



ELISABETH RINDERKNECHT / MARKUS MÜLLER-CHEN

Zuständigkeitsrechtliche Abwehrmassnahmen schweizerischer Unternehmen im internationalen Verhältnis

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Abstrakte Präventivmassnahmen
 - A. Beeinflussung ausländischer Zuständigkeitsregeln
 1. Allgemeines
 2. Bei einer deutschen Klagpartei
 - a. Grundlegende Bemerkungen zum Internationalen Zivilverfahrensrecht im Anwendungsbereich des LugÜ
 - b. Überblick über die Zuständigkeitsregeln des LugÜ
 - c. Handlungsspielraum zur Beeinflussung zuständigkeitsbegründender Merkmale
 3. Bei einer U.S.-amerikanischen Klagpartei
 - a. Grundlegende Bemerkungen zum U.S.-amerikanischen Rechtssystem
 - b. Übersicht über die U.S.-amerikanischen Zuständigkeitsregeln
 - c. Handlungsspielraum zur Beeinflussung zuständigkeitsbegründender Merkmale
 4. Zusammenfassung
 - B. Gerichtsstandsvereinbarung
 1. Allgemeines
 2. Voraussetzungen
 3. Wirkungen
 - a. Prorogation
 - b. Derogation
 4. Zusammenfassung
 - C. Schiedsvereinbarung
 1. Allgemeines
 2. Voraussetzungen
 3. Wirkungen
 - a. Prorogation
 - b. Derogation
 - c. Unterlassungs- und Schadenersatzanspruch
 4. Zusammenfassung

- III. Konkrete Präventivmassnahmen
 - A. Präventive negative Feststellungsklage
 1. Allgemeines
 2. Voraussetzungen
 - a. Internationale Zuständigkeit
 - b. Keine prioritäre ausländische Rechtshängigkeit
 - c. Feststellungsinteresse
 3. Wirkungen
 - a. Bei einer deutschen Klagpartei
 - b. Bei einer U.S.-amerikanischen Klagpartei
 4. Zusammenfassung
 - B. Prozessführungsverbot
 1. Allgemeines
 2. Anti-suit injunction im englischen Recht
 - a. Herkunft des Rechtsinstituts
 - b. Erlass von transnationalen anti-suit injunctions
 3. Prozessführungsverbot im schweizerischen Recht
 - a. Bei einer deutschen Klagpartei
 - b. Bei einer U.S.-amerikanischen Klagpartei
 4. Zusammenfassung
- IV. Zusammenfassung und kritische Würdigung

Der vorliegende Aufsatz untersucht, welche zuständigkeitsrechtlichen Massnahmen einem schweizerischen Unternehmen zur Verfügung stehen, um einen Prozess im Ausland abzuwehren. De lege lata sind die vertraglichen Zuständigkeitsvereinbarungen wirkungsvolle Verteidigungsstrategien gegen einen ausländischen Prozess. Die Schiedsvereinbarung hat aufgrund ihrer erleichterten Durchsetzbarkeit im Rahmen des NYÜ insbesondere im Verhältnis zu Drittstaaten einen erheblichen Vorteil gegenüber der Gerichtsstandsvereinbarung. Aufgrund der geänderten Rechtsprechung des Bundesgerichts zum forum running stellt nun auch die präventive negative Feststellungsklage im eurointernationalen Verhältnis ein sehr effizientes Instrument zur Vermeidung eines ausländischen Prozesses dar. Ausserhalb des Anwendungsbereichs des LugÜ können die Erfolgsaussichten dieser Abwehrmassnahme jedoch nicht einheitlich beurteilt werden und sind insbesondere bei der Abwehr eines Prozesses in den USA je nach Umständen eher gering. Die präventive Beeinflussung ausländischer Zuständigkeitsregeln stellt eine

ELISABETH RINDERKNECHT, M.A. HSG in Law. – Der vorliegende Aufsatz entspricht einer gekürzten und aktualisierten Version der Masterarbeit der Autorin, die sie am Lehrstuhl von Prof. Müller-Chen an der Universität St. Gallen (HSG) sowie während eines Auslandssemesters an der Harvard University, Cambridge (MA), verfasst hat.

MARKUS MÜLLER-CHEN, Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht, Internationales Privat- und Handelsrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität St. Gallen (HSG).

beschränkt effiziente Abwehrmassnahme dar. Das internationale Prozessführungsverbot steht der Abwehrklägerin als Abwehrmassnahme unter geltendem Recht überhaupt nicht zur Verfügung. De lege ferenda könnte die internationale Gerichtsstandsvereinbarung durch den Beitritt der Schweiz zum HGÜ eine erhebliche Stärkung erfahren. Würden zudem die U.S.-amerikanischen Absichten zur Vereinheitlichung der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen und damit der Behandlung ausländischer Parallelverfahren auf Bundesebene umgesetzt, würde der Wirkungskreis der präventiven negativen Feststellungsklage zusätzlich bedeutend erweitert. Diese rechtspolitischen Entwicklungen sind aus momentaner Sicht als nicht unwahrscheinlich einzustufen.

I. Einleitung

Zunehmende Globalisierung und technischer Fortschritt erhöhen die Anzahl grenzüberschreitender Rechtsverhältnisse. Auch die Schweiz beteiligt sich rege am internationalen Handel.¹ Der stärkste Handelspartner der Schweiz ist Deutschland, gefolgt von den USA.²

Eine vermehrte Internationalisierung erhöht auch das Risiko von Rechtsstreitigkeiten im internationalen Verhältnis. Prozesse im Ausland sind oft mit einer Handvoll Unannehmlichkeiten verbunden. Je nach Rechtsordnung sind die Konsequenzen, vor einem ausländischen Gericht verklagt zu werden, mehr oder weniger schwerwiegend.³

Unabhängig vom ausländischen Gerichtsstand kann generell ein Interesse an der Sicherung eines Heimvorteils bestehen: Die Vorteile eines inländischen Gerichtsstands sind zahlreich.⁴ Deshalb haben schweizerische

Unternehmen regelmässig ein Interesse zu erfahren, wie sie sich gegen einen potentiellen Prozess im Ausland zugunsten eines inländischen Prozesses wehren können. Das Ziel des vorliegenden Aufsatzes ist es daher, die zuständigkeitsrechtlichen Abwehrmassnahmen eines schweizerischen Unternehmens im internationalen Verhältnis zu erforschen.

Der Fokus liegt auf einer Herausarbeitung der relevanten Abwehrmassnahmen und einer Beurteilung ihrer Erfolgchancen in der Praxis; eine detaillierte theoretische Auseinandersetzung mit den rechtlichen Besonderheiten der jeweiligen Rechtsinstitute ist nicht Gegenstand dieses Aufsatzes. Sämtliche Abwehrmassnahmen werden entsprechend den erwähnten Handelsbeziehungen der Schweiz für den Fall einer deutschen sowie einer U.S.-amerikanischen Klagpartei geprüft.⁵ In diesem Zusammenhang werden auch die relevanten Grundlagen des U.S.-amerikanischen Rechtssystems und Internationalen Privatrechts erläutert. Die potentiellen Streitigkeiten sind privatrechtlicher Natur und betreffen vermögensrechtliche Ansprüche aus Vertrag oder gesetzlichen Schuldverhältnissen. Weiter wird aufgrund des beschränkten Umfangs dieses Aufsatzes lediglich auf die Abwehrmassnahmen im eigentlichen Sinn eingegangen, d.h. diejenigen vor Rechtshängigkeit des ausländischen Prozesses.⁶

Die Frage, wie sich ein schweizerisches Unternehmen gegen einen ausländischen Prozess wehren kann, stellt sich denn auch nicht erst bei Entstehen der entsprechenden Rechtsstreitigkeit, sondern schon in einem früheren Stadium. In einem ersten Teil werden deshalb die abstrakten Präventivmassnahmen behandelt, diejenigen also, welche unabhängig von einer tatsächlich drohenden Rechtsstreitigkeit der schweizerischen Abwehrklägerin⁷ Sinn machen. Dabei wird zuerst die Beeinflussung ausländischer Zuständigkeitsregeln untersucht, danach werden die Gerichtsstandsvereinbarung und die

¹ Im Jahr 2018 verzeichnete die Schweiz Warenexporte im Wert von 304 Mrd. CHF und Warenimporte im Wert von 273 Mrd. CHF; beide Angaben übersteigen die Werte des Vorjahrs: <<https://www.ezv.admin.ch/ezv/de/home/themen/schweizerische-aussenhandelsstatistik/daten/kennzahlen.html>> (Abruf 31.1.2020).

² Im Jahr 2018 war das wichtigste Abnehmerland Deutschland mit einem Exportwert von 47 Mrd. CHF, das zweitwichtigste Abnehmerland war die USA mit einem Exportwert von 40 Mrd. CHF. Auf der Liste der wichtigsten Herkunftsländer standen Deutschland und die USA an erster bzw. dritter Stelle mit einem Importwert von 57 bzw. 21 Mrd. CHF: <<https://www.ezv.admin.ch/ezv/de/home/themen/schweizerische-aussenhandelsstatistik/daten/kennzahlen.html>> (Abruf 31.1.2020).

³ Beispiele dafür ergeben sich im Verlauf des Aufsatzes.

