrens wird auch ohne Beantragung eines Niederlassungskonkursverfahrens eingreifen.²⁷ In Zukunft werden daher in der Schweiz gelegene Vermögenswerte nicht schon nach Befriedigung allfälliger bis anhin nach Art. 172 Abs. 1 lit. a und lit. b IPRG bevorrechtigter Gläubiger an die ausländische Insolvenzmasse ausgehändigt, sondern erst, wenn auch etwaige Niederlassungsgläubiger befriedigt worden sind. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die nach Art. 172 Abs. 1 lit. c revIPRG zu kollozierenden Forderungen von Niederlassungsgläubigern auch Forderungen nach Art. 219 Abs. 4 *Dritte Klasse* SchKG umfassen, und zwar unabhängig vom (in- oder ausländischen) Wohnsitz der Niederlassungsgläubiger.²⁸ Diese Gläubiger sind für eine Befriedigung ihrer Forderungen nicht mehr zwingend auf die Eröffnung eines Niederlassungsverfahrens angewiesen, wodurch eine erhebliche prozessuale Besserstellung erreicht wird.²⁹

III. Würdigung

Die Zusammenführung von Hilfs- und Niederlassungskonkurs macht eine (in der Praxis manchmal schwierige) Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Hilfskonkursmasse überflüssig, soweit die Aktivseite betroffen ist. Sie vermeidet damit einen in den Erläuterungen zum Vorentwurf sowie in der Botschaft prominent hervorgehobenen Nachteil einer parallelen Durchführung dieser Verfahren.³⁰ Eine solche Parallelführung wird konsequenter unterbunden als im Vorentwurf – denn nach diesem wären parallele Verfahren nicht ausgeschlossen, sondern durch die Vorverlegung der zeitlichen Schranke in Art. 166 Abs. 2 VE-IPRG lediglich erschwert worden. Zugleich wird der im

²⁷ Botschaft, S. 4140.

²⁸ Botschaft, S. 4139.

²⁹ Botschaft, S. 4132.

³⁰ Vgl. Botschaft, S. 4129, 4137; Erläuternder Bericht, S. 4; vgl. auch JEANNERET, S. 171 ff.; RODRIGUEZ, Zuständigkeiten, Rz. 703.

Vernehmlassungsverfahren vielfach kritisierte weitestgehende Entzug des Schutzes der Niederlassungsgläubiger vermieden.

Hingegen beseitigt die beschlossene Regelung keineswegs das bestehende Ungleichgewicht zwischen Niederlassungsgläubigern und sonstigen Gläubigern des ausländischen Konkursiten, und zwar auch nicht, soweit nur inländische Gläubiger betroffen sind. Es entfällt immerhin das Risiko für nach Art. 172 Abs. 1 IPRG bevorrechtigte Gläubiger, für nicht aus dem Betrieb der Niederlassung stammende Forderungen im Hilfskonkursverfahren keine Deckung zu erhalten, während nicht bevorrechtigte Niederlassungsgläubiger im vorrangigen Niederlassungsverfahren vollständig oder teilweise befriedigt werden könnten.³¹ Inländische Drittklassgläubiger werden hingegen weiterhin ganz unterschiedlich behandelt, je nachdem, ob ihre Forderungen aus dem Betrieb der hiesigen Niederlassung stammen oder nicht.

Mit der Umsetzung des bundesrätlichen Entwurfs verschlechtern sich die Befriedigungsaussichten für (inländische ebenso wie ausländische) Drittklassgläubiger, deren Forderungen nicht aus dem Betrieb der Niederlassung stammen und daher auch nach Art. 172 Abs. 1 E-IPRG im Hilfskonkursverfahren nicht kolloziert würden, tendenziell sogar. Auch Vermögen (etwa ein in der Schweiz geführtes Bankkonto), das in keinem Zusammenhang mit der inländischen Niederlassung stünde, wird nämlich (nach Befriedigung der inländischen privilegierten Gläubiger und der privilegierten Niederlassungsgläubiger) zunächst zur Befriedigung der Niederlassungs-Drittklassgläubiger herangezogen; die Ausschüttungen an die ausländische Hauptinsolvenzmasse und damit im Ergebnis auch an die im inländischen Verfahren nicht berücksichtigten sonstigen Drittklassgläubiger sinken im Ergebnis.

Die Lösung für dieses Problem kann nun kaum darin liegen, sonstige inländische Drittklassgläubiger zum hiesigen Sekundärkonkursverfahren zuzulassen, d.h. nur noch den Überschuss nach Befriedigung aller inländischen Gläubiger (sowie der ausländischen Niederlassungsgläubiger) an die ausländische Hauptinsolvenzmasse auszuschütten. Solches wäre geradezu chauvinistisch und würde den Ansprüchen, die an ein modernes internationales Insolvenzrecht zu stellen sind, in keiner Weise gerecht. Zudem könnte ein derartiger sachwidriger «Heimatschutz» einen Anreiz für ausländische Staaten schaffen, schweizerische Gläubiger in ihren Insolvenzverfahren schlechter zu behandeln.

Ernsthaft in Erwägung zu ziehen wären daher nur zwei Lösungen, die das beschriebene Ungleichgewicht zwischen inländischen Niederlassungs- und Nicht-Niederlassungsgläubigern vermeiden würden und zugleich beide ohne die Notwendigkeit einer Abgrenzung von Niederlassungs- und Hilfskonkurs-

³¹ Hierzu RODRIGUEZ, Zuständigkeiten, Rz. 703.

masse zumindest hinsichtlich der Masseaktiven auskämen: zum einen der Verweis auch der Drittklassgläubiger mit Forderungen aus dem Betrieb der Niederlassung auf das ausländische Hauptinsolvenzverfahren, zum anderen die Zulassung sämtlicher (in- und ausländischer) Gläubiger zum inländischen Sekundärkonkurs in Fällen, in denen der Gemeinschuldner im Inland über eine Geschäftsniederlassung i.S.v. Art. 50 Abs. 1 SchKG verfügt.

Die erstgenannte Möglichkeit wäre mit einem geringeren Verfahrensaufwand für die inländischen Behörden verbunden. Sie würde nur erfordern, auch ausländische privilegierte Gläubiger, deren Forderungen aus dem Betrieb einer inländischen Geschäftsniederlassung stammen, im inländischen Hilfskonkurs zu berücksichtigen. Ohnehin – und unabhängig von der Frage des Niederlassungskonkurses – könnte man zumindest im Hinblick auf die in Art. 219 Abs. 4 *Erste Klasse* und *Zweite Klasse* SchKG geregelten Arbeitnehmerforderungen und familienrechtlichen Forderungen durchaus hinterfragen, inwiefern eine Beschränkung des Schutzes auf Gläubiger mit inländischem Wohnsitz gerechtfertigt ist. Insbesondere ist bei Arbeitnehmenden in Zeiten verstärkten Grenzgängertums ein Abstellen auf den Wohnsitz fragwürdig. Wenn man hier eine territoriale Einschränkung vornehmen will, böte sich eher der gewöhnliche Arbeitsort als Bezugspunkt an. Die gegenwärtige Regelung des Art. 172 Abs. 1 lit. b IPRG lässt nicht zuletzt auch den inneren Zusammenhang zwischen der Privilegierung von Arbeitnehmerforderungen und dem Sozialversicherungsrecht ausser Acht. Freilich würde auch eine Anknüpfung an den gewöhnlichen Arbeitsort der Komplexität des internationalen Sozialversicherungsrechts nicht gerecht; eine solche Lösung liesse sich aber sachlich zumindest leichter rechtfertigen als die bestehende. Mit einer solchen Anpassung des Art. 172 IPRG entfielen ein gewichtiges Argument für die Beibehaltung des Niederlassungskonkurses.

Allerdings wäre eine Lösung wie die soeben skizzierte sehr einseitig auf die Interessen der privilegierten Gläubiger ausgerichtet. Die gegenwärtige Bevorzugung³² des Niederlassungskonkursverfahrens vor dem Hilfskonkursverfahren schützt aber nicht nur die privilegierten Gläubiger, sondern auch die (*de facto* meist inländischen) Drittklassgläubiger, die Verträge mit der schweizerischen Niederlassung abgeschlossen haben.³³

Der erläuternde Bericht zum Vorentwurf stellt ein schutzwürdiges Interesse dieser Gläubiger an einem Niederlassungsverfahren in Frage.³⁴ Es greift aber zu kurz, nur auf (nach inländischem Recht) privilegierte Gläubiger und deren Interesse an der Wahrung ihrer privilegierten Stellung zu blicken. Vielmehr ist auch das Interesse der nicht privilegierten Gläubiger daran zu berücksich-

³² Botschaft, S. 4129; Erläuternder Bericht, S. 10; HUNKELER/WOHL, Rz. 10.

³³ Vgl. dazu nur RODRIGUEZ, Zuständigkeiten, Rz. 869.

³⁴ Erläuternder Bericht, S. 11.

tigen, dass die Masse im Konkursfall nicht durch im ausländischen Recht vorgesehene Gläubigerprivilegien erschöpft wird.³⁵ Überdies kann es gerade für Niederlassungsgläubiger mit eher geringfügigen Forderungen übermässig belastend sein, anstelle der Anmeldung ihrer Forderung im inländischen Sekundärverfahren auf ein ausländisches Insolvenzverfahren verwiesen zu werden.³⁶

Es sprechen daher durchaus sachliche Gründe dafür, bei Bestand einer inländischen Geschäftsniederlassung ein Sekundärverfahren zuzulassen, an dem auch Drittklassgläubiger teilnahmeberechtigt sind. Die EuInsVO gestattet dies sogar im Verhältnis zwischen den EU-Mitgliedstaaten (Art. 3 Abs. 2 ff., Art. 34 ff. EuInsVO); umso mehr scheint es gerechtfertigt, eine solche Möglichkeit dort vorzusehen, wo keine so enge grenzüberschreitende Zusammenarbeit und kein vereinheitlichtes internationales Insolvenzrecht besteht.

Schutzwürdig ist jedoch grundsätzlich nicht das Interesse an einem exklusiven oder vorrangigen Zugriff auf Niederlassungsaktiven, sondern jenes an der Wahrung der inländischen Verteilungsprinzipien. Mit einem bevorrechtigten Zugriff der Niederlassungsgläubiger auf dem Betrieb der Niederlassung zugehöriges Vermögen – wie im geltenden Recht vorgesehen – wird im Ergebnis im Insolvenzfall für eine nicht mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete Niederlassung eines ausländischen Konkursiten (und nur eines solchen) eine vom restlichen Vermögen des Konkursiten abgetrennte Haftungsmasse geschaffen.³⁷ Dies steht im Widerspruch zum materiellen Recht, nach welchem dieses Vermögen für sämtliche Schulden des Konkursiten haftet.³⁸ Im Insolvenzfall eine De-facto-Privilegierung für Niederlassungsgläubiger beim Zugriff auf dieses Vermögen zu schaffen, bedürfte einer besonderen Rechtfertigung. Es ist schwer zu sehen, worin eine solche liegen könnte. Ein fehlendes schutzwürdiges Vertrauen sonstiger ausländischer Gläubiger auf die Möglichkeit eines inländischen Verfahrens³⁹ lässt sich dem nicht entgegenhalten; es geht hier ja weniger um den Ort des Konkursverfahrens als um den Zugriff auf die fraglichen Vermögenswerte. Eine allfällige Anrechnung des im Niederlassungskonkurs Erlangten auf die Quote im ausländischen Insolvenzverfahren (soweit vorgesehen) kann die Ungleichbehandlung nicht ohne weiteres ausgleichen.