⁴ Parteien neigen zum Prozessieren im Inland, weil sie mit dem materiellen und prozessualen Recht vertraut sind, auf lokale und vertraute Anwälte zurückgreifen können, die Verfahrenssprache beherrschen, die geographische Nähe des Gerichts oder die erleichterte Vollstreckung des Urteils schätzen usw. Vgl. JENNIFER ANTONIO, Schadensersatz wegen der Verletzung einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung? Eine Untersuchung von Schadensersatz- und anderen materiellrechtlichen Erstattungsansprüchen wegen der Missachtung einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung, Diss. Tübingen 2017, 47 f.; REINHOLD GEIMER, Internationales Zivilprozess-

recht, 8. A., Köln 2020, N 78a ff. Auch die Verfahrensdauer und das (fehlende) Vertrauen in die ausländische Justiz sind relevante Kriterien, dazu FELIX DASSER, Rechtshängigkeit international – neue Spielregeln für forum running, in: Alexander R. Markus/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Rechtshängigkeit – national und international, Bern 2018, 79 ff.

⁵ Deutscher Kläger im Rahmen des vorliegenden Aufsatzes meint sowohl Wohnsitz in Deutschland als auch deutsche Staatsangehörigkeit. Der Einfachheit halber wird zudem fingiert, dass der potentielle deutsche Kläger lediglich eine Klage in seinem Heimatstaat anstrebt; seine Wahl könnte selbstverständlich auch auf einen anderen Gerichtsstand fallen. Die gleiche Hypothese gilt entsprechend für den potentiellen U.S.-amerikanischen Kläger.

⁶ Nicht behandelt werden Massnahmen während und insb. nach ausländischer Rechtshängigkeit, wie bspw. die Vermeidung von Urteilswirkungen im Inland durch Verhinderung der Anerkennung und Vollstreckung des Entscheids.

⁷ Das schweizerische Unternehmen, welches einen Prozess im Ausland zu umgehen versucht, wird generell als Abwehrklägerin bezeichnet, vgl. GION JEGHER, Abwehrmassnahmen gegen ausländische Prozesse im internationalen Zivilverfahrensrecht der Schweiz, Diss. Zürich 2003, 7.

Schiedsvereinbarung behandelt. In einem zweiten Teil werden die konkreten Präventivmassnahmen analysiert, d.h. diejenigen, die sich bei unmittelbarem Verdacht auf eine potentielle ausländische Klageeinleitung aufdrängen. Hier stehen die präventive negative Feststellungsklage und das Prozessführungsverbot im Vordergrund. Eine Zusammenfassung und eine kritische Würdigung bilden den Abschluss dieses Aufsatzes.

II. Abstrakte Präventivmassnahmen

A. Beeinflussung ausländischer Zuständigkeitsregeln

1. Allgemeines

Kommt es zu einer internationalen Streitigkeit zwischen zwei oder mehreren Parteien, bestimmt das angerufene Gericht seine Zuständigkeit nach dem Internationalen Privatrecht seines Staates. Liegt keine Abmachung zwischen den Parteien über die Zuständigkeit vor,⁸ so kommen die gesetzlichen Zuständigkeitsregeln zum Zug. Durch die bewusste Beeinflussung zuständigkeitsbegründender Merkmale kann versucht werden, eine ausländische Zuständigkeitsbegründung zu verhindern und das Risiko eines Prozesses im Ausland zu umgehen. Ob und inwiefern dies eine effektive Massnahme für die Abwehrklägerin darstellt, ist im Folgenden zu prüfen. Dazu werden – gemäss der Grundstruktur dieses Aufsatzes – die relevanten Zuständigkeitsregeln bei einer Streitigkeit mit einer deutschen sowie mit einer U.S.-amerikanischen Klagpartei untersucht.⁹

⁸ Dazu hinten II.B.

⁹ Die Beeinflussung ausländischer Zuständigkeitsregeln wird vorliegend als abstrakte Präventivmassnahme dargestellt, kann aber unter Umständen auch bei konkret drohender Streitigkeit Sinn machen. Dies insb. dann, wenn der Zeitpunkt zur Bestimmung der zuständigkeitsbegründenden Merkmale, also die Fixierung der Zuständigkeit in der ausländischen Rechtsordnung, relativ spät eintritt oder der Grundsatz der *perpetuatio fori* nicht gilt, d.h. eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse nach Klageeinleitung zum Wegfall der Zuständigkeit führen könnte: JEGHER (FN 7), 55. Denkbar wäre bspw., den ausländischen Sitz oder Hauptgeschäftsort zu verlegen oder sonstige potentiell zuständigkeitsbegründende Kontakte zum ausländischen Forumstaat abzubrechen. Die Lehre steht diesen Manipulationsmöglichkeiten ablehnend gegenüber: vgl. BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ, Art. 5 N 734, in: Christian Oetiker/Thomas Weibel (Hrsg.), Basler Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, 2. A., Basel 2016 (zit. BSK LugÜ-VERFASSER/IN); GEIMER (FN 4), N 1830 ff., insb. 1835; JEGHER (FN 7), 55 Fn. 258; HAIMO SCHACK, Internationales Zivilverfahrensrecht, Mit internationalem Insolvenz- und Schiedsverfahrensrecht, 7. A., München 2017, N 392. Hingegen weniger streng bspw. BGH, 12.6.2007, IPRax 2008, 128 ff., wonach dem Kläger die Auflösung einer Niederlassung nach Entstehung des Vertragsanspruchs, aber vor Rechtshängigkeit der Klage entgegengehalten werden konnte. Im Falle einer Klage in den USA ist die Frage aufgrund des besonderen Zuständigkeitssystems und der äusserst uneinheitlichen Rechtsprechung der Instanzengerichte – der U.S. Supreme

2. Bei einer deutschen Klagpartei

a. Grundlegende Bemerkungen zum Internationalen Zivilverfahrensrecht im Anwendungsbereich des LugÜ

Wird bei einem deutschen Gericht eine Klage gegen die schweizerische Abwehrklägerin anhängig gemacht, konsultiert dieses zur Prüfung seiner Zuständigkeit primär die einschlägigen Staatsverträge sowie subsidiär sein autonomes Recht.¹⁰ Für die gemäss der Aufgabenstellung definierte Streitigkeit kommt als Staatsvertrag das LugÜ für die Prüfung der Zuständigkeit zur Anwendung, da der sachliche und räumlich-persönliche Anwendungsbereich des Abkommens erfüllt ist.¹¹ Da die örtliche Zuständigkeit im Rahmen der Fragestellung nicht relevant ist, wird das autonome deutsche Internationale Zivilprozessrecht¹² an dieser Stelle ausser Acht gelassen.¹³ Es erfolgt daher ein Überblick über die Zuständigkeitsregeln nach dem LugÜ, die für die Abwehrklägerin als Beklagte bei einem Rechtsstreit mit einer deutschen Klagpartei im Sinne der Aufgabenstellung relevant sind.

Court hat die Frage nie explizit entschieden – schwieriger zu beantworten. Der relevante Zeitpunkt zur Bestimmung der Zuständigkeit variiert zwischen dem Zeitpunkt, in dem der Klageanspruch entstanden ist (the time the cause of action arose), in dem die Klage eingereicht wurde (the time the suit was filed) oder ein sinnvoller (reasonable) Zeitpunkt vor sowie nach diesen beiden Zeitpunkten. Manipulationsmöglichkeiten in besagtem Sinn würden denn auch von den Gerichten berücksichtigt. Siehe zum Thema TODD DAVID PETERSON, *The Timing of Minimum Contacts*, Geo. Wash. L. Rev. 79/2010, 101 ff., insb. 147 ff. und 158 f. mit umfangreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung.

¹⁰ Staatsverträge gehen wie im schweizerischen (Art. 1 Abs. 2 IPRG) auch im deutschen (Art. 3 Abs. 2 EGBGB) und U.S.-amerikanischen Internationalen Privatrecht (Art. VI Cl. 2 U.S. Constitution) dem nationalen Recht vor.

¹¹ Es liegt eine Zivil- und Handelsache vor (sachlicher Anwendungsbereich, Art. 1 Abs. 1 LugÜ; keine Ausnahme findet Anwendung, Art. 1 Abs. 2 LugÜ) und die schweizerische Beklagte hat ihren Wohnsitz in der Schweiz (räumlich-persönlicher Anwendungsbereich, Art. 2 Abs. 1 LugÜ).

¹² Es käme die deutsche ZPO zur Anwendung. In der ZPO finden sich nur wenige ausdrückliche Bestimmungen zur internationalen Zuständigkeit; es gilt jedoch das Prinzip, dass die örtliche Zuständigkeit eines deutschen Gerichts auch die internationale Zuständigkeit indiziert, d.h. Deutschland ist immer international zuständig, sobald mind. ein deutsches Gericht örtlich zuständig ist: GEIMER (FN 4), N 943 ff.; HEINRICH NAGEL/PETER GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, 7. A., Köln 2013, § 3 N 419; SCHACK (FN 9), N 236 jeweils mit zahlreichen Hinweisen auf die einheitliche Rechtsprechung.