Die stimmigste Lösung wäre daher, bei Bestand einer inländischen Niederlassung ein inländisches Sekundärverfahren zuzulassen, an dem alle in- und ausländischen Gläubiger teilnehmen können, auch wenn ihre Forderungen

³⁵ FEHRENBACH, S. 306 f.

³⁶ Zu diesem Aspekt FEHRENBACH, S. 307.

³⁷ Dazu HANISCH, S. 743; NUSSBAUM, S. 120.

³⁸ Vgl. auch STAEHELIN, Vernehmlassung, S. 2.

³⁹ So RODRIGUEZ, Zuständigkeiten, Rz. 869.

nicht aus dem Betrieb der Niederlassung stammen. Damit würde die Gläubigergleichbehandlung im Hinblick auf das Inlandsvermögen gewährleistet; zugleich entfielen die Notwendigkeit einer Abgrenzung nicht nur der Aktiv-, sondern auch der Passivmassen.⁴⁰ Ohnedies liesse sich schon *de lege lata* hinterfragen, ob die Beschränkung des Art. 50 Abs. 1 SchKG auf die Betreibung für Forderungen, die auf Rechnung der Geschäftsniederlassung eingegangen wurden, wirklich zwangsläufig die Eingabe anderer Forderungen im Niederlassungskonkurs ausschliesst.

Einzuräumen ist freilich, dass es auch in einem System wie dem hier vorgeschlagenen zu Verwerfungen kommen kann⁴¹ – wenn nämlich schweizerische Gläubiger bzw. Gläubiger der hiesigen Niederlassung im ausländischen Konkurs schlechter gestellt wären als ausländische Nicht-Niederlassungsgläubiger im Inlandsverfahren. Allenfalls könnte insofern daran gedacht werden, bei einer solchen Neugestaltung des Niederlassungskonkurses auch hier eine Kontrollstufe vergleichbar mit der im IPRG-Hilfskonkurs vorgesehenen Notwendigkeit der Anerkennung des ausländischen Kollokationsplans vorzusehen, wobei die genaue Ausgestaltung einer derartigen Kontrolle noch näherer Überlegungen bedürfte.

Eine Ausweitung des Niederlassungskonkurses auf sämtliche Gläubiger des ausländischen Gemeinschuldners zöge freilich einen höheren Verfahrensaufwand nach sich. Nun kann das aber noch kein Grund dafür sein, eine sachlich richtige Lösung abzulehnen und an der ungerechtfertigten Besserstellung einer Gläubigergruppe festzuhalten. Zudem sind durchaus Massnahmen denkbar, die den Zusatzaufwand zumindest in Grenzen halten könnten. Insbesondere ist hier an eine verstärkte Koordination zwischen dem Haupt- und dem Sekundärinsolvenzverfahren zu denken; eine solche war ohnehin eines der Ziele der Revision (vgl. den allerdings sehr allgemein gehaltenen Art. 174b revIPRG). Insbesondere könnte der Verwaltung eines in der Schweiz anerkannten ausländischen (Haupt-)Insolvenzverfahrens die Befugnis eingeräumt werden, die im ausländischen Verfahren angemeldeten Forderungen gesammelt im schweizerischen Sekundärverfahren anzumelden.⁴² Denkbar wäre es allenfalls sogar, Anmeldungen von Drittklassgläubigern, deren Forderungen nicht aus dem Geschäftsbetrieb der Niederlassung stammen, nur durch den Hauptinsolvenzverwalter zu gestatten.

Zu bedenken ist auch, dass der Anreiz für die Einleitung eines Niederlassungsverfahrens tendenziell sänke, wenn alle und nicht nur die Niederlassungsgläubiger teilnahmeberechtigt wären. Die Eröffnung des Niederlassungsverfahrens wäre aus Sicht nicht privilegierter Gläubiger bei einer

⁴⁰ Vgl. auch RODRIGUEZ, *Zuständigkeiten*, Rz. 870.

⁴¹ Dazu auch RODRIGUEZ, *Zuständigkeiten*, Rz. 870.

⁴² Vgl. zur Rechtslage im europäischen Insolvenzrecht Art. 45 Abs. 2 EuInsVO.

solchen Ausgestaltung vor allem dann attraktiv, wenn damit zu rechnen wäre, dass die ausländische Masse durch exzessive Privilegierungen ausgehöhlt würde. Wäre hingegen absehbar, dass die Niederlassungsgläubiger durch die Teilnahme am Hauptinsolvenzverfahren in Kombination mit einem inländischen Hilfsverfahren (oder dem Verzicht auf ein solches unter Überlassung der Masse an den ausländischen Hauptinsolvenzverwalter) ein vergleichbares Resultat erhalten könnten, so bestünde ein Interesse an einem Niederlassungsverfahren in erster Linie bei ausländischen privilegierten Niederlassungsgläubigern, die im Hauptinsolvenzverfahren nicht vergleichbar abgesichert wären. In solchen Situationen wäre es allenfalls auch denkbar, nach Befriedigung der privilegierten Gläubiger auf die weitere Durchführung des Niederlassungsverfahrens zu verzichten und den Überschuss nach ihrer Befriedigung der ausländischen Hauptinsolvenzverwaltung zu übergeben. Die Verzichtsmöglichkeit (Art. 174a revIPRG) könnte entsprechend ausgeweitet werden.

Unabhängig von der Ausgestaltung könnte es zweckmässig sein, alle Aspekte des internationalen Insolvenzrechts – einschliesslich des Niederlassungskonkurses – an einem Ort zu regeln, sei es im SchKG, sei es im IPRG. Insbesondere aus der Perspektive ausländischer Beteiligter wäre das zumindest der Transparenz der Rechtslage dienlich.

IV. Fazit

Die beschlossene Neuregelung des Verhältnisses zwischen Hilfs- und Niederlassungskonkurs lässt die Notwendigkeit einer Abgrenzung der Aktivmassen dieser beiden Verfahren entfallen. Hingegen wird das bestehende Ungleichgewicht zwischen den Niederlassungsgläubigern und den im Hilfskonkursverfahren nicht teilnahmeberechtigten sonstigen Drittklassgläubigern sogar verschärft: Der bevorzugte Zugriff der Niederlassungsgläubiger auf das Inlandsvermögen wird auch auf solche Vermögensgegenstände ausgeweitet, die mit der Geschäftsniederlassung, aus deren Betrieb die fraglichen Forderungen stammen, nichts zu tun haben.

Zwei Auswege aus dem Dilemma wären denkbar: Die Beschränkung des Teilnahmerechts am Niederlassungskonkurs auf privilegierte Forderungen oder die Zulassung sämtlicher (in- und ausländischer) Gläubiger zu diesem Verfahren. Die zweitgenannte Option ist grundsätzlich vorzugswürdig. Der damit möglicherweise (aber zumindest in einer Globalbetrachtung nicht zwangsläufig) verbundene höhere Verfahrensaufwand dürfte durch geeignete Massnahmen zur Koordination mit dem Hauptverfahren beherrschbar sein.

Im Vergleich zur schliesslich verwirklichten Lösung wäre das Festhalten an der gegenwärtigen Rechtslage, d.h. der möglichen Parallelführung von Hilfs- und Niederlassungskonkursverfahren und dem Vorrang des Niederlassungsverfahrens, wohl das geringere Übel gewesen. Es ist einzuräumen, dass dabei Komplikationen bei der Abgrenzung der Massen entstehen können. Jedoch ist fraglich, wie häufig dies in der Praxis tatsächlich zu gravierenden Problemen führt; zumindest scheint dazu kein belastbares Zahlenmaterial vorzuliegen. Zudem besteht auch nach dem revIPRG weiterhin die Notwendigkeit einer Abgrenzung auf der Passivseite, da ausländische Gläubiger am inländischen Sekundärverfahren nur, aber immerhin dann teilnahmeberechtigt sind, wenn ihre Forderungen aus dem Betrieb der Niederlassung stammen. Die De-facto-Inländerprivilegierung im Niederlassungsverfahren, die aus der Perspektive des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung nicht leicht zu rechtfertigen ist, wäre durch ein Festhalten am Status quo zwar bestehen geblieben; sie wäre aber zumindest nicht noch weiter ausgeuffert, wie es die Lösung des revIPRG zu bewirken droht.

Literaturverzeichnis

- FEHRENBACH MARKUS, Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren. Zur sachgerechten Verfahrenskoordination bei grenzüberschreitenden Unternehmensinsolvenzen, Habil., Tübingen 2014 (zit. FEHRENBACH)
- FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/MÜLLER-CHEN MARKUS (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-BEARBEITER/IN)
- GIRSBERGER DANIEL/HEINI ANTON/KELLER MAX/KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/SIEHR KURT/VISCHER FRANK/VOLKEN PAUL (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004 (zit. ZK IPRG-BEARBEITER/IN)
- HANISCH HANS, Wirkungen deutscher Insolvenzverfahren auf in der Schweiz befindliches Schuldnervermögen. Bisheriges und neues internationales Insolvenzrecht der Schweiz, JZ 1988, S. 737 ff. (zit. HANISCH)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN)
- HUNKELER DANIEL/WOHL GEORG J., Zur geplanten Revision des internationalen Konkurs- und Sanierungsrechts – und deren Bezug zum internationalen Bankenkonzurs, Jusletter 23. November 2015 (zit. HUNKELER/WOHL)