¹³ Ausnahmsweise wird das gliedstaatliche Recht auch zur Auslegung einzelner Vorschriften bzw. Begriffe des LugÜ, bspw. des Erfüllungsorts nach Art. 5 Abs. 1 lit. a LugÜ herbeigezogen, ansonsten gilt das Prinzip der vertragsautonomen Auslegung: statt vieler Dike-Komm. LugÜ-GROLIMUND, *Allgemeine Einleitung*, N 16 ff., in: Anton K. Schnyder (Hrsg.), *Lugano-Übereinkommen (LugÜ) zum internationalen Zivilverfahrensrecht*, Kommentar, Zürich 2011 (zit. Dike-Komm. LugÜ-VERFASSER/IN).

b. Überblick über die Zuständigkeitsregeln des LugÜ

Die Grundnormen der Bestimmung der Entscheidungszuständigkeit im LugÜ sind Art. 2 und 5. Art. 2 LugÜ sieht einen allgemeinen Gerichtsstand im Staat vor, in dem die beklagte Partei Wohnsitz hat, und führt somit – im Rahmen der vorliegenden Aufgabenstellung – stets zu einem Gerichtsstand in der Schweiz.¹⁴ Bei einer Streitigkeit mit einer deutschen Klagpartei für die Abwehrklägerin nachteilig – und daher Ziel möglicher Abwehrmassnahmen – sind hingegen diejenigen Regeln, die einen Gerichtsstand in Deutschland begründen. Es sind folgende Bestimmungen zu beachten: Bei Klageansprüchen aus Vertrag ist das zuständigkeitsbegründende Merkmal des Erfüllungsortes nach Art. 5 Abs. 1 LugÜ relevant. Praktisch relevant sein könnte auch das zuständigkeitsbegründende Merkmal des Ortes einer Zweigniederlassung, Agentur oder sonstigen Niederlassung nach Art. 5 Abs. 5 LugÜ.¹⁵ Potentiell nachteilig sind des Weiteren die besonderen Gerichtsstände am Wohnsitz der klagenden Partei bei Versicherungs-¹⁶ und Verbrauchersachen¹⁷ und am Ort der gewöhnlichen Arbeitsverrichtung bei Streitigkeiten aus Arbeitsverträgen.¹⁸ Zu beachten ist auch der ausschliessliche Gerichtsstand am Belegenheitsort unbeweglicher Sachen bei dinglichen Ansprüchen und bei Ansprüchen aus Miete und Pacht¹⁹ sowie der ausschliessliche Gerichtsstand am Ort der Eintragung von Immaterialgüterrechten.²⁰ Bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung kommt Art. 5 Abs. 3 LugÜ zur Anwendung, wonach ein Gerichtsstand nach

Wahl der Klagpartei am Erfolgs- sowie am Handlungs-ort besteht.²¹

c. Handlungsspielraum zur Beeinflussung zuständigkeitsbegründender Merkmale

Zur Abwehr des potentiellen Gerichtsstands in Deutschland aufgrund von Art. 5 Abs. 1 LugÜ kommt der Abschluss einer Vereinbarung über den Erfüllungsort der vertraglichen Leistung in Frage.²² Wird ein Erfüllungsort in der Schweiz vereinbart, führt dies über Art. 5 Abs. 1 lit. a zu einem Gerichtsstand in der Schweiz. Weil die Erfüllungsortvereinbarung die gleichen Wirkungen zeitigt wie eine Gerichtsstandsvereinbarung,²³ im Gegensatz zu dieser aber formfrei erfolgen kann,²⁴ ist darauf zu achten, dass der vereinbarte Erfüllungsort der Vertragswirklichkeit entspricht, ansonsten eine Umgehung der Formvorschriften nach Art. 23 LugÜ vorliegt und die Erfüllungsortvereinbarung nichtig ist.²⁵ Weiter wäre grundsätzlich denkbar, dass die Abwehrklägerin keine

¹⁴ Art. 60 Abs. 1 LugÜ.

¹⁵ Art. 5 Abs. 5 LugÜ umfasst vertragliche und gesetzliche Ansprüche. Zur Auslegung des Niederlassungsbegriffs siehe EuGH, Rs. C-33/78, 22.11.1978, Somafer v. Saar-Ferngas, N 12 sowie SHK LugÜ-OBERHAMMER, Art. 5 N 134 ff., in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen (LugÜ), Kommentar, 2. A., Bern 2011 (zit. SHK LugÜ-VERFASSER/IN). Tochtergesellschaften sind nicht vom Niederlassungsbegriff erfasst, sofern sie nicht im Namen der Mutter auftreten und nicht nach ihrer Aufsicht und Leitung Geschäfte abschliessen; vgl. EuGH, Rs. C-218/86, 9.12.1987, SAR Schotte v. Parfums Rothschild, N 17; siehe BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ (FN 9), Art. 5 N 720; SHK LugÜ-OBERHAMMER (FN 15), Art. 5 N 136 jeweils mit Hinweisen auf die kontroversen Lehrmeinungen. Beachte auch die praktisch weniger relevante Zuständigkeit nach Art. 5 Abs. 6 LugÜ und die kaum beeinflussbaren zuständigkeitsbegründenden Merkmale nach Art. 6 LugÜ.

¹⁶ Art. 9 Abs. 1 lit. b LugÜ. Vgl. auch Art. 10 und 11 LugÜ.

¹⁷ Art. 16 Abs. 1 LugÜ.

¹⁸ Art. 19 Abs. 2 lit. a. LugÜ.

¹⁹ Art. 22 Ziff. 1 LugÜ.

²⁰ Art. 22 Ziff. 4 LugÜ. Nur Klagen betreffend Eintragung und Gültigkeit von Immaterialgüterrechten fallen unter Art. 22 Ziff. 4 LugÜ, Verletzungen von Immaterialgüterrechten fallen unter Art. 5 Abs. 3 LugÜ: BGer, 4P.17/2001, 18.4.2001, E. 3.c (Patentverletzungen); BGer, 4C.341/2005, 6.3.2007, E. 4.1; BGer, 4C.40/2007, 24.4.2007, E. 7.2 (Markenverletzungen); Botschaft betreffend das Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 21. Februar 1990, BBl 1990 II 265 ff., 294. Zur Lehre siehe nur BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ (FN 9), Art. 5 N 504 m.w.H.

²¹ EuGH, Rs. C-21/76, 30.11.1976, Bier v. Mines de Potasse d'Alsace, N 1 ff.; EuGH, Rs. C-51/97, 27.10.1998, Réunion européenne SA u.a. v. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV, N 28; Rs. C-523/10, 19.4.2012, Wintersteiger AG v. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH, N 19; BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ (FN 9), Art. 5 N 449; SHK LugÜ-OBERHAMMER (FN 15), Art. 5 N 144 ff.

²² Die Erfüllungsortvereinbarung ist wie die Gerichtsstandsvereinbarung eine vertragliche Massnahme; sie verzichtet aber – anders als die Gerichtsstandsvereinbarung – nicht auf jeden objektiven Zusammenhang zwischen dem Rechtsverhältnis und dem vereinbarten Gericht und führt nur aufgrund der allgemeinen Zuständigkeitsregeln zum betreffenden Gerichtsstand, vgl. EuGH, Rs. C-56/79, 17.1.1980, Zelger v. Salinitri, N 4. Deshalb wird sie als Massnahme zur Beeinflussung ausländischer Zuständigkeitsnormen erwähnt. Beachte auch Art. 57 CISG für internationale Kaufverträge.

²³ ANDREAS BUCHER/ANDREA BONOMI, Droit international privé, 3. A., Basel 2013, N 113; ANDREAS FURRER/DANIEL GIRSBERGER/MARKUS MÜLLER-CHEN/DOROTHEE SCHRAMM, Internationales Privatrecht, 4. A., Zürich 2019, Kap. 7 N 57 und 62 f.; ALEXANDER R. MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht, Bern 2014, N 544; ZK IPRG-MÜLLER-CHEN, Art. 5 N 25, in: Markus Müller-Chen/Corinne Widmer Lüchinger (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 3. A., Zürich 2018 (zit. ZK IPRG-VERFASSER/IN).

²⁴ Vgl. Art. 74 Abs. 1 OR; BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ (FN 9), Art. 5 N 231.

²⁵ Es wird vorausgesetzt, dass der vereinbarte Erfüllungsort der Vertragswirklichkeit entspricht und die Vertragsverhältnisse einen objektiven Zusammenhang zu dem durch die Erfüllungsortvereinbarung berufenen Gericht aufweisen. Ist dies nicht der Fall, spricht man von einer sog. abstrakten Erfüllungsortvereinbarung, welche unzulässig ist: EuGH, Rs. C-106/95, 20.2.1997, MSG, Mainschiffahrts-Genossenschaft eG v. Les Gravières Rhénanes SARL, N 31 ff.; BGE 140 III 170, E. 2.2.2; BGE 122 III 249, E. 3.b.a.a.; BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ (FN 9), Art. 5 N 325 f.; CR CL-BONOMI, Art. 5 LDIP N 70, vgl. aber N 234, in: Andreas Bucher (Hrsg.), Loi sur le droit international privé/Convention de Lugano, Basel 2011 (zit. CR CL-VERFASSER/IN); FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM (FN 23), Kap. 7 N 67 ff.; JAN KROPHOLLER/JAN VON HEIN, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. A., Frankfurt a.M. 2011, Art. 5 EuGVVO N 35; SHK LugÜ-KILLIAS (FN 15), Art. 5 N 35 f.

Versicherungs- oder Verbrauchergeschäfte mit deutschen Vertragsparteien abschliesst und auch keine Niederlassung in Deutschland betreibt, die dort Klagen aus ihrem Betrieb verursachen oder den dort angestellten Arbeitnehmern einen Gerichtsstand für Klageansprüche aus dem Arbeitsverhältnis eröffnen könnte. Entsprechendes gilt für die ausschliesslichen Zuständigkeiten nach Art. 22 LugÜ. Im Bereich unerlaubter Handlungen besteht aufgrund der Unmittelbarkeit bzw. fehlenden Systematik und Planung dieser Handlungen wohl weniger Handlungsspielraum. Auch hier müsste jedoch die Ausrichtung der geschäftlichen Tätigkeit auf das Inland reduziert werden, um einen ausländischen Erfolgs- und Handlungsort zu verhindern, wobei auch dann ein ausländischer Erfolgsort nicht zuverlässig auszuschliessen wäre (bspw. bei Distanzdelikten im Falle der Produkthaftung oder von Persönlichkeitsverletzungen).²⁶ Es zeigt sich also, dass selbst eine Reduktion der geschäftlichen Tätigkeiten auf das Inland nicht in jedem Falle einen deutschen Gerichtsstand auszuschliessen vermag. Der Handlungsspielraum der Abwehrklägerin zur Beeinflussung zuständigkeitsbegründender Merkmale im Rahmen des LugÜ ist mit Ausnahme der Erfüllungsortvereinbarung eher gering.

3. Bei einer U.S.-amerikanischen Klagpartei

a. Grundlegende Bemerkungen zum U.S.-amerikanischen Rechtssystem

i. Rechtssystem und Gerichtsorganisation

Die USA gehören dem *common law*-Rechtskreis an.²⁷ Der Begriff *common law* hat verschiedene Bedeutungen;²⁸ verstanden wird darunter generell die anglo-amerikanische Rechtstradition, die sich überwiegend auf Fallrecht stützt,²⁹ im Gegensatz zum *civil law*, dessen Rechtsordnung primär aus umfangreichen Kodifikationen besteht.³⁰ Das Fall- oder Richterrecht ist vom Prinzip der *stare decisis* geprägt: Das Gericht ist in seiner Entscheidung an frühere Entscheidungen in gleich-

gelagerten Fällen (Präzedenzfälle, sog. *precedents*) gebunden.³¹ Dies beeinflusst in hohem Masse den Prozess bzw. die Prozessführung insbesondere von Parteien aus Staaten, die dem *civil law*-Rechtskreis angehören – wie die Schweiz.³²

Eine weitere Besonderheit des U.S.-amerikanischen Rechtssystems zeigt sich in der Gerichtsorganisation. In den USA existieren zwei parallele Gerichtssysteme: Die Bundesgerichtsbarkeit und die gliedstaatliche Gerichtsbarkeit.³³ Das bedeutet, dass es in jedem der 50 Bundesstaaten einerseits Bundesgerichte (*federal courts*)³⁴ und andererseits gliedstaatliche Gerichte (*state courts*)³⁵ gibt. Anders als in der Schweiz existieren dabei nicht nur auf der gliedstaatlichen Ebene, sondern auch auf Bundesebene drei Instanzen.³⁶ Bundesgerichte fungieren denn

³¹ Siehe dazu ULRIKE BÖHM, *Amerikanisches Zivilprozessrecht*, Köln 2005, N 194 ff.; DAVID S. CLARK, *The Sources of Law*, in: David S. Clark/Tuğrul Ansay (Hrsg.), *Introduction to the Law of the United States*, 2. A., Den Haag 2002, 35 ff., 38; BRYAN A. GARNER, *Black's Law Dictionary*, 10. A., St. Paul 2014, 1295 f.; HAY (FN 29), N 20. Vgl. zur Rolle von precedents im schweizerischen Rechtssystem MARKUS MÜLLER-CHEN, *Precedent in Switzerland*, in: Carl Baudenbacher/Simon Planzer (Hrsg.), *International Dispute Resolution, The Role of Precedent*, Stuttgart 2011, 13 ff., 14 ff.

³² Vgl. DAVID DEBUSSCHERE/BARBARA KLETT, *Prozessieren in den USA*, HAVE 2015, 278 ff.; JACK H. FRIEDENTHAL/MARY KAY KANE/ARTHUR R. MILLER, *Civil Procedure*, 5. A., St. Paul 2015, 2; STEPHEN N. SUBRIN/MARGARET Y. K. WOO, *Litigating in America, Civil Procedure in Context*, New York 2006, 25; LINHART (FN 27), 219; ausführlich HAY (FN 29), N 20 ff., insb. 25 ff.; generell BÖHM (FN 31), N 43 ff., insb. 194 ff.; PLAYER (FN 29), 2 f.

³³ BÖHM (FN 31), N 141 ff.; ADRIAN DÖRIG, *Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer Entscheidungen in der Schweiz*, Diss. St. Gallen 1998, 123; FRIEDENTHAL/KANE/MILLER (FN 32), 4; EVGENIA PEIFFER, *Schutz gegen Klagen im forum derogatum, Gültigkeit und Durchsetzung von Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Rechtsverkehr, Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter der Berücksichtigung ökonomischer Aspekte*, Diss. Tübingen 2013, 33; ANDREA SCHULZ, *Zuständigkeit und gerichtliches Ermessen in Mehrrechtssystemen, Zur Verfahrensabgabe über Jurisdiktionsgrenzen am Beispiel der USA, Kanadas und Australiens*, *RabelsZ* 2005, 419 ff., 421.

³⁴ Von der untersten zur obersten Instanz genannt U.S. District Courts, U.S. Courts of Appeals und der U.S. Supreme Court: HAY (FN 29), N 106 ff.; FRIEDENTHAL/KANE/MILLER (FN 32), 5 ff.; JOHN B. OAKLEY/VIKRAM D. AMAR, *American Civil Procedure: A Guide to Civil Adjudication in US Courts*, Austin 2009, 37 ff.; SCHULZ (FN 33), 423. Zudem bestehen spezialisierte Bundesgerichte wie der United States Court of International Trade oder Insolvenzgerichte: SCHULZ (FN 33), 423; BÖHM (FN 31), N 159 ff.

³⁵ Von der untersten zur obersten Instanz i.d.R. genannt: Trial Courts, Intermediate Appellate Courts und Court of Last Resort (meist Supreme Court oder Supreme Judicial Court): FRIEDENTHAL/KANE/MILLER (FN 32), 5; HAY (FN 29), N 117 ff.; OAKLEY/AMAR (FN 34), 41; HAIMO SCHACK, *Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht*, 4. A., München 2011, N 8.

³⁶ FRIEDENTHAL/KANE/MILLER (FN 32), 5. Es gibt jedoch auch Staaten mit nur zwei Instanzen, welche auf die erste Rechtsmittelinstanz verzichten und direkt zum State Supreme Court führen, vgl. BÖHM (FN 31), N 164. Teilweise sind den

²⁶ Präventive Massnahmen können auch im Bereich des Datenschutzes, Umweltbeeinträchtigungen, Immissionen, bei Verletzung von Immaterialgüterrechten oder bei unlauterem Wettbewerb Sinn machen.

²⁷ Statt vieler: MARKUS MÜLLER-CHEN/CHRISTOPH MÜLLER/CORINNE WIDMER LÜCHINGER (Hrsg.), *Comparative Private Law*, Zürich 2015, N 710. Eine Ausnahme ist der Bundesstaat Louisiana, welcher nach Übernahme des französischen Code Civil im 19. Jahrhundert grds. dem *civil law*-Rechtskreis zugeordnet wird: KARIN LINHART, *Einführung in Recht und Gerichtsorganisation der USA*, *ZfRV* 2007, 217 ff., 218.

²⁸ Vgl. MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER (FN 27), N 591 ff.

²⁹ WILLIAM BURNHAM, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 6. A., St. Paul 2016, 39 ff.; PETER HAY, *Law of the United States*, 4. A., München 2016, N 17, 19; MACK A. PLAYER, *American Law in the Common Law Tradition, Foundations of the Law of the United States*, Lake Mary 2010, 4.

³⁰ Statt vieler: UWE KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, München 2015, § 6 N 1 ff., insb. N 8 ff.

auch nicht als Rechtsmittelinstanzen der gliedstaatlichen Gerichte, sondern es liegen separate, eigenständige Gerichtssysteme vor.³⁷

Zu unterscheiden ist dementsprechend auch zwischen zwei unabhängigen Rechtsordnungen: zwischen Bundesrecht (*federal law*)³⁸ und gliedstaatlichem Recht (*state law*).³⁹ Während Bundesgerichte auf Bundesrecht zurückgreifen, hat jeder der 50 Staaten seine eigene Rechtsordnung.⁴⁰ Die Eigenständigkeit dieser beiden Gerichtssysteme gilt es jedoch in zwei Aspekten einzuschränken: Erstens gibt es diverse Regeln, die es den Parteien in einem Rechtsstreit ermöglichen, zwischen der Zuständigkeit eines Bundesgerichts bzw. gliedstaatlichen Gerichts zu wählen; die Zuständigkeitssysteme sind mit anderen Worten nicht vollständig voneinander getrennt.⁴¹ Zweitens herrscht auch betreffend Anwendung des Rechts keine saubere Trennung, da Bundesgerichte unter gewissen Voraussetzungen nicht ihr eigenes, sondern nur gliedstaatliches Recht anwenden dürfen. Dies ist insbesondere bei internationalen Klagen der Fall, d.h., wenn die Parteien unterschiedlichen Bundesstaaten oder aber wie im vorliegenden Fall unterschiedlichen Ländern angehören (sog. *diversity jurisdiction*).⁴²

erstinstanzlichen Gerichten Spezialgerichte vorgeschaltet, sog. Inferior Courts: HAY (FN 29), N 117.