- JEANNERET VINCENT, Cross-border insolvency: la situation de la succursale de droit suisse, in: FOËX BÉNÉDICT/THÉVÉNOZ LUC (Hrsg.), *Insolence, désendettement et redressement. Études réunies en l'honneur de Louis Dallèves*, Basel 2000, S. 171 ff. (zit. JEANNERET)
- KÄLIN OLIVER, Der Niederlassungskonkurs, ZZZ 2014/2015, S. 189 ff. (zit. KÄLIN)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Internationales Konkursrecht: Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Durchführung eines Sekundärkonkurses in der Schweiz, B1SchK 1993, S. 1 ff. (zit. KREN KOSTKIEWICZ, B1SchK 1993)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. KREN KOSTKIEWICZ, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/RODRIGUEZ RODRIGO, *Internationales Insolvenzrecht*, Bern 2013 (zit. KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ)
- NUSSBAUM WERNER, *Das internationale Konkursrecht der Schweiz*, Diss., Zürich 1980 (zit. NUSSBAUM)
- REISER HANS, Allgemeine Voraussetzungen der Anerkennung ausländischer Konkursdekrete in der Schweiz, in: WALDER HANS ULRICH et al. (Hrsg.), *Aspekte des Wirtschaftsrechts. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994*, Zürich 1994, S. 319 ff. (zit. REISER)
- RODRIGUEZ RODRIGO, Rechtsvergleichende Betrachtungen de lege ferenda zum 11. Kapitel des IPRG, SZIER 2015, S. 399 ff. (zit. RODRIGUEZ, SZIER 2015)
- RODRIGUEZ RODRIGO, *Zuständigkeiten im internationalen Insolvenzrecht. Der 11. Titel des IPRG im Rechtsvergleich mit der europäischen Insolvenzverordnung und dem UNCITRAL-Modellgesetz*, Habil., Bern 2016 (zit. RODRIGUEZ, *Zuständigkeiten*)
- STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 2. Aufl., Basel 2010, mit Ergänzungsband 2017 (zit. BSK SchKG-BEARBEITER/IN)
- STAEHELIN DANIEL, *Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz (Art. 166 ff. IPRG)*, Diss., Basel 1989 (zit. STAEHELIN, *Anerkennung*)

Materialienverzeichnis

- Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Konkurs und Nachlassvertrag), veröffentlicht am 14. Oktober 2014 (zit. Vorentwurf zur Änderung des IPRG)
- Erläuternder Bericht vom 14. Oktober 2015 zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Konkurs und Nachlassvertrag) (zit. Erläuternder Bericht)
- Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (11. Kapitel: Konkurs und Nachlassvertrag) vom 24. Mai 2017, BBl 2017, S. 4125 (zit. Botschaft)
- Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Konkurs und Nachlassvertrag) vom 24. Mai 2017, BBl 2017, S. 4149 (zit. E-IPRG)
- Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG), Änderung vom 16. März 2018, BBl 2018, S. 1505 (zit. revIPRG)
- BLOETZER STÉPHANIE, Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (11. Kapitel, Konkurs und Nachlassvertrag), 2. Februar 2016 (zit. BLOETZER)
- DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH/JAKOB MARJOLAINE, Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (11. Kapitel, Konkurs und Nachlassvertrag), 5. Februar 2016 (zit. DOMEJ/HAAS/JAKOB)
- MARKUS ALEXANDER, Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (11. Kapitel, Konkurs und Nachlassvertrag), 5. Februar 2016 (zit. MARKUS)
- PETER HANSJÖRG, Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (11. Kapitel, Konkurs und Nachlassvertrag), Dezember 2015 (zit. PETER)
- STAEHELIN DANIEL, Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (11. Kapitel, Konkurs und Nachlassvertrag), 23. Februar 2016 (zit. STAEHELIN, Vernehmlassung)

Die Europäische Ehegüterrechtsverordnung (EU-EheGüterVO) und die Schweiz

Parteiautonomie als Stolperstein und Lösung

MICHAELA EICHENBERGER: MLaw, Rechtsanwältin, Gerichtsschreiberin am Bezirksgericht Aarau¹

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	53
II.	Anwendungsbereich der EU-EheGüterVO.....	54
III.	Direkte Zuständigkeit.....	57
	A. Güterrechtliche Auseinandersetzung infolge Todesfalls, Scheidung oder Trennung.....	57
	B. Güterrechtliche Auseinandersetzung in anderen Fällen.....	59
	C. Rechtsverkehr mit der Schweiz.....	61
	1. Stolperstein: Parteiautonomie.....	63
	2. Lösung: Parteiautonomie.....	64
IV.	Anwendbares Recht.....	64
	A. Subjektive Anknüpfung.....	65
	B. Objektive Anknüpfung.....	68
	C. Rechtsverkehr mit der Schweiz.....	69
	1. Lösung: Privatautonomie.....	69
	2. Stolperstein: Privatautonomie.....	70
V.	Schlussbemerkung.....	71
	Literaturverzeichnis.....	72
	Materialienverzeichnis.....	73

I. Einleitung

Unlängst wurde das Europäische Zivilverfahrensrecht durch zwei Instrumente erweitert: Es handelt sich einerseits um die Verordnung (EU) 2016/1103 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenar-

¹ Die Autorin, ehemalige wissenschaftliche Assistentin der Jubilarin sowie Doktorandin am Institut für Internationales Privatrecht, widmet diesen Aufsatz der Jubilarin als ein Dankeschön für die lehrreiche Zeit am Institut, während derer die Freude der Verfasserin am IPR durch die Jubilarin geweckt und bestärkt wurde.

beit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands (nachfolgend EU-EheGüterVO genannt) sowie andererseits eine ebensolche Verordnung für die Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften.²

Wie ihre Bezeichnung bereits vermuten lässt, enthält die Verordnung Bestimmungen zur direkten Zuständigkeit (Art. 4–19 EU-EheGüterVO), zum anwendbaren Recht (Art. 20–35 EU-EheGüterVO) sowie zur Anerkennung und Vollstreckung von ergangenen Entscheidungen (Art. 36–57 EU-EheGüterVO) in grenzüberschreitenden Sachverhalten im Bereich des ehelichen Güterrechts. Denen gleichgestellt sind öffentliche Urkunden und gerichtliche Vergleiche (Art. 58–60 EU-EheGüterVO).

Die Verordnung bezweckt, Rechtssicherheit in Bezug auf das eheliche Vermögen zu schaffen. Einerseits soll es den Ehegatten möglichst vorhersehbar sein, welches Gericht welches Recht auf ihren ehelichen Güterstand anwendet. Andererseits soll durch die Ausdehnung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung die Zirkulation von Entscheidungen vereinfacht werden.³

II. Anwendungsbereich der EU-EheGüterVO

Die Verordnung ist bereits am 28. Juli 2016 in Kraft getreten. Der Stichtag der Wirksamkeit ihrer Bestimmungen ist, mit wenigen Ausnahmen, jedoch der 29. Januar 2019 (Art. 70 Abs. 2 EU-EheGüterVO). So findet sie erst auf Verfahren Anwendung, welche nach diesem Tag eingeleitet werden (Art. 69 Abs. 1 EU-EheGüterVO). Die Kollisionsnormen der Verordnung sind für Eheschliessungen oder Rechtswahlvereinbarungen nach diesem Datum einschlägig (Art. 69 Abs. 3 EU-EheGüterVO).

Der *sachliche Anwendungsbereich* der Verordnung umfasst die ehelichen Güterstände.⁴ Die EU-EheGüterVO definiert diese autonom. Darunter werden

² Verordnung (EU) 2016/1104 des Rates vom 24.6.2016 zur Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften.

³ KOM (2011) 126/2, Ziff. 1.2.

⁴ Die Verordnung legt nicht fest, ob auch Güterrechtverhältnisse gleichgeschlechtlicher Ehen vom Verweisungsbegriff der ehelichen Güterstände erfasst werden. Dies ist m.E. zu bejahen. Zum einen wird die Regelung der Vorfrage der Ehe den Mitgliedstaaten überlassen, worunter einige die gleichgeschlechtliche Ehe als Institut bereits kennen (Belgien, Deutschland, Finnland, Frankreich, Luxemburg, Niederlanden, Schweden und Spanien). Überdies eröffnet die Verordnung Staaten, welche lediglich die eingetragene Partnerschaft kennen (z.B. Schweiz, Griechenland, Italien, Öster-

sämtliche vermögensrechtlichen Regelungen verstanden, die aufgrund der Ehe oder Auflösung derselben zwischen den Ehegatten oder Dritten gelten (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. a EU-EheGüterVO).⁵ Die Verordnung geht von einer weiten Auslegung des Begriffs der ehelichen Güterstände aus. Erfasst werden neben der Wahl des Güterstandes namentlich die gegenseitige Haftung der Ehegatten für ihre Verbindlichkeiten, ihre vermögensrechtlichen Rechte und Pflichten sowie gar die Wirkungen des Güterstandes auf Dritte (Art. 27 EU-EheGüterVO).

Von einem ähnlich weiten Verständnis geht auch das IPRG⁶ aus: Der dritte Abschnitt des Eherechts umfasst denn auch «die Gesamtheit der Normen, denen das Vermögen der Ehegatten um der Ehe willen untersteht.»⁷ Insbesondere kennt auch das schweizerische Kollisionsrecht in Art. 57 IPRG eine Sonderregelung betreffend Rechtsverhältnisse mit Dritten.

Vom Anwendungsbereich der Ehegüterrechtsverordnung ausgenommen sind nach deren Art. 1 Abs. 2 Fragen der Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit der Ehegatten (lit. a), das Bestehen, die Gültigkeit oder die Anerkennung einer Ehe (lit. b), die Unterhaltspflichten (lit. c), die Rechtsnachfolge nach dem Tod eines Ehegatten (lit. d), die soziale Sicherheit (lit. e), Ansprüche auf Alters- oder Erwerbsunfähigkeitsrente (lit. f), die dinglichen Recht an Vermögen (lit. g) sowie deren Eintragung in Register (lit. h). Streitigkeiten im Zusammenhang mit diesen Rechtsgebieten unterstehen weiterhin dem autonomen Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten.

Der Ausschluss der Teilbereiche wie Bestand der Ehe, Unterhaltspflicht sowie Rechtsnachfolge von Todes wegen erscheint sachlogisch, da die EU bereits auf diesen Sachgebieten legiferiert und vereinheitlichende Verordnungen erlassen hat. Dies sind für Fragen der Ehe die Brüssel-IIa-VO⁸ (Regelungsgegenstand: direkte Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckbarerklärung) sowie die Rom-II-VO⁹ (Regelungsgegenstand: anwendbares Recht), für die

reich und Tschechien) oder gar die gleichgeschlechtliche Ehe auf Verfassungsstufe verbieten (z.B. Polen und Ungarn) und folglich die Ehe in diesen Mitgliedstaat nicht anerkannt werden kann bzw. könnte, die Möglichkeit, sich nach Art. 9 EU-EheGüterVO für unzuständig zu erklären.

⁵ Erwg. 18.

⁶ Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291).

⁷ Botschaft IPRG, Ziff. 234.1, S. 347.

⁸ Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates v. 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, Amtsblatt L 338/1.

⁹ Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates v. 20.12.2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, Amtsblatt L 343/10.

Unterhaltspflicht die EU-UnterhVO¹⁰ (Regelungsgegenstand: direkte Zuständigkeit, anwendbares Recht, Anerkennung und Vollstreckbarerklärung) sowie für Nachlassverfahren die EU-ErbVO¹¹ (Regelungsgegenstand: direkte Zuständigkeit, anwendbares Recht, Anerkennung und Vollstreckbarerklärung).