³⁷ Eine Ausnahme bildet der U.S. Supreme Court, welcher auch als Rechtsmittelinstanz letztinstanzlicher Entscheide von gliedstaatlichen Gerichten fungiert: 28 U.S.C. § 1257.

³⁸ Dazu gehören die Bundesverfassung, Bundesgesetze (*federal statutes*) und das Richterrecht der Bundesgerichte (*federal common law*) sowie die völkerrechtlichen Verträge der USA. Vgl. die Aufzählung in 28 U.S.C. § 1331; GEORGE A. BERMANN, *Transnational Litigation in a Nutshell*, St. Paul 2003, 77 f., 208.

³⁹ DÖRIG (FN 33), 127; vgl. SCHACK (FN 35), N 33.

⁴⁰ LINHART (FN 27), 218; HAY (FN 29), N 18: In vielen Staaten ist das Recht zwar ähnlich, aber keinesfalls einheitlich.

⁴¹ Erstens fungiert der U.S. Supreme Court teilweise auch als oberste Instanz für gliedstaatliche Gerichte: vgl. vorne FN 37. Zweitens gibt es auch konkurrierende Zuständigkeiten und die sog. *removal*, dazu sogleich hinten FN 49.

⁴² Dies ist zurückzuführen auf die berühmte Erie-Doktrin, wonach Bundesgerichte bei *diversity jurisdiction* das materielle Recht ihres Sitzstaates und nicht ihr eigenes Recht anwenden müssen, sofern sich die im Streit liegenden Ansprüche auf gliedstaatliches Recht stützen: *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 ff. (1983); § 4(k)(1)(a) FRCP; ausführlich zur Erie-Doktrin GARY BORN/PETER B. RUTLEDGE, *International Civil Litigation in United States Courts*, 6. A., New York 2018, 10 ff. Bezweckt wird damit die Rechtsvereinheitlichung innerhalb der einzelnen Staaten und die Vermeidung von *forum shopping*: JOSEPH W. GLANNON, *Civil Procedure*, 7. A., New York 2013, 185; HAY (FN 29), N 113. Die Erie-Doktrin gehört zu den komplexesten Materien des U.S.-amerikanischen Zivilprozessrechts. Die Problematik liegt u.a. in der unklaren Trennung zwischen materiellem und prozessualen Recht: BÖHM (FN 31), N 222; SCHACK (FN 35), N 33. Es wird danach unterschieden, ob die Bestimmung, um deren Anwendung es geht, «outcome determinative» ist, d.h. den Ausgang des Prozesses unmittelbar beeinflusst: *Guaranty Trust Co. v. York*, 326 U.S. 99, 109 (1945). In diesen Fällen müssen Bundesgerichte das materielle Recht ihres Sitzstaates inkl. Kollisionsrecht anwenden: JOHN HART ELY, *The Irrepressible Myth of Erie*, *Harvard Law Review* 87/1974, 693 ff., 693; zu

Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über die Grundlagen des U.S.-amerikanischen Zuständigkeitsystems gegeben werden, die im weiteren Verlauf des Aufsatzes relevant sind.

ii. Grundlagen des U.S.-amerikanischen Zuständigkeitsystems

Vorliegend relevant sind zwei Arten von Zuständigkeiten: die sachliche Zuständigkeit (*subject matter jurisdiction*) und die örtliche interstaatliche und internationale Zuständigkeit (*territorial jurisdiction*).⁴³ Die *subject matter jurisdiction* regelt die Kompetenzverteilung zwischen den Bundesgerichten und den gliedstaatlichen Gerichten. Sie gilt für gliedstaatliche Gerichte grundsätzlich umfassend, d.h., Bundesgerichte sind nur zuständig, wenn eine gesetzliche Grundlage dies vorsieht. Die allgemeine Zuständigkeit liegt bei den gliedstaatlichen Gerichten.⁴⁴ Bundesgerichte sind nur in wenigen Bereichen ausschliesslich zuständig,⁴⁵ konkurrierende Zuständigkeiten können in Fällen von *federal question jurisdiction*⁴⁶, *diversity jurisdiction*⁴⁷ oder *supplemental*

Letzterem siehe *Klaxon Co. v. Stentor Electric Manufacturing Co.*, 313 U.S. 487 ff. (1941). Zu materiellem Recht gehören bspw. die Regelung der Beweislast (*Palmer v. Hoffman*, 318 U.S. 109, 117 [1943]) und Verjährungsfristen (*Guaranty Trust Co. v. York*, 326 U.S. 99 ff. [1945]). Zur Kritik des U.S. Supreme Court an diesem Massstab: *Hanna v. Plumer*, 380 U.S. 460, 468 ff. (1965); SCHACK (FN 35), N 35, ISABEL SCHEUERMANN, *Internationales Zivilverfahrensrecht bei Verträgen im Internet*, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, europäischen und US-amerikanischen Zuständigkeitsrechts sowie der Anerkennung und Vollstreckung von Gerichtsentscheidungen im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr, Diss. Tübingen 2004, 194.

⁴³ Der Begriff *jurisdiction* ist nicht gleichzusetzen mit dem Begriff der Zuständigkeit im kontinentaleuropäischen Rechtskreis und geht über Letzteren hinaus: DÖRIG (FN 33), 128; ROLAND M. MÜLLER, *Anerkennung und Vollstreckung schweizerischer Zivilurteile in den USA*, Diss. Basel 1994, 57.

⁴⁴ Vgl. Art. III Sec. 2 U.S. Constitution i.V.m. 28 U.S.C. § 1330 ff. Ausschliessliche Zuständigkeit der Bundesgerichte besteht bspw. bei Streitigkeiten im Insolvenzrecht (28 U.S.C. § 1334), Patent- und Urheberrecht (28 U.S.C. § 1338), Seerecht (28 U.S.C. § 1333). Zu den übrigen Rechtsetzungskompetenzen des Bundes siehe Art. I Sec. 8 U.S. Constitution.

⁴⁵ HAY (FN 29), N 110.

⁴⁶ *Federal question jurisdiction* (28 U.S.C. § 1331) liegt vor, wenn der in Frage stehende Anspruch auf Bundesrecht beruht: HAY (FN 29), N 111; OAKLEY/AMAR (FN 34), 69 ff.; SCHULZ (FN 33), 424; ausführlich FRIEDENTHAL/KANE/MILLER (FN 32), 15 ff. Es muss bei der Zuständigkeitsprüfung für jeden Anspruch einzeln geprüft werden, ob er auf Bundesrecht basiert (*arising under federal law*), vgl. LINHART (FN 27), 222. Siehe auch *Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. v. Thompson*, 478 U.S. 804, 106 (1986). *Federal question jurisdiction* soll die einheitliche Auslegung von Bundesrecht gewährleisten: DÖRIG (FN 33), 147 m.w.H.

⁴⁷ Gemäss der *diversity of citizenship jurisdiction* nach 28 U.S.C. § 1332 wird eine Streitigkeit vor einem Bundesgericht ausgetragen, wenn die Parteien Angehörige unterschiedlicher Bundesstaaten sind oder mind. eine Partei ausländische Staatsangehörige ist (dazu ausführlich FRIEDENTHAL/KANE/MILLER [FN 32], 24 ff.; OAKLEY/AMAR [FN 34], 85 ff.), der Streitwert über USD 75'000 beträgt (28 U.S.C. § 1332 [a]) und

*jurisdiction*⁴⁸ vorliegen. In diesen Fällen kann der Kläger wählen, ob er die Streitigkeit vor dem Bundesgericht oder dem gliedstaatlichen Gericht austragen will.⁴⁹

Die *territorial jurisdiction* regelt die örtliche Zuständigkeit in interstaatlichen sowie internationalen Fällen.⁵⁰ Die *territorial jurisdiction* umfasst die *in personam jurisdiction* (*personal jurisdiction*), *in rem jurisdiction*⁵¹ und *quasi in rem jurisdiction*.⁵² Die wichtigste und vorliegend relevante Unterkategorie ist die *personal jurisdiction*: Sie bestimmt, ob ein Staat Gerichtsgewalt über die beklagte Partei ausüben kann, und bezeichnet somit die Reichweite der inländischen Gerichtsbarkeit bzw.

Hoheitsmacht.⁵³ Sie bestimmt daher ebenfalls die internationale Zuständigkeit.⁵⁴

Bundesgerichte haben eigene Rechtsquellen, um ihre Zuständigkeit zu bestimmen. Basiert der Klageanspruch auf Bundesrecht, so prüft das Bundesgericht seine Zuständigkeit nach § 4(k)(2) FRCP (*federal question jurisdiction und supplemental jurisdiction*)^{55,56}. Daneben bestehen spezielle materielle Bundesgesetze mit eigenen Zuständigkeitsregeln.⁵⁷ Basiert der Klageanspruch hingegen auf gliedstaatlichem Recht, so wendet das Bundesgericht zur Prüfung seiner Zuständigkeit das Recht seines Sitzstaates an.⁵⁸ Obwohl bei internationalen Sachverhalten (*diversity jurisdiction*) in aller Regel⁵⁹ Bundesgerichte für die Klage zuständig sind, die Bundesgerichte jedoch bei *diversity jurisdiction* gemäss der *Erie-Doktrin*⁶⁰ überwiegend gliedstaatliches Recht anwenden müssen, sind die bundesrechtlichen Zuständigkeitsregeln im vorliegenden Zusammenhang von untergeordneter Bedeutung. Im Folgenden wird ein Überblick⁶¹ über die relevanten zuständigkeitsbegründenden Merkmale in den gliedstaatlichen Rechtsordnungen gegeben.

der Fall nicht in die ausschliessliche Zuständigkeit gliedstaatlicher Gerichte fällt (bspw. Scheidungs-, Unterhalts- und Sorgerechtsstreitigkeiten, vgl. NORBERT SCHULTE, Die anderweitige (ausländische) Rechtshängigkeit im U.S.-amerikanischen Zivilprozessrecht, Diss. Berlin 2011, 48). Bei juristischen Personen gilt als Ort der citizenship der Gründungssitz oder Hauptgeschäftssitz (principal place of business), vgl. Hertz Corp. v. Friend, 559 U.S. 77 ff. (2010). Diversity wird restriktiv ausgelegt: Kein Kläger darf dem gleichen Staat angehören wie einer der Beklagten (Strawbridge v. Curtiss, 7 U.S. 267 ff. [1806]), was insb. bei class actions, bei denen eine Vielzahl an sich unbekanntem Klägern involviert ist, ins Gewicht fällt, vgl. OAKLEY/AMAR (FN 34), 72. Die diversity jurisdiction trägt den Interessen der sog. out-of-state party Rechnung, welche vorzugsweise Bundesrecht und nicht das Recht des Staates, dessen Staatsangehörige die Gegenpartei ist, auf den Fall angewandt haben will; vgl. PEIFFER (FN 33), 35 f.; SCHULTE (FN 47), 48; CHARLES WRIGHT/MARY KANE, Law of Federal Courts, 8. A., St. Paul 2017, 141 ff.

⁴⁸ Die sachliche Zuständigkeit von Bundesgerichten kann durch die supplemental jurisdiction nach 28 U.S.C. § 1367 erweitert werden, indem auf gliedstaatlichem Recht beruhende Ansprüche einer Klage vor einem Bundesgericht, welche grds. auf Bundesrecht beruht, angehängt werden, sofern die Ansprüche auf einem einheitlichen Lebenssachverhalt beruhen. Vgl. LINHART (FN 27), 223, welche die supplemental jurisdiction mit dem Begriffen «Annexzuständigkeit» und «Zuständigkeit kraft Sachzusammenhang» übersetzt.

⁴⁹ Der Beklagte kann aber immer noch die Überweisung an ein Bundesgericht beantragen, wenn dieses ursprünglich auch sachlich zuständig gewesen wäre: sog. removal (28 U.S.C. § 1441); vgl. zu möglichen Kriterien einer Wahl zwischen Bundesgericht und gliedstaatlichem Recht DEBUSSCHERE/KLETT (FN 32), 282 f.

⁵⁰ Streng von der territorial jurisdiction abzugrenzen ist der venue (28 U.S.C. § 1391, örtliche Zuständigkeit i.e.S.), welcher über die Zuständigkeit entscheidet, wenn mehrere Gerichte nach der territorial jurisdiction zuständig sind: vgl. BÖHM (FN 31), N 280; FRIEDENTHAL/KANE/MILLER (FN 32), 10 f.; DÖRIG (FN 33), 149; SCHACK (FN 35), N 81; MICHAEL WEBER, Europäisches Zivilprozessrecht und Demokratieprinzip, Internationale Zuständigkeit und gegenseitige Anerkennung im Gerichtssystem der Europäischen Union und der USA, Diss. Tübingen 2009, 66.

⁵¹ Es handelt sich um die örtliche Zuständigkeit über dingliche Ansprüche von Sachen am Belegenheitsort: § 4(n)(1) FRCP. Die Zuständigkeit richtet sich nicht gegen die Parteien persönlich, sondern gegenüber jedermann, weil sie sich auf die Sache bezieht: vgl. DÖRIG (FN 33), 188 f.; PEIFFER (FN 33), 39 f.

⁵² Diese Zuständigkeit ist vergleichbar mit dem schweizerischen Arrestort: DÖRIG (FN 33), 190.

⁵³ WEBER (FN 50), 66.

⁵⁴ Es gibt insofern keine Trennung zwischen der interstaatlichen und internationalen Zuständigkeit wie sie im schweizerischen Internationalen Privatrecht verankert ist. Vgl. DEBUSSCHERE/KLETT (FN 32), 280; PEIFFER (FN 33), 37.

⁵⁵ Die Federal Rules of Civil Procedure sind abrufbar unter <<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/>> (Abruf 31.1.2020).

⁵⁶ Nach § 4(k)(2) FRCP reichen bereits die aggregierten Kontakte des Beklagten zu den USA generell, ohne genügende Mindestkontakte zum spezifischen Sitzstaat des Bundesgerichts, um personal jurisdiction in den USA zu begründen. Es gilt zwei Einschränkungen zu beachten: (1) Wenn ein gliedstaatliches long arm-statute bereits die Zuständigkeit eines Bundesgerichts in seinem Sitzstaat vorsieht, muss der Beklagte in diesem spezifischen Staat eingeklagt werden (Schutz vor forum shopping). (2) Die aus der Unterwerfung unter die U.S.-amerikanische Gerichtsbarkeit resultierende Belastung für einen ausländischen Beklagten ist zu berücksichtigen, weshalb § 4(k)(2) FRCP nur zurückhaltend angewendet werden darf, vgl. DÖRIG (FN 33), 159 m.w.H.

⁵⁷ § 1605(a)(2) und (5) FSIA aufgrund national contacts; dann im Bereich antitrust und securities law immer dort, wo der Beklagte geschäftlich tätig ist (may be found oder transacts business): § 11 CAA; § 77(v) SA of 1933, § 78(aa) SEA; oder durch Präsenz im Zeitpunkt der Klagezustellung (Service of Process) § 1965(b) RICO Act.

⁵⁸ § 4(k)(1)(a) FRCP, vgl. vorne FN 42.

⁵⁹ Siehe vorne FN 47.

⁶⁰ Vgl. vorne FN 42.

⁶¹ Da die Zivilprozessordnungen der 50 Bundesstaaten unterschiedlich ausgestaltet sind, (vgl. vorne II.A.3.a.), kann nicht im Detail auf einschlägige Rechtsgrundlagen eingegangen werden.

b. *Übersicht über die U.S.-amerikanischen Zuständigkeitsregeln*

Die Gliedstaaten selbst bestimmen den Umfang der Zuständigkeit ihrer Gerichte und müssen sich dabei an die verfassungsmässigen Vorgaben halten.⁶²

Der U.S. Supreme Court unterstellt mit seiner Rechtsprechung⁶³ die (gliedstaatlichen und bundesrechtlichen) Zuständigkeitsregeln explizit der verfassungsrechtlichen Maxime des *due process*.⁶⁴ Danach müssen für die Zuständigkeitsbegründung gewisse Mindestbeziehungen der beklagten Person zum Forumstaat bestehen (sog. *minimum contacts*)⁶⁵ und die Zuständigkeitsbegründung muss insgesamt fair und vernünftig sein (*reasonableness test*)^{66, 67}. Die einzelnen Staaten haben auf diese Rechtsprechung hin sog. *long arm-statutes* erlassen: Gesetze, die durch die Festlegung von bestimmten Mindestkontakten der beklagten Partei zum eigenen Staat allgemeine und besondere Gerichtsstände schaffen. Diese ermöglichen den Staaten jeweils weitestgehende Zuständigkeiten. Die Frage, ob diese *long arm-statutes* jeweils den verfassungsmässigen Grenzen des *due process* entsprechen, ist in vielen Staaten unklar.⁶⁸

Die *due process*-Analyse des U.S. Supreme Court zur Kontrolle der zuständigkeitsbegründenden Regelungen lässt zwei Arten von *personal jurisdiction* zu: die *general jurisdiction* und die *specific jurisdiction*.

Bei der *general jurisdiction* besteht kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem eingeklagten Anspruch und den Kontakten des Beklagten zum Forumstaat,

jedoch hat die beklagte Person unabhängig von der Rechtsstreitigkeit intensive Verbindungen zum Forumstaat, nämlich entweder durch (1) Wohnsitz oder Aufenthalt (*domicile or residence*), (2) Gründungssitz (*state of incorporation*), Hauptgeschäftsort bzw. Verwaltungshauptsitz (*principal place of business*) oder Anmeldung zur Geschäftstätigkeit bzw. zum Gewerbebetrieb (*registration to do business*), (3) Geschäftstätigkeit (*doing business*),⁶⁹ (4) vorübergehende Anwesenheit (*transient presence within the forum*),⁷⁰ (5) Zustimmung oder Rückgeverzicht (*consent or waiver*)⁷¹ oder (6) Nationalität bzw. Staatsbürgerschaft (*nationality or citizenship*), wobei (1) und (6) für die Abwehrklägerin als juristische Person nicht relevant sind^{72, 73}.