Nicht sämtliche Mitgliedstaaten der Europäischen Union erklärten, sich an einem Regelwerk zur verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Fragen der ehelichen Güterstände zu beteiligen. Teilnehmende Staaten sind einstweilen Belgien, Bulgarien, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Kroatien, Luxemburg, Malta, die Niederlande, Österreich, Portugal, Schweden, Slowenien, Spanien, Tschechien und Zypern. Einzig diese Staaten gelten als Mitgliedstaaten im Sinne der Verordnung.¹²

Der *räumliche Anwendungsbereich* der Ehegüterrechtsverordnung erstreckt sich bezüglich der direkten Zuständigkeit sowie der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von Entscheidungen auf den Rechtsverkehr zwischen Mitgliedstaaten, d.h. die Verordnung ist ausschliesslich *inter partes* anwendbar. In kollisionsrechtlicher Hinsicht kann jedoch auch das Recht anderer Unionsstaaten oder gar Drittstaaten zur Anwendung kommen, das heisst, die Verordnung basiert hier nicht auf dem Prinzip der Gegenseitigkeit, sondern es kommt ihr diesbezüglich eine *erga omnes*-Wirkung zu. Bei Zuständigkeit schweizerischer Gerichte und Behörden wenden diese hingegen stets ihr eigenes Recht an. Ebenso ist für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Titel in der Schweiz das IPRG einschlägig.

Die Ehegüterrechtsverordnung findet lediglich auf grenzüberschreitende Sachverhalte Anwendung.¹³ Als zentraler Anknüpfungspunkt dient der gewöhnliche Aufenthalt. Die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit, wie im Familienrecht üblich, wird durch diesen weitgehend abgelöst. Ein internationaler Sachverhalt liegt bereits dann vor, wenn die Ehegatten – gleicher Staatsangehörigkeit – ihren gewöhnlichen Aufenthalt vor oder im Verlauf der Ehe in einen anderen als ihren Heimatstaat verlegen.

¹⁰ Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates v. 18.12.2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, Amtsblatt L 7/1.

¹¹ Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 4.7.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, Amtsblatt L 201/107.

¹² Stand 24.11.2017. Nachfolgend gilt als «Mitgliedstaat» ein an der Verordnung teilnehmender Mitgliedstaat der EU.

¹³ Erwg. 14; KOM (2011) 126/2, Ziff. 3.1; a.M. MARTINY, S. 6.

III. Direkte Zuständigkeit

Regelungsgegenstand der Verordnung ist weitgehend die *internationale Zuständigkeit*. Diesbezüglich bezweckt sie eine abschliessende Regelung zu schaffen; internationale Zuständigkeitsbestimmungen der Mitgliedstaaten werden im Anwendungsbereich der EU-EheGüterVO verdrängt.¹⁴

Die Zuständigkeitsordnung der EU-EheGüterVO unterscheidet dabei zwischen güterrechtlicher Auseinandersetzung im Zusammenhang mit einem bereits rechtshängigen Verfahren (sog. Annexzuständigkeiten) und jener, welche sich nicht im Zusammenhang mit einem solchen Verfahren stellt. Differenziert wird demnach primär nach der Ursache, welche der güterrechtlichen Auseinandersetzung zugrunde liegt.

A. Güterrechtliche Auseinandersetzung infolge Todesfalls, Scheidung oder Trennung

Die Ehegüterrechtsverordnung sieht zunächst für den Fall, dass ein *Ehegatte verstirbt*, eine Annexzuständigkeit beim jeweiligen Nachlassgericht vor (Art. 4 EU-EheGüterVO). Vorausgesetzt wird Folgendes: Erstens muss ein Nachlassverfahren vor einem mitgliedstaatlichen Gericht (bzw. Behörde) eröffnet worden sein. Zweitens muss sich dessen (internationale) Zuständigkeit auf die EU-ErbVO stützen. Nicht anknüpfungsrelevant ist ein Nachlassverfahren in der Schweiz. Die Frage des ehelichen Güterstandes muss sich letztlich im Zusammenhang mit dem Nachlassverfahren stellen.

Eine weitere Annexzuständigkeit ist im Falle der *Ehescheidung, Trennung ohne Auflösung des Ehebandes oder Ungültigerklärung einer Ehe* vorgesehen (Art. 5 EU-EheGüterVO). Wiederum erforderlich ist – neben der bereits zuvor beschriebenen Verfahrenskonnexität –, dass die Streitigkeit in die Kompetenz eines Mitgliedstaats fällt und sich die Zuständigkeit auf die innerhalb der EU geltenden Brüssel-IIa-VO stützt. Die Ehegüterrechtsverordnung stellt dabei nicht sämtliche in der Brüssel-IIa-VO vorgesehenen Zuständigkeitsgründe einander gleich. Unterschieden wird vielmehr zwischen Zuständigkeitsregeln, welche ohne weiteres Zutun der Eheleute Anwendung finden (Abs. 1) und solchen, die einer Vereinbarung seitens der Ehegatten bedürfen (Abs. 2).

Das in der Statussache zuständige Gericht eines Mitgliedstaates darf eine mit dem Eheverfahren in Verbindung stehende güterrechtliche Auseinanderset-

¹⁴ Vgl. Erwg. 40; SIMONETTA, S. 47.

zung *ohne Vereinbarung* dann vornehmen, wenn alternativ die Zuständigkeit vorgesehen ist:

- im Staate des bestehenden oder gemeinsamen letzten gewöhnlichen Aufenthalts der Ehegatten, sofern sich im letzteren Falle ein Partner weiterhin dort aufhält (Art. 3 lit. a erstes/zweites Lemma Brüssel-IIa-VO);
- im Staate des gewöhnlichen Aufenthalts des Beklagten (Art. 3 lit. a drittes Lemma Brüssel-IIa-VO);
- im gemeinsamen Heimatstaat (Art. 3 lit. b Brüssel-IIa-VO).¹⁵

Eine *Vereinbarung der Annexzuständigkeit* erscheint dann erforderlich, wenn die Verfahrenseinleitung den Beklagten vor den durch die Brüssel-IIa-VO bezeichneten Gerichten überraschen könnte (sog. spezielle Zuständigkeiten).¹⁶ Dies ist der Fall, wenn die Zuständigkeit der Statussache an den gewöhnlichen Aufenthalt des Klägers anknüpft, welcher nicht zugleich der letzte gemeinsame Aufenthaltsort der Ehegatten war (Art. 3 lit. a fünftes/sexstes Lemma Brüssel-IIa-VO), bei Umwandlung einer Trennung in eine Scheidung die Zuständigkeit von dem die Trennung aussprechenden mitgliedstaatlichen Gericht abgeleitet wird (Art. 5 Brüssel-IIa-VO) oder im Falle der Restzuständigkeit, welche dem autonomen Recht der Mitgliedstaaten untersteht (Art. 7 Brüssel-IIa-VO).

Im Regelfall erteilen die Ehegatten ihre Zustimmung zur Bündelung der Verfahren *nach Rechtshängigkeit* des ersten Verfahrens, dessen Gegenstand die Beurteilung der Statussache ist. Die Verordnung bestimmt weder die zur Entgegennahme zuständige Behörde, noch in welcher Form die Zustimmung der Ehegatten ergehen soll. Gerade in Bezug auf die formelle Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung – um welche es sich hier augenscheinlich handelt – erschiene es wünschenswert, würde eine verordnungsautonome Auslegung der Vereinbarung erfolgen und deren Regelung nicht dem autonomen Recht der Mitgliedstaaten überlassen.¹⁷

¹⁵ Bei mehrfacher Staatsangehörigkeit in Zuständigkeitsfragen soll nach der hier vertretenen Auffassung jedes Heimatrecht der Ehegatten massgebend sein (vgl. EuGH v. 16.7.2009, Laszlo Hadadi [Hadady]/Csilla Marta Mesko, verheiratete Hadadi [Hadady] EU:C:2009:474, Rn. 58). Unbeachtlich erscheint Erwg. 50, welche grundsätzlich die Vorfrage der Staatsangehörigkeit dem autonomen Recht der Mitgliedstaaten unterstellt. Die dortige Erwägung hat in systematischer Hinsicht vielmehr die kollisionsrechtliche Regelung zum Gegenstand. Eine andere Auffassung würde überdies die Zuständigkeitsprüfung erschweren, zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen und dem Zweck der Verordnung entgegenstehen; gleicher Meinung DUTTA, S. 439 f.

¹⁶ Erwg. 34; SIMONETTA, S. 54.

¹⁷ Sicherlich wird die Formhürde tiefer anzusetzen sein, als bei einer Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 7 EU-EheGüterVO, wo die qualifizierte Schriftlichkeit verlangt wird. Es genügt jedoch m.E. nicht, wenn sich die beklagte Partei bloss auf das Verfahren einlässt. Eine Einlassung entbehrt der bei einer Vereinbarung erforderlichen Willenserklärung.

Gemäss Art. 5 Abs. 3 EU-EheGüterVO können die Parteien die speziellen Zuständigkeiten der Brüssel-IIa-VO auch erst im Hinblick auf eine *künftige Streitigkeit* prorogieren. Anders als bei der zuvor erläuterten Vereinbarung nach Art. 5 Abs. 2 EU-EheGüterVO regelt die Verordnung die formelle Gültigkeit diesfalls ausdrücklich und verweist auf die Bestimmungen zur Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 7 EU-EheGüterVO).

Obwohl grundsätzlich den Parteien lediglich ermöglicht werden soll, ihre Verfahren zu bündeln, besteht bei den Annexzuständigkeiten nach Art. 4 und 5 Abs. 1 EU-EheGüterVO eine zwingende Verfahrenskonzentration. Es handelt sich um ausschliessliche Zuständigkeitsregelungen. Die Begründung einer anderweitigen Zuständigkeit durch Einlassung oder Gerichtsstandsvereinbarung ist unzulässig (Art. 7 Abs. 1 *e contrario* und 8 Abs. 1 EU-EheGüterVO).

B. Güterrechtliche Auseinandersetzung in anderen Fällen

Stellt sich die Frage des ehelichen Güterstandes nicht im Zusammenhang mit einem bereits vor einem anderen Mitgliedstaat anhängigen Verfahren, so sieht Art. 6 EU-EheGüterVO eine Kaskadenleiter vor: Primär sind die Gerichte des Staates des gemeinsamen Aufenthalts der Ehegatten zuständig (lit. a), subsidiär wird an den letzten gemeinsamen Aufenthalt angeknüpft, sofern ein Ehegatte sich dort stets noch aufhält (lit. b). In zweiter Subsidiarität sind die Gerichte des gewöhnlichen Aufenthalts des beklagten Ehegatten zur Anhandnahme der Klage zuständig (lit. c). Hält sich dieser nicht im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates der Union auf, kann das Verfahren vor Gerichten des gemeinsamen Heimatstaates anhängig gemacht werden (lit. d). Massgeblich ist stets der Zeitpunkt der Klageeinreichung.