Besteht kein ausreichend dauerhafter, allgemeiner Kontakt der beklagten Partei zum Forumstaat, kann dennoch Gerichtsbarkeit über diese ausgeübt werden, wenn die den Klageanspruch begründende *spezifische* Tätigkeit mit diesem Staat besonders verknüpft ist (*specific jurisdiction*). Diese Tätigkeit muss freiwillig und bewusst auf diesen Staat ausgerichtet sein.⁷⁴ Die zentralen zuständigkeitsbegründenden Merkmale sind (1) Vertrag (*transacting business*)⁷⁵ oder (2) unerlaubte Handlung (*commission of a tortious act*).⁷⁶ Bei Klageansprüchen aus Vertrag sind die Anforderungen an die *contacts*

⁶² Vgl. § 421 Restatement (Third); DÖRIG (FN 33), 149 Fn. 826. Siehe zu exorbitanten gliedstaatlichen Zuständigkeitsregeln DÖRIG (FN 33), 131 ff. Wie auch Bundesgerichte dürfen gliedstaatliche Gerichte eine Zuständigkeit nur bejahen, wenn diese auf einer gesetzlichen Grundlage basiert und sich im Rahmen der Verfassung bewegt: GARY B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, 2. A., Alphen am Rhein 2016, 81 f. (für Bundesgerichte explizit *Omni Capital Int'l v. Rudolf Wolff & Co.*, 484 U.S. 97, 104 (1987)).

⁶³ Siehe sogleich FN 64 und 65.

⁶⁴ Das Gebot des *due process of law* hat seine Grundlage in der U.S. Constitution im V. und XIV. Amendment und bestimmt: «[N]or shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law [...]»

⁶⁵ *International Shoe Co. v. State of Washington*, 326 U.S. 310, 316 (1945).

⁶⁶ *Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court of California*, 480 U.S. 102, 107 (1987).

⁶⁷ Siehe dazu ausführlich DÖRIG (FN 33), 152 ff. Ursprünglich reichte die blossе Anwesenheit des Beklagten im Staat zum Zeitpunkt der Klageausstellung aus, damit die Gerichte dieses Staates Hoheitsmacht über ihn hatten und er somit dort beklagt werden konnte: *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 ff. (1878). Dabei spielt es keine Rolle, ob sich der Beklagte vorübergehend oder ständig im Staat aufhält: DÖRIG (FN 33), 150; HAY (FN 29), N 130; PEIFFER (FN 33), 40 f. Dieses strenge Territorialitätsprinzip wurde fortan durch weitere Zuständigkeitsbegründungen aufgelockert: HAY (FN 29), N 131; SCHEUERMANN (FN 42), 147; WEBER (FN 50), 71 ff.; siehe dazu auch MARKUS RAU, «Minimum Contacts» und «Personal Jurisdiction» über auswärtige Gesellschaften im Cyberspace, RIW 2000, 761 ff., 762 f.

⁶⁸ DÖRIG (FN 33), 156; MÜLLER (FN 43), 62.

⁶⁹ Vgl. den Leitentscheid *Perkins v. Benguet Consolidated Mining Co.*, 342 U.S. 437 ff. (1952); LINDA SILBERMAN, *The Impact of Jurisdictional Rules and Recognition Practice on International Business Transactions: The US Regime*, Hous. J. Int'l L. 26/2004, 327 ff., 333 f.

⁷⁰ Dies gilt für natürliche Personen, bei denen die Klagezustellung aufgrund vorübergehender Anwesenheit im Gerichtsstand möglich ist. Für juristische Personen ist diese Art der Zuständigkeitsbegründung umstritten, vgl. DÖRIG (FN 33), 173. Denkbar wäre die Klagezustellung an einen anwesenden Unternehmensvertreter, vgl. *James-Dickinson Farm Mortgage Co. v. Harry*, 273 U.S. 119, 122 (1927).

⁷¹ Siehe dazu hinten II.B.

⁷² HAY (FN 29), N 132.

⁷³ Vgl. BORN/RUTLEDGE (FN 42), 106 ff.; DÖRIG (FN 33), 157 ff.; HAY (FN 29), N 130 ff.; PEIFFER (FN 33), 39 ff.; SCHEUERMANN (FN 42), 151 ff.; LAURENZ UHL, *Internationale Zuständigkeit gemäss Art. 5 Nr. 3 des Brüsseler und Lugano-Übereinkommen*, Ausgeführt am Beispiel der Produkthaftung unter Berücksichtigung des deutschen, englischen, schweizerischen und US-amerikanischen Rechts, Diss. Frankfurt a.M. 2000, 246 ff.; WEBER (FN 50), 68 ff. Bei *general jurisdiction* kann im betreffenden Staat jede Art von Klage eingereicht werden, ohne dass die umstrittene Tätigkeit bzw. der Anspruch in einer besonderen Beziehung zu diesem Staat steht (vergleichbar mit dem allgemeinen Wohnsitzgerichtsstand nach Art. 2 LugÜ).

⁷⁴ Vgl. *Hanson v. Denckla*, 357 U.S. 253, 260 (1958); vgl. sogleich FN 80.

⁷⁵ Dies betrifft primär Handlungen aus Vertrag, ausnahmsweise nur ist auch eine unerlaubte Handlung erfasst. Die Tätigkeiten müssen eine Mindestintensität zum Forumstaat, in dem sie vorgenommen wurden, aufweisen. Die Schwelle ist weniger hoch als bei *doing business*; unter Umständen reicht eine einzelne Transaktion.

⁷⁶ BORN/RUTLEDGE (FN 42), 127 ff.

weniger hoch als bei *doing business*⁷⁷, und es reicht unter Umständen eine einzelne Transaktion im Forumstaat, um eine *specific jurisdiction* zu begründen.⁷⁸ Eine unerlaubte Handlung schafft grundsätzlich eine *specific jurisdiction*, wenn sie im spezifischen Staat selbst vorgenommen wird oder sonst ausreichende Verbindung zum Forumstaat aufweist. Der Erfolgsort alleine kann aber grundsätzlich nicht zu einem Gerichtsstand im betreffenden Staat führen.⁷⁹ Der U.S. Supreme Court statuiert hier als Massstab eine Vorhersehbarkeitsprüfung, wonach die mögliche Gerichtsgewalt des Forumstaates für den Beklagten voraussehbar gewesen sein muss.⁸⁰ Die Rechtsprechung der einzelnen Staaten ist jedoch in Fällen unerlaubter Handlung, insbesondere im Bereich Produkthaftpflicht, denkbar uneinheitlich.⁸¹

In jedem Fall jedoch muss bei *specific jurisdiction* die Zuständigkeit den *reasonableness*-Kriterien des U.S. Supreme Court standhalten.⁸² Gegeneinander abzuwägen sind danach (1) die durch den ausländischen Gerichtsstand entstehende Belastung für die beklagte Partei, (2) die Interessen des Forumstaates am Fall, (3) das Interesse der Klagpartei an der Anspruchsdurchsetzung und (4) die systematischen Interessen an einer effizienten Entscheidung der Rechtsstreitigkeit sowie grundlegende sozialpolitische Interessen.⁸³

Zusammenfassend ergibt sich, dass das U.S.-amerikanische Zuständigkeitsystem vergleichsweise unübersichtlich ist.⁸⁴ Die verschiedenen Rechtsordnungen der einzelnen Staaten umfassen ein breites Spektrum an möglichen zuständigkeitsbegründenden Merkmalen⁸⁵ und sind uneinheitlich ausgestaltet. Eine detaillierte Auswertung aller möglichen Tätigkeiten eines schweizerischen Unternehmens, die in den USA zuständigkeitsbegründend sein können, kann deshalb nicht erfolgen. Basale Einschätzungen sind jedoch wie folgt möglich: Aus Sicht eines schweizerischen Unternehmens, welches weder Gründungssitz noch Hauptgeschäftsort in den USA hat,⁸⁶ besteht ein möglicher allgemeiner Gerichtsstand in den USA entweder gestützt auf eine *registration to do business* oder gestützt auf *doing business*. Eine *registration to do business* wird von jedem ausländischen Unternehmen verlangt, das dauerhaft und planmässig geschäftlich in den USA tätig ist.⁸⁷ Auch wenn eine solche *registration* fehlt, begründet ein schweizerisches Unternehmen einen allgemeinen Gerichtsstand in demjenigen Staat, in dem es konstant geschäftlich tätig ist (*«doing business on a continuous and systematic basis»*)^{88, 89}

⁷⁷ Fontanetta v. American Board of Internal Medicine, 303 F.Supp. 427, 430 (1969).

⁷⁸ Das Vertragsverhältnis muss aus einer innerstaatlichen Tätigkeit herrühren, d.h. in konkretem zweckmässigem Zusammenhang zum spezifischen Staat stehen. Der blosse Vertragsschluss genügt bspw. nicht für eine Zuständigkeitsbegründung: Burger King Corp. v. Rudzewicz, 471 U.S. 462, 478 ff. (1985).

⁷⁹ Siehe dazu den jüngsten und lesenswerten Entscheid des U.S. Supreme Court: Walden v. Fiore, 134 Ct. 1115 ff. (2014). Vgl. auch Calder v. Jones, 465 U.S. 783, 784 ff. (1984); Keeton v. Hustler Magazine, Inc., 465 U.S. 770, 772 ff. (1984).