Die Verordnung trägt überdies dem steigenden Bedürfnis der Parteiautonomie Rechnung. Die Parteien können, sofern die güterrechtliche Streitigkeit in keinem Zusammenhang mit einem Erbfall oder einer hängigen Statussache steht, mittels *Gerichtsstandsvereinbarung* von der Kaskadenanknüpfung nach Art. 6 EU-EheGüterVO abweichen. Die Zulässigkeit der möglichen Zuständigkeiten ist jedoch beschränkt: Wählbar sind zunächst ausschliesslich mitgliedstaatliche Gerichte. Die Wahl einer schweizerischen Zuständigkeit ist ausgeschlossen bzw. von den mitgliedstaatlichen Gerichten nicht zu beachten. Es kann die Kompetenz folgender Gerichte prorogiert werden: des Mitgliedstaates des ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts oder dessen Staatsangehörigkeit beide Ehegatten zum Zeitpunkt der Eheschliessung besitzen (Art. 26 Abs. 1 lit. a und b EU-EheGüterVO), deren Recht die Parteien gemäss Art. 22 EU-EheGüterVO gewählt haben oder der Gerichte im Hoheitsgebiet des Staates, in welchem die Ehe geschlossen wurde (Art. 7 Abs. 1

EU-EheGüterVO). Stützt sich die Gerichtsstandswahl auf die Rechtswahl der Parteien, ist vorab zu prüfen, ob die Rechtswahl überhaupt wirksam getroffen wurde, und folglich, ob auch die Gerichtsstandswahl ihre Wirkung entfalten kann. Aufgrund der strengen Formvorschrift und der mehreren wählbaren Rechtsordnungen kann sich die Prüfung als schwierig gestalten.¹⁸

Es reicht aus, wenn die Parteien einzig die Gerichte eines Mitgliedstaates für zuständig erklären und somit die internationale Zuständigkeit bestimmen.¹⁹ Welches Gericht örtlich zuständig ist, muss sodann dem autonomen Recht der Mitgliedstaaten entnommen werden.

Die Verordnung sieht in Bezug auf die *formelle Gültigkeit* einer Gerichtsstandsvereinbarung ein qualifiziertes Formerfordernis vor: Die Vereinbarung bedarf zunächst der Schriftlichkeit, muss ferner jedoch datiert und von den Parteien unterzeichnet sein (Art. 7 Abs. 2 EU-EheGüterVO). Das Unterzeichnungserfordernis beurkundet dabei die schriftlich abgegebene Willenserklärung der Parteien; gefordert wird die beidseitige Schriftlichkeit.²⁰ Nicht notwendig ist, dass die Willenserklärungen in einem Schriftstück niedergelegt werden.²¹ Im Schrifttum bislang nicht thematisiert, wurde das Erfordernis der Eigenhändigkeit der Unterzeichnung. Die Präzisierung ist jedoch in Vergleich zu Art. 25 Abs. 1 EuGVVO zu stellen, welcher ausschliesslich die Schriftlichkeit fordert und nach ständiger Rechtsprechung keiner (eigenhändigen) Unterzeichnung benötigt.²² Dieser Unterschied kann nur so gedeutet werden, dass im Anwendungsbereich der Verordnung die Willenserklärung nicht bloss schriftlich wiederzugeben, sondern überdies eigenhändig von den Parteien zu unterzeichnen ist.²³ Klärung dieser heiklen Frage wird jedoch erst ein höchstrichterlicher Entscheid bringen.

Der Schriftform gleichgestellt, sind elektronische Übermittlungen, die eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung ermöglichen. Ersetzt wird hier m.E. ausschliesslich die Schriftform. Die Parteien werden nicht von der Datierung und Unterzeichnung, wobei ein Faksimile ausreichen sollte, entbunden.²⁴

Im Gegensatz zur Rechtswahl enthält die Verordnung keine Kollisionsnorm betreffend das *Zustandekommen* und die *materielle Gültigkeit* einer Gerichts-

¹⁸ SIMONETTA, S. 68.

¹⁹ Art. 7 Abs. 1 EU-EheGüterVO: «In den Fällen des Artikels 6 können die Parteien vereinbaren, dass die *Gerichte des Mitgliedstaates*, dessen Recht nach Art. 22 oder Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe a oder b anzuwenden ist (...).»

²⁰ KRÖLL-LUDWIGS, S. 1062.

²¹ Vgl. NemosKomm. ZPO-SIEBERT, Art. 5 EU-ErbVO N 5.

²² BGH v. 25.1.2017, VIII ZR 257/15, Rz. 20.

²³ Wohl a.M. RAUSCHER, Rz. 2226.

²⁴ Vgl. NemosKomm. ZPO-SIEBERT, Art. 5 EU-ErbVO N 6.

standsvereinbarung. Es bleibt abzuwarten, welche Anforderungen hierfür gesetzt werden. Dass eine instrumentsautonome Auslegung der Anforderungen an Zustandekommen und materielle Gültigkeit Schwierigkeiten birgt, zeigt bereits die Behandlung derselben Problematik im Anwendungsbereich des LugÜ (Art. 23) bzw. der EuGVVO (Art. 25).²⁵

Wie die meisten neuen Instrumente der EU sieht auch die Güterrechtsverordnung die Möglichkeit der Einlassung auf ein Verfahren vor (Art. 8 EU-EheGüterVO). Sofern keine Zuständigkeit nach Art. 4–9 der Verordnung begründet werden kann, sind subsidiär die Gerichte der Mitgliedstaaten für die in ihrem Hoheitsgebiet belegenen unbeweglichen Vermögensgegenstände zuständig (Art. 10 EU-EheGüterVO). Art. 11 EU-EheGüterVO normiert überdies ein *forum necessitatis* für Sachverhalte, in denen kein mitgliedstaatliches Gericht zuständig ist, jedoch sein sollte, da es den Betroffenen unmöglich oder unzumutbar ist, ein Verfahren in einem Drittstaat einzuleiten oder zu führen.

Zu beachten ist überdies, dass für Vermögenswerte, welche in einem Drittstaat, z.B. in der Schweiz, belegen sind, die Verordnung eine Möglichkeit der Verfahrensbeschränkung vorsieht (Art. 13 EU-EheGüterVO). Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn die Anerkennungsprognose ergibt, dass die vom mitgliedstaatlichen Gericht ergangene Entscheidung nicht im Drittstaat zu anerkennen sei. Im Anwendungsbereich des IPRG wird aufgrund der anerkennungsfreundlichen Normen, wonach es ausreicht, wenn die Entscheidung bereits in den in der Anerkennungsnorm aufgeführten Staaten anerkannt wird, die Anerkennung kaum versagt werden.²⁶

C. Rechtsverkehr mit der Schweiz

Ein erster Vergleich der Zuständigkeitsordnungen zeigt sich durchaus positiv. Zum einen kennt ebenfalls das schweizerische IPR der EU-EheGüterVO entsprechende Annexzuständigkeiten: Wurde folglich aufgrund des Todes eines der Ehegatten in der Schweiz ein Verfahren nach Art. 86 ff. IPRG eröffnet, ist auch dieses mit der erbrechtlichen Streitigkeit sich befassende Nachlassgericht für die güterrechtliche Auseinandersetzung zuständig (Art. 51 lit. a IPRG). Ebenfalls die Kompetenz für die güterrechtliche Auseinandersetzung im Falle der gerichtlichen Auflösung oder Trennung der Ehe

²⁵ Statt vieler MARKUS, Rz. 1177 ff. zum LugÜ.

²⁶ Siehe Art. 58 Abs. 1 und Art. 96 Abs. 1 IPRG. Einzig bei güterrechtlicher Auseinandersetzung im Zusammenhang mit einer Statussache (Scheidung, Trennung oder Ungültigerklärung der Ehe) kann es nach Art. 65 Abs. 2 lit. a IPRG – unter Vorbehalt der übrigen Anerkennungs Voraussetzungen von lit. b und c – zur Versagung kommen, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in der Schweiz hatte.

wird von für diese Fragen einschlägigen Zuständigkeitsbestimmungen abgeleitet (Art. 51 lit. b IPRG).

Die Verordnung erscheint zum anderen beeindruckend gut mit der schweizerischen Rechtsordnung abgestimmt, wenn sich die Fragen des ehelichen Güterstandes nicht im Zusammenhang mit einer Annexsache stellen. Art. 51 lit. c IPRG verweist auf Art. 46 IPRG, wonach primär die Gerichte oder Behörden am Wohnsitz, subsidiär diejenigen am gewöhnlichen Aufenthalt eines der Ehegatten zuständig sind. Haben sie weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz und ist einer von ihnen Schweizer Bürger, steht die Möglichkeit der Klageeinreichung am schweizerischen Heimort offen. Vorausgesetzt ist unter anderem, dass die Behörden im Staate des gewöhnlichen Aufenthalts bzw. Wohnsitzes untätig bleiben. Gerade aufgrund der durch die Verordnung bereitgestellten breiten Kaskadenanknüpfung wird es bei Schweizer Bürgern mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem der Mitgliedstaaten kaum der Fall sein, dass die Heimatzuständigkeit bemüht werden muss.

Der Teufel liegt jedoch bekanntlich im Detail vergraben, aus Schweizer Sicht in Art. 10 Abs. 2 EU-ErbVO, welche durchaus einen nicht unerheblichen Überraschungseffekt für die Ehegatten bergen könnte. Gemäss Art. 10 Abs. 2 EU-ErbVO ist subsidiär das mitgliedstaatliche Gericht für das in seinem Hoheitsgebiet belegene Nachlassvermögen dann zuständig, wenn keine anderweitige, ordentliche oder subsidiäre Zuständigkeit nach EU-ErbVO begründet werden kann. Wie zuvor gesehen, verweist Art. 4 EheGüterVO allgemein auf die Zuständigkeitsbestimmungen der EU-ErbVO, ohne eine entsprechende Beschränkung auf das in diesem Staat belegene Nachlassvermögen vorzusehen. Im Schrifttum wird m.E. zu Recht vertreten, die Zuständigkeit für die zusammenhängende güterrechtliche Auseinandersetzung könne nicht weiter gehen als die Grundzuständigkeit, aus derer *notabene* die güterrechtliche Zuständigkeit abgeleitet wird.²⁷ Eine andere Auffassung wäre aus Schweizer Sicht der Rechtssicherheit abträglich: Im Todesfall eines verheirateten Schweizer Bürgers mit Wohnsitz in Zürich mit Sichtguthaben in München wäre andernfalls das nach Art. 10 Abs. 2 EU-ErbVO zuständige Gericht für die (gesamte) güterrechtliche Auseinandersetzung der Ehepartner zuständig. Aufgrund der beschränkten Zuständigkeitswahl nach Art. 5 Abs. 1 EU-ErbVO ausschliesslich zugunsten der mitgliedstaatlichen Gerichte kann hier die Parteiautonomie keine Lösung bieten. Es entstünde ein unerwünschtes *forum running*.

²⁷ SIMONETTA, S. 48.

1. Stolperstein: Parteiautonomie

Im Gegensatz zur objektiven Zuständigkeitsordnung birgt die Wahl des zuständigen Gerichts bzw. der zuständigen Gerichte mehr Konfliktpotenzial: Die Zulässigkeit einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung beurteilt sich nach der *lex fori*, im schweizerischen Recht – sofern die Prorogation in dessen Anwendungsbereich fällt – nach dem IPRG.²⁸ Gemäss Art. 5 Abs. 1 IPRG ist eine Vereinbarung unter anderem dann möglich, wenn ihr vermögensrechtliche Ansprüche zugrunde liegen. Klarerweise ist davon gerade das Ehegüterrecht, welches die Zuweisung von Vermögenswerten an die Ehegatten zum Gegenstand hat, erfasst.²⁹ Die Wahlgerichtsstände der Ehegatten sind räumlich nicht beschränkt. Aus Schweizer Sicht können demnach die Ehegatten die Zuständigkeit eines mitgliedstaatlichen Gerichts vereinbaren.

Als formelles Gültigkeitserfordernis sieht Art. 5 Abs. 1 IPRG vor, dass die Vereinbarung schriftlich oder in einer anderen Form der Übermittlung geschlossen werden muss. Nach der hier vertretenen Auffassung erfolgt die Auslegung des Formerfordernisses – sowohl in Bezug auf die Schriftlichkeit als auch die Substitutionsformen – IPR-autonom.³⁰ Zentral ist, dass die Willenserklärungen der Parteien dauerhaft und reproduzierbar festgehalten bleiben.³¹ Überdies muss die jeweilige Willenserklärung der Partei zuzuordnen sein.³² Die Gerichtsstandsvereinbarung muss folglich der einfachen Schriftform nach Art. 13 ff. OR nicht genügen und bedarf keiner – insbesondere nicht der handschriftlichen – Unterzeichnung zu ihrer Gültigkeit (vgl. Art. 14 Abs. 1 OR).³³ Obwohl nicht erforderlich, gebietet sich die Gegenzeichnung durch die Parteien nicht aus Gültigkeits-, jedoch aus Beweis Zwecken.

In Bezug auf die formellen Anforderungen bestehen somit Diskrepanzen zur EU-EheGüterVO. Einerseits verlangt Art. 5 Abs. 1 IPRG keine Datierung, andererseits wird ebenfalls auf das Unterschriftenerfordernis verzichtet. Eine nach Art. 5 Abs. 1 IPRG wirksame Gerichtsstandsvereinbarung ist im Anwendungsbereich der Verordnung nicht formgültig und deshalb unwirksam. Die Ehegatten werden auf die objektive Zuständigkeitsordnung der Ehegüterrechtsverordnung verwiesen. Kann hiernach keine Zuständigkeit in einem Mitgliedstaat begründet werden, besteht ein negativer Kompetenzkonflikt, welcher in Anrufung der Notzuständigkeit gemäss Art. 11 EU-EheGüterVO wohl zugunsten der mitgliedstaatlichen Kompetenz zu lösen wäre. Sofern

²⁸ MARKUS, Rz. 354.

²⁹ BSK IPRG-GROLIMUND/BACHOFNER, Art. 5 N 15.

³⁰ CR LDIP-BUCHER, Art. 5 N 12; DUTOIT, Art. 5 N 7.

³¹ Vgl. MARKUS, Rz. 359.

³² BGer v. 25.2.2015, 4A_592/2014, E. 2.1.

³³ DUTOIT, Art. 5 N 7; REISER, S. 125; A.M. BSK IPRG-GROLIMUND/BACHOFNER, Art. 5 N 23; ZK IPRG-VOLKEN, Art. 5 N 57.

kein Näheverhältnis zum gewählten Gerichtsstand besteht, kann dies zu Überraschungen führen.

2. Lösung: Parteiautonomie

Die Möglichkeit des Abschlusses einer Gerichtsstandsvereinbarung ist für eine bedachte Vermögensplanung unerlässlich. Mit getroffener Rechtswahl kann denn auch die gewünschte Einheit von *forum* und *ius* herbeigeführt werden.

Die Parteiautonomie streift jedoch auch der folgende Aspekt: Als zentraler Anknüpfungspunkt – insofern der Tendenz in neuen Regelwerken der EU folgend – dient der gewöhnliche Aufenthalt. Die Verordnung definiert – wie auch andere Verordnungen, zum Beispiel die Rom-IIa-Verordnung oder die EU-ErbVO – diesen nicht. Die Lehre will hier deshalb auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze, wie sie im Unions- und im nationalen Recht entwickelt wurden, zurückgreifen.³⁴ Gemäss den Erwägungsgründen der EU-ErbVO soll jedoch eine vergangenheitsbezogene Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts erfolgen. Dies im Gegensatz zum IPRG, welches eine bestimmte Dauer des Verbleibens gerade nicht verlangt. Bezugnehmend auf den Wohnsitz kann bereits im Zeitpunkt des Zuzugs ein solcher begründet werden, sofern sich ein entsprechender Wille nach aussen manifestiert.³⁵ Um Unsicherheit aus dem Wege zu räumen sowie ein mögliches *forum running* zu vermeiden, ist den Ehegatten anzuraten, ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einer Vereinbarung festzulegen. Obwohl die sich mit der Zuständigkeit als Eintretensvoraussetzung befassenden Gerichte nicht an die Feststellung gebunden sind, dient sie zumindest als Indiz. Das Festhalten des gewöhnlichen Aufenthalts muss m.E., ähnlich der Erfüllungsortvereinbarung, nicht den Anforderungen an eine Gerichtsstandsvereinbarung genügen.³⁶

IV. Anwendbares Recht

Als erstes Regelwerk im Bereich des ehelichen Güterrechts erarbeitete die Haager Konferenz das Haager Güterrechtsübereinkommen, welches am 1. September 1992 in Kraft getreten ist.³⁷ Bislang sind Frankreich, Luxemburg und die Niederlanden, nicht jedoch die Schweiz, einzige Vertragsstaa-

³⁴ MARTINY, S. 15 f.; RAUSCHER-KROLL-LUDWIGS, Einf. EU-EheGüterVO-E N 29.

³⁵ Vgl. Erwg. 23 zur EU-ErbVO; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 628.

³⁶ Selbstverständlich bezieht sich die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts nicht bloss auf die Zuständigkeit, sondern ebenfalls auf die Frage des anwendbaren Rechts.

³⁷ Haager Übereinkommen über das auf Ehegüterstände anzuwendende Recht v. 14.3.1978 (einschbar unter: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=87>>; Stand 24.11.2017).

ten. Trotz dessen scheinbar geringer Bedeutung im internationalen Rechtsverkehr, diente das Haager Übereinkommen vielen europäischen Staaten als Modellgesetz, und es verwundert nicht, dass sich auch der europäische Gesetzgeber bei Ausarbeitung der Kollisionsregeln der Güterrechtsverordnungen an der Konvention orientierte: Einerseits kommt der Parteiautonomie auch im Anwendungsbereich der Ehegüterrechtsverordnung ein hoher Stellenwert zu, andererseits dient der gewöhnliche Aufenthalt als zentraler Anknüpfungspunkt.³⁸

Im Gegensatz zur räumlichen Wirkung der direkten Zuständigkeit geht die Ehegüterrechtsverordnung beim anwendbaren Recht – wie bereits zuvor gesehen – von dessen *erga omnes*-Wirkung aus. Für (objektiv sowie subjektiv) anwendbar, kann ebenfalls das Recht eines Drittstaates, das heisst auch das schweizerische Recht bezeichnet werden (Art. 20 EU-EheGüterVO). Bei den Kollisionsnormen der Ehegüterrechtsverordnung handelt es sich im Übrigen um Sachnormverweisungen, weshalb eine Rück- oder Weiterverweisung ausgeschlossen ist (Art. 32 EU-EheGüterVO).

Die Ehegüterrechtsverordnung geht vom Grundsatz der *Einheit des anwendbaren Rechts* aus. Sämtliche Vermögenswerte unterstehen, ungeachtet ihrer Belegenheit, der subjektiv oder objektiv anwendbaren Rechtsordnung (Art. 21 EU-EheGüterVO). Ein Vorrang des Einzelstatuts vor dem Güterrechtsstatut ist nicht mehr vorgesehen.³⁹

A. Subjektive Anknüpfung

Mit der Möglichkeit einer Rechtswahl setzt der Europäische Gesetzgeber seinen Trend fort, die Parteiautonomie auch im nicht wirtschaftlichen Personenverkehr zu stärken.⁴⁰ Den Ehegatten soll durch eine bedachte Planung zum einen die Verwaltung ihres Vermögens erleichtert werden, zum anderen soll ihnen Flexibilität gewährt werden, indem sie das anwendbare Recht den veränderten Umständen anpassen können. Beides stärkt die Rechtssicherheit.⁴¹

Die Verordnung sieht für die Ehegatten eine *beschränkte Rechtswahl* vor: Gemäss Art. 22 Abs. 1 EU-EheGüterVO wählbar sind die Rechtsordnungen

³⁸ Gemäss Art. 3 Abs. 2 HGüterrechtsÜ steht den Ehegatten eine beschränkte Rechtswahl offen: zugunsten der Rechtsordnung des bzw. der Heimatstaaten (Ziff. 1), des gewöhnlichen Aufenthalts eines der Ehegatten (Ziff. 2) oder des ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts (Ziff. 3). Art. 4 HGüterrechtsÜ knüpft objektiv an den ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten an.

³⁹ MARTINY, S. 13, mit Hinweis auf Art. 3a EGBGB.

⁴⁰ RAUSCHER-KROLL-LUDWIGS, Einf. EU-EheGüterVO-E N 49.

⁴¹ Erw. 36.

ihres (jeweiligen) Aufenthaltsstaates (lit. a) oder das Recht eines ihrer Heimatstaaten (lit. b). Die Wählbarkeit ist zeitlich fixiert; massgebend ist jeweils der gewöhnliche Aufenthalt oder die Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Rechtswahl. Ein späterer Aufenthaltswechsel oder die Aufgabe der Staatszugehörigkeit lässt die Wahl unberührt. Die Rechtswahl gilt grundsätzlich nur auf die Zukunft hin (Art. 22 Abs. 2 EU-EheGüterVO).