⁸⁰ Vgl. World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson, 444 U.S. 286, 297 f. (1980) und Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court of California, 480 U.S. 102, 112 (1987). Nach dieser Rechtsprechung muss der Beklagte purposeful contacts zum Staat aufweisen. Die Beurteilung von purposeful contacts fällt besonders schwer bei blosser Produkteimport, der in einem Staat einen Schaden verursacht, vgl. dazu die berühmte und noch heute landesweit befolgte stream of commerce-Rechtsprechung des Illinois Supreme Court, wonach das blosse Einbringen in den Handel bereits als purposeful contact ausreicht: Gray v. American Radiator & Standard Sanitary Corp., 176 N.E.2d 761 ff. (1961). Andere Gerichte verlangen ein gezieltes Einbringen des Produkts in den jeweiligen Staat, vgl. BORN/RUTLEDGE (FN 42), 128 ff. In Asahi konnte sich der U.S. Supreme Court nicht auf eine einheitliche Definition des stream of commerce einigen; ebenso nicht in J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastrò, 564 U.S. 873 ff. (2011).

⁸¹ BORN/RUTLEDGE (FN 42), 129 sowie 146 ff. mit Hinweisen auf eine Reihe einschlägiger Entscheide. Vgl. auch PATRICK J. BORCHERS, Comparing Personal Jurisdiction in the United States and the European Community: Lessons for American Reform, Am. J. Comp. K. 40/1992, 121 ff., 132, der die tort jurisdiction als «hopeless mess» bezeichnet.

⁸² Vgl. vorne II.A.3.b.

⁸³ Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court of California, 480 U.S. 102, 113 (1987).

⁸⁴ U.S.-amerikanische Zuständigkeitsregeln werden aus kontinentaleuropäischer Sicht oft als exorbitant erachtet: Vgl. SCHEUERMANN (FN 42), 12; SCHULTE (FN 47), 90 f. m.w.H.; UHL (FN 73), 257 f.; FRANK VISCHER, Der Trend zum Unilateralismus in American Conflict of Laws, Bemerkungen zum Sammelband: «American Conflicts Law at the Dawn of the 21st Century», SZIER 2003, 55 ff., 62.

⁸⁵ Im Übrigen besteht ein – aus schweizerischer Sicht unbekanntes – Ermessen des Gerichts, seine Zuständigkeit abzulehnen, wenn es zur Ansicht gelangt, dass ein anderes Forum für die Entscheidung angemessener ist und sich damit selber für ein forum non conveniens hält. Siehe dazu ausführlich RONALD A. BRAND, Forum Selection and Forum Rejection in US Courts: One Rationale for a Globale Choice of Court Convention, in: Fawcett James (Hrsg.), Reform and Development of Private International Law, Essays in Honour of Sir Peter North, Oxford 2002, 51 ff., 58 ff.; CHRISTOPH DORSEL, Forum non conveniens, Richterliche Beschränkung der Wahl des Gerichtsstandes im deutschen und amerikanischen Recht, Diss. Berlin 1996, 35 ff.; UHL (FN 73), 253 ff. Die forum non conveniens-Doktrin soll den teilweise extensiven Zuständigkeitsregeln der Bundesstaaten entgegenwirken: HAY (FN 29), N 142; PEIFFER (FN 33), 44 ff. Dass ein inländischer, also U.S.-amerikanischer Kläger aufgrund von forum non conveniens abgelehnt wird, kommt aber kaum vor: DORSEL (FN 85), 72 ff. und UHL (FN 73), 256 jeweils mit Hinweisen auf einschlägige Rechtsprechung und Literatur. Vgl. hinten III.A.3.b.ii.

⁸⁶ Davon wird im Rahmen der Aufgabenstellung ausgegangen, andernfalls die Abwehrklägerin nicht als ausländisches, sondern U.S.-amerikanisches Unternehmen gelten würde.

⁸⁷ Jeder Bundesstaat in den USA verlangt eine registration to do business, indem das ausländische Unternehmen einen inländische Zustellungsbevollmächtigten bezeichnet (in-state agent for acceptance of service of process): BORN/RUTLEDGE (FN 42), 112 m.w.H.; DÖRIG (FN 33), 165 f.

⁸⁸ Helicopteros Nacionales de Colombia v. Hall, 466 U.S. 408, 416 (1984).

⁸⁹ Der Prüfungsmassstab betreffend Geschäftstätigkeit ist hier ein anderer als bei der Bestimmung der Pflicht zur registration to do business, vgl. vorne FN 87, DÖRIG (FN 33), 165 Fn. 925.

Diesbezüglich reicht es, wenn Angestellte oder Vertreter des eingeklagten Unternehmens im Zeitpunkt der Klageeinleitung regelmässig im Staat tätig sind, bspw. durch Unterhaltung einer Niederlassung oder auch nur einer Produktions-, Wartungs- oder Verkaufseinrichtung.⁹⁰ Nicht ausreichend ist jedoch grundsätzlich⁹¹ der blosser Produkteversand in den Forumstaat, Werbetätigkeit oder Käufe bzw. Verkäufe im Forumstaat, solange sie keine erheblichen Einkünfte generieren und das Produkt nicht spezifisch auf diesen Markt ausgerichtet wurde.⁹² Praktisch bedeutsam ist, dass nicht nur die Tätigkeit des ausländischen Unternehmens selbst zuständigkeitsbegründend sein kann, sondern sich dieses auch die Tätigkeit anderer Unternehmen anrechnen lassen muss, sofern es eine genügend enge Beziehung zu diesem Unternehmen pflegt. Auf diese Weise kann durch die Tätigkeit einer selbstständigen U.S.-amerikanischen Tochtergesellschaft in den USA Gerichtsgewalt über die schweizerische Muttergesellschaft, die selbst keine Geschäftstätigkeiten in den USA vornimmt, erlangt werden.⁹³ Ist die Schwelle des *doing business* nicht erreicht⁹⁴ und besteht sonst kein allgemeiner Gerichtsstand in den USA, kann immer noch durch vereinzelte Tätigkeiten der Abwehrklägerin in den USA ein spezifischer Gerichtsstand begründet werden. Hier wird immerhin vorausgesetzt, dass die U.S.-amerikanische Zuständigkeit insgesamt vernünftiger und für die Abwehrklägerin vorhersehbar ist.

c. Handlungsspielraum zur Beeinflussung zuständigkeitsbegründender Merkmale

Der Handlungsspielraum der Abwehrklägerin zur Vermeidung eines U.S.-amerikanischen Prozesses durch

Beeinflussung der dortigen Zuständigkeitsregeln ist begrenzt. Möchte sie auf jeden Fall einen Gerichtsstand in den USA vermeiden, muss sie den U.S.-amerikanischen Markt generell umgehen, d.h. nicht nur regelmässige, sondern auch einzelne geschäftliche Tätigkeiten in den USA unterlassen, um so die *minimum contacts*-Schwelle nach der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court zu unterschreiten. Gelingt ihr das nicht, so kann sie zumindest hoffen, dass ein U.S.-amerikanisches Gericht seine Zuständigkeit aufgrund der *reasonableness*-Prüfung verneint. Die jeweiligen Kriterien dieser Prüfung sind im Vorfeld durch die Abwehrklägerin jedoch kaum beeinflussbar und deren Beurteilung durch die Gerichte aufgrund ihres umfangreichen Ermessens nicht zuverlässig vorauszusehen. Immerhin kann es allenfalls Sinn machen, *contacts* zu Bundesstaaten mit einer für die Abwehrklägerin besonders ungünstigen Rechtsordnung zu vermeiden.

4. Zusammenfassung

Relevante Zuständigkeiten sind bei einer Streitigkeit mit einer deutschen Klagpartei aufgrund der vereinheitlichten und übersichtlichen Regelungen im LugÜ ohne Weiteres zu erkennen. Dies erleichtert eine allfällige Beeinflussung zuständigkeitsbegründender Merkmale zum Zwecke der Abwehr eines ausländischen Prozesses. Anders verhält es sich im Falle der U.S.-amerikanischen Zuständigkeitsregeln: Das besondere Rechtssystem und die aus kontinentaleuropäischer Sicht oft als exorbitant empfundenen Zuständigkeitsregeln erschweren eine Beeinflussung der für die Abwehrklägerin nachteiligen zuständigkeitsbegründenden Merkmale enorm. Dies liegt daran, dass nicht verlässlich abzuschätzen ist, welche Gerichte potentiell zuständig sind und welches Recht zur Anwendung gelangt.

Als Erstes stellt sich die Frage, ob Bundesgerichte oder gliedstaatliche Gerichte für die Klage zuständig sind. Bei Klagen unter 75'000 USD sind gliedstaatliche Gerichte zuständig, wenn sich der Klageanspruch auf gliedstaatliches Recht stützt. Bundesgerichte sind zuständig, wenn sich der Anspruch auf Bundesrecht stützt. Übersteigt der Streitwert 75'000 USD, so sind unabhängig vom Klageanspruch zwar Bundesgerichte für die Klage zuständig, diese müssen jedoch statt bundesrechtlicher Regeln die gliedstaatlichen Zuständigkeitsregeln ihres Sitzstaates anwenden. Obwohl die gliedstaatlichen *long arm-statutes* in