Fraglich ist, ob bei Doppelbürgern ausschliesslich auf die effektive Staatsangehörigkeit abzustellen ist oder jedes ihrer Heimatrechte der Wahl offensteht. Die Verordnung enthält keine kollisionsrechtliche Regelung hierzu und überlässt die Vorfrage der Staatsangehörigkeit dem autonomen Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten.⁴² Ungeklärt bleibt, ob die Vorfrage selbständig, nach dem Kollisionsrecht der *lex fori*, oder unselbständig, nach dem Kollisionsrecht der *lex causae*, anzuknüpfen ist. Bei der Wahl einer drittstaatlichen Rechtsordnung, wie des schweizerischen Rechts, stellt sich die Frage, ob nicht gar zwischen verordnungsinternen und Drittstaatsachverhalten zu unterscheiden wäre.⁴³

Aufgrund des Ausschlusses der Frage der Staatsangehörigkeit vom Anwendungsbereich der Verordnung und der damit herbeigeführten Stärkung der inländischen Rechtsordnung bietet sich vorwiegend eine selbständige Anknüpfung an.⁴⁴ Die Beantwortung der Frage des massgeblichen Heimatrechts bliebe folglich – auch bei Wahl der schweizerischen Rechtsordnung – stets der jeweiligen mitgliedstaatlichen *lex fori* überlassen.⁴⁵

Nicht vorgesehen ist die Möglichkeit einer *Teilrechtswahl*. Dies erscheint für ausschliesslich euro-internationale Sachverhalte unproblematisch, denn es wird die Tendenz fortgesetzt – wie auch bereits im Anwendungsbereich der Erbrechtsverordnung – den mitgliedstaatlichen Gerichten das Vermögen einer Gesamtbeurteilung zuzuführen und keine Sonderanknüpfungen für unbewegliche Vermögenswerte vorzusehen. Im Rechtsverkehr mit Drittstaaten, welche eine ausschliessliche Zuständigkeit bzw. Anwendung ihrer Rechtsordnung beanspruchen, kann dies zu Schwierigkeiten in Bezug auf die Anerkennung

⁴² Erwg. 50. Dies im Gegensatz zur Zuständigkeitsfrage, wo sich der EuGH – zunächst für den Anwendungsbereich der Brüssel-IIa-Verordnung – für die uneingeschränkte Wahl der Gerichte, deren Staatsangehörigkeit einer der Ehegatten besitzt, ausgesprochen hat: EuGH v. 16.7.2009, Laszlo Hadadi (Hadady)/Csilla Marta Mesko, verheiratete Hadadi (Hadady), EU:C:2009:474, Rn. 58. Vgl. diesbezüglich Fn. 13.

⁴³ MARTINY, S. 17.

⁴⁴ DUTTA, S. 440; in diesem Sinne wohl auch MARTINY, S. 16 f. Auch im Zusammenhang mit der Anknüpfung der Vorfrage der Ehe schliesst ein Teil der Lehre unter Hinweis auf Art. 9 EU-EheGüterVO, wonach sich das angerufene Gericht für unzuständig erklären kann, wenn die Ehe nach seinem Recht ungültig wäre, auf die selbständige Anknüpfung (SIMONETTA, S. 78).

⁴⁵ Diese Lösung ist überdies konform mit Erwg. 50, wonach die allgemeinen Grundsätze der Union uneingeschränkt einzuhalten sind.

von Entscheiden führen.⁴⁶ Die EU-EheGüterVO sieht in Art. 13 hierfür in Nachlasssachen die Möglichkeit der Beschränkung des Verfahrens vor. Aufgrund der anerkennungsfreundlichen Normen wird aus Schweizer Sicht die Bestimmung nicht bemüht werden müssen. Vielmehr spricht sich die schweizerische herrschende Lehre ebenfalls gegen eine Teilrechtswahl für das Internationale Güterrecht aus.⁴⁷ Im Rechtsverkehr mit der Schweiz und Mitgliedstaaten der EU-EheGüterVO wird insofern eine kollisionsrechtliche Einheit zugunsten der Wirksamkeit parteiautonomer Abreden erzielt.

Die Rechtswahlvereinbarung setzt – wie auch bereits die Gerichtsstandsvereinbarung – wiederum eine qualifizierte Form der Schriftlichkeit voraus: Die Vereinbarung ist zu datieren und von beiden Ehegatten zu unterzeichnen (Art. 23 Abs. 1 erster Satz EU-EheGüterVO). Ihr gleichgestellt sind elektronische Übermittlungen, welche eine dauerhafte Aufzeichnung der Rechtswahl ermöglichen (Art. 23 Abs. 1 zweiter Satz EU-EheGüterVO).

Wie bereits zuvor gesehen, war bislang bei der (autonomen) Auslegung der Schriftform im Europäischen Kollisions- und Verfahrensrecht anerkannt, dass die Vereinbarung nicht handschriftlich unterzeichnet sein müsse. Fraglich ist, in welchen Kontext hier das Erfordernis der Unterzeichnung und Datierung zu setzen ist. Allenfalls wäre eine per E-Mail abgeschlossene Vereinbarung unwirksam.⁴⁸ Gemäss der hier vertretenen Auffassung bedarf es – gleich der Gerichtsstandsvereinbarung – zur formellen Gültigkeit der Rechtswahl der eigenhändigen Unterzeichnung der Parteien. Bei elektronischer Übermittlung genügt ein Faksimile.⁴⁹

Unklar ist, ob eine konkludente Rechtswahl zulässig ist, beispielsweise, indem Bezug auf materielle Bestimmungen einer Rechtsordnung genommen wird. Dem Wortlaut von Art. 23 EU-EheGüterVO lässt sich nichts entnehmen, so wird insbesondere nicht eine ausdrückliche Rechtswahl gefordert, wie dies noch Art. 19 E-EU-EheGüterVO vorsah.⁵⁰ Ebenso lässt sich aus dem Schriftformerfordernis keine ausdrückliche Rechtswahl ableiten.⁵¹ Vielmehr genügt es, wenn die Ehegatten sich ihrer Rechtswahl und deren Tragweite bewusst sind.⁵² Entgegen dem Vorentwurf sollte folglich ebenfalls die konkludente Rechtswahl möglich sein.⁵³

⁴⁶ MARTINY, S. 13.

⁴⁷ BSK IPRG-COURVOISIER, Art. 52 N 5; CHK IPRG-ZEITER/KOLLER, Art. 52 N 3.

⁴⁸ Den Abschluss per E-Mail befürwortend RAUSCHER, Rz. 778.

⁴⁹ Vgl. NemosKomm. ZPO-SIEBERT, Art. 5 EU-ErbVO N 6.

⁵⁰ KOM(2011) 126, S. 24; ferner RAUSCHER-KROLL-LUDWIGS, Einf. EU-EheGüterVO-E N 57.

⁵¹ RODRÍGUEZ RODIRGO/MILLER, S. 1070.

⁵² ErwG. 47.

⁵³ Gl. M. MARTINY, S. 19.

Mit dem soeben erläuterten qualifizierten Schriftformerfordernis statuiert die Verordnung lediglich ein Mindestmass an Formgültigkeit (Art. 23 EU-EheGüterVO). Sieht ein Mitgliedstaat, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, strengere Formerfordernisse vor, hat die Vereinbarung diesen zu genügen (Abs. 2). Dies gilt überdies auch für Sachverhalte, in welchen sich lediglich eine Person in einem Mitgliedstaat aufhält, die andere jedoch in einem Drittstaat (Abs. 4).

In der Praxis erfolgt eine Regelung des Güterstandes meist im Rahmen eines Ehevertrags. Die Verordnung regelt dessen formelle Gültigkeit in Art. 25 EU-EheGüterVO. Die Bestimmung entspricht weitgehend dem Formerfordernis der Rechtswahl, weshalb auf die zuvor gemachten Ausführungen verwiesen werden kann.

Die Verordnung regelt – wie die meisten neuen Regelwerke des Europäischen Gesetzgebers – das *Zustandekommen* einer Rechtswahl sowie deren *materielle Gültigkeit* in Art. 24 EU-EheGüterVO kollisionsrechtlich autonom. Massgebend ist demnach das der Rechtswahl unterstehende, hypothetische Güterstatut.

B. Objektive Anknüpfung

Bei fehlender Rechtswahl bestimmt sich das anwendbare Sachrecht nach Art. 26 Abs. 1 EU-EheGüterVO: Die Bestimmung sieht eine dreistufige Anknüpfungskaskade vor, wobei als zentraler Anknüpfungspunkt wiederum der gewöhnliche Aufenthalt dient: Primär wird das Umweltrecht der Ehegatten, das heisst das Recht des Staates ihres ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts nach Eheschluss, zur Anwendung berufen (lit. a).⁵⁴ Haben die Eheleute zu keinem Zeitpunkt einen gemeinsamen Aufenthaltsstaat, kommt subsidiär ihr gemeinsames Heimatrecht zur Anwendung, vorausgesetzt, sie sind nicht mehrfache Staatsangehörige (lit. b i.V.m. Art. 26 Abs. 2 EU-EheGüterVO). In letzter Subsidiarität bestimmt sich das anwendbare Recht nach dem engsten Sachzusammenhang (lit. c). Bei Fehlen eines gemeinsamen Aufenthaltsstaates der Ehegatten führt die Kaskade bei Mehrstaatlern zur Berücksichtigung der effektiven Staatsangehörigkeit.

Auf Antrag eines Ehegatten kann das Gericht von der Erstanknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt zugunsten der Anknüpfung an den letzten gemeinsamen Aufenthalt abweichen (sog. Ausnahme- bzw. Flucht-

⁵⁴ Der Wortlaut der Bestimmung lässt es offen, ob sich die Ehegatten am selben Ort oder lediglich im selben Staat aufzuhalten haben. Da es sich um die Anwendung derselben Rechtsordnung handelt, genügt m.E. der gewöhnliche Aufenthalt der beiden im gleichen Staatsgebiet.

klausel, Art. 26 Abs. 3 EU-EheGüterVO). Dies sofern die Eheleute sich im Staate ihres letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts erheblich länger aufhielten und sie im Vertrauen auf die Anwendung derselben Rechtsordnung lebten.⁵⁵ In der Lehre wird zu Recht bemerkt, dass bei berufsbedingt mobilen Ehegatten, der richterliche Statutenwechsel entgegen dem Zweck der Bestimmung zu erheblichen Unsicherheiten führt.⁵⁶ Es bleibt deshalb dem EuGH überlassen, massgebliche Kriterien für die Anrufung der Ausnahmeklausel zu erarbeiten.

Der richterliche Statutenwechsel ist nicht zulässig, wenn an das gemeinsame Heimatrecht oder den engsten Sachzusammenhang angeknüpft wird (Art. 26 Abs. 1 lit. b und c EU-EheGüterVO).

C. **Rechtsverkehr mit der Schweiz**

Der Vergleich der Güterrechtsverordnung mit der schweizerischen Rechtsordnung bringt sogleich ans Licht, dass das Haager Gerichtsstandsübereinkommen, welches von der Schweiz nicht ratifiziert worden ist, beiden Regelwerken als Vorbild diente.⁵⁷ Die in der Güterrechtsverordnung vorgesehene objektive Anknüpfungskaskade gleicht denn auch weitgehend derjenigen des schweizerischen IPR. Gemäss Art. 54 IPRG wird primär an den gemeinsamen Wohnsitz der Ehegatten angeknüpft (Abs. 1), subsidiär an deren gemeinsame Staatsangehörigkeit (Abs. 2). Etwas zu überraschen vermag jedoch die Sachnorm des Abs. 3: Wurde während der Ehe kein gemeinsamer Wohnsitz begründet und sind die Eheleute nicht Staatsangehörige desselben Staates, unterstehen sie dem schweizerischen Institut der Gütertrennung (Abs. 3). Diese Diskrepanz erscheint bei Verfahren vor mitgliedstaatlichen Gerichten weitgehend unbedenklich. Im umgekehrten Fall, bei Zuständigkeit schweizerischer Gerichte und Behörden, kann die Anwendung der Bestimmungen zur Gütertrennung doch unerwartet sein.

1. *Lösung: Privatautonomie*

Das neue Europäische Instrument fordert die Eheleute im Rechtsverkehr mit der Schweiz in planerischer Hinsicht: Die in der Verordnung vorgesehene objektive Anknüpfungskaskade setzt stets einen Bezug zur Eheschliessung voraus und geht diesbezüglich von einer unwandelbaren Anknüpfung des

⁵⁵ RAUSCHER, Rz. 776.

⁵⁶ RAUSCHER-KROLL-LUDWIGS, Einf. EU-EheGüterVO-E N 76.

⁵⁷ Botschaft IPRG, Ziff. 234.1, S. 349.

Güterstatuts aus.⁵⁸ Eine Änderung kann später nur mittels Rechtswahl erfolgen. Dies im Gegensatz zum schweizerischen Recht, welches vom Grundsatz der Wandelbarkeit ausgeht (Art. 55 Abs. 1 IPRG): Verlegen die Ehegatten ihren gemeinsamen Wohnsitz in die Schweiz und verstirbt dort ein Partner, nachdem die Ehegatten einige Jahre in der Schweiz wohnhaft waren, kommt auf die güterrechtliche Auseinandersetzung rückwirkend auf den Zeitpunkt der Eheschliessung das schweizerische Sachrecht zur Anwendung. Dies bleibt auch dann der Fall, wenn der Verstorbene seinen Nachlass einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung (z.B. dem deutschen Recht) unterstellt hat. Die Partner können den unverhofften Wechsel vermeiden, indem vorgängig eine Rückwirkung schriftlich ausgeschlossen (Art. 55 Abs. 1 zweiter Satz IPRG) bzw. die Weitergeltung des früheren Rechts angeordnet wird oder sie einen Ehevertrag schliessen (Art. 55 Abs. 2 IPRG).⁵⁹

2. *Stolperstein: Privatautonomie*

Gleich der objektiven Anknüpfung ist sogleich zu sehen, dass der Haager Konvention, insbesondere der Stärkung der Parteiautonomie im nicht wirtschaftlichen Rechtsverkehr, im Rahmen der Erarbeitung des Entwurfs zum IPRG Rechnung getragen worden ist.⁶⁰ Denn eine Rechtswahl sieht ebenfalls Art. 52 IPRG vor. Die Wahl ist auch hier beschränkt auf die Rechtsordnung des derzeitigen oder künftigen Wohnsitzstaates sowie eines der Heimatrechte der Ehegatten. Bei Doppelbürgern ist nicht die effektive Staatsangehörigkeit massgebend, sondern diejenige (zumindest) eines Ehegatten. Es kann somit zwischen den in Frage kommenden, mehreren Staatsangehörigkeiten sowohl des einen als auch des anderen Ehegatten gewählt werden.

In Bezug auf ihre formelle Gültigkeit muss die Rechtswahlvereinbarung schriftlich getroffen werden oder sich eindeutig aus dem Ehevertrag ergeben (Art. 53 Abs. 1 erster Satz IPRG). Eine konkludente Rechtswahl ist – wie auch im Anwendungsbereich der Verordnung – zulässig. Eine solche liegt – gleich der EU-EheGüterVO – unter anderem dann vor, wenn der Ehevertrag ausdrücklich auf materielle Bestimmungen einer wählbaren Rechtsordnung Bezug nimmt.⁶¹ Im Rechtsverkehr mit der Schweiz liegt die Krux bei den

⁵⁸ Hiervon ausgenommen wäre der Fall eines erst im Verlauf der Ehe begründeten ersten gemeinsamen Aufenthalts. Dieses Anknüpfungsmoment verdrängt die Anknüpfung an das Heimatstatut und führt folglich zur Wandlung des Güterstatuts (vgl. Art. 26 Abs. 1 lit. a und b EU-EheGüterVO); kritisch hierzu RAUSCHER, Rz. 777.

⁵⁹ Eine rückwirkende Rechtswahl ist ebenfalls im Anwendungsbereich der Verordnung zulässig (Art. 22 Abs. 3 EU-EheGüterVO).

⁶⁰ Botschaft IPRG, Ziff. 231, S. 338 u. Ziff. 234.31, S. 350 f.

⁶¹ Botschaft IPRG, Ziff. 234.31, S. 352; KREN KOSTKIEWICZ, Rz. 1244.

formellen Gültigkeitsvoraussetzungen: Als unproblematisch erscheint die nach der hier vertretenen Auffassung geforderte Eigenhändigkeit der Unterschrift im Anwendungsbereich der EU-EheGüterVO. Im Gegensatz zu Art. 5 Abs. 1 IPRG, wo eine IPR-autonome Auslegung der Schriftform erfolgt, verlangt das Schrifttum bei Art. 53 Abs. 1 IPRG die einfache Schriftlichkeit nach Art. 13 ff. OR.⁶² Demnach ist die Rechtswahl von beiden Ehegatten eigenhändig zu unterzeichnen, nicht jedoch zu datieren. Die Formvorschriften der EU-EheGüterVO sind insofern strenger, als die Vereinbarung nebst der (eigenhändigen) Unterzeichnung ebenfalls von den Ehegatten zu datieren ist. Im Übrigen wurde im Gegensatz zur EU-EheGüterVO den neuen Textformen in Art. 53 IPRG nicht Rechnung getragen. Im Rechtsverkehr mit der Schweiz kann dies zu folgender Konstellation führen: Deutsche Ehegatten verständigen sich im Vorfeld ihrer Ehe aufgrund ihrer beruflichen Reisetätigkeit notgedrungen per E-Mail über ihre güterrechtlichen Belange. Dabei vereinbaren sie sogleich die Zuständigkeit der Zürcher Gerichte und die Anwendung schweizerischen Rechts, da sie in nächster Zeit einen Umzug nach Zürich planen und sich dort niederlassen möchten. Die Gerichtsstandswahl hält Bestand, nicht jedoch die Rechtswahl: Einerseits muss ein Ehevertrag – gleich wie in Deutschland – öffentlich beurkundet werden (Art. 184 ZGB), andererseits genügt eine E-Mail der einfachen Schriftlichkeit nach Art. 13 ff. OR gerade nicht, da gemäss Art. 14 Abs. 2 OR die Nachbildung der eigenhändigen Schrift auf mechanischem Wege nur dann als genügend anerkannt wird, wo deren Gebrauch im Verkehr üblich ist. Es fragt sich deshalb, ob nicht auch die Schriftform nach Art. 53 Abs. 1 IPRG einer IPR-autonomen Auslegung zu öffnen ist, um den modernen Kommunikationsformen Rechnung zu tragen.

V. Schlussbemerkung

Mit der EU-EheGüterVO wurde das IPR zwar auf europäischer Ebene vereinheitlicht, aufgrund der Komplexität der Bestimmungen jedoch nicht zwingend vereinfacht. Die Verordnung steht jedoch ganz unter dem Motto: Stärkung der Parteiautonomie. Obwohl auch das IPRG ganz dem Trend folgt, wird die Einführung der Güterrechtsverordnung die Beratungspraxis im Rechtsverkehr zwischen den an ihr teilnehmenden Mitgliedstaaten sowie der Schweiz fordern. Die soeben dargestellten Stolpersteine und Lösungsmöglichkeiten sollen den interessierten Leser beim Gebrauch der Instrumente der Parteiautonomie, welche nach wie vor probate Mittel sind, um den Interessen und dem Vertrauen der Ehepartner gebührend Rechnung zu tragen, sensibilisieren, erheben jedoch keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

⁶² BSK IPRG-COURVOISIER, Art. 53 N 4; CHK IPRG-ZEITER/KOLLER, Art. 53 N 4; DUTOIT, Art. 53 N 1; ZK IPRG-HEINI, Art. 53 N 1.

Literaturverzeichnis

- BUCHER ANDREAS (Hrsg.), *Commentaire Romand Loi sur le droit international privé*, Convention de Lugano, Basel 2011 (zit. CR LDIP-BEARBEITER/IN)
- DUTTA ANATOL, *Entwicklungen im internationalen Familien- und Erbrecht der Europäischen Union bis Gogova*, ZEuP 2016, S. 427 ff. (zit. DUTTA)
- FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/MÜLLER-CHEN MARKUS (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK IPRG-BEARBEITER/IN)
- GIRSBERGER DANIEL/HEINI ANTON/KELLER MAX/KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/SIEHR KURT/VISCHER FRANK/VOLKEN PAUL (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2. Aufl., Zürich 2004 (zit. ZK IPRG-BEARBEITER/IN)
- HONSELL HEINRICH/VOGT PETER N./SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), *Basler Kommentar Internationales Privatrecht*, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN)
- KROLL-LUDWIGS KATHRIN, *Stärkung der Parteiautonomie durch die Europäischen Güterrechtsverordnungen*, NZFam 2016, S. 1061 ff. (zit. KROLL-LUDWIGS)
- MARKUS ALEXANDER R., *Internationales Zivilprozessrecht*, Bern 2014 (zit. MARKUS)
- MARTINY DIETER, *Die Anknüpfung güterrechtlicher Angelegenheiten nach der Europäischen Güterrechtsverordnung*, ZfPW 2017, S. 1 ff. (zit. MARTINY)
- RAUSCHER THOMAS, *Internationales Privatrecht, mit internationalem Verfahrensrecht*, 5. Aufl., Heidelberg 2017 (zit. RAUSCHER)
- RAUSCHER THOMAS (Hrsg.), *Kommentar zum Europäischen Zivilprozess- und Kollisionsrecht, EuZPR/EuIPR*, Bd. IV, 4. Aufl., Köln 2015 (zit. RAUSCHER-BEARBEITER/IN)
- REISER HANS, *Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem IPR-Gesetz, Zugleich ein Beitrag zur Schiedsabrede*, Zürich 1989 (zit. REISER)
- RODRÍGUEZ RODRIGO JULIANA/MILLER KATHARINA, *Güterrechtsverordnung für europäische Ehegatten*, NZFam 2016, S. 1065 ff. (zit. RODRÍGUEZ RODRIGO/MILLER)
- SAENGER INGO/BENDTSEN RALF (Hrsg.), *Zivilprozessordnung: ZPO*, 7. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit. NemosKomm. ZPO-BEARBEITER/IN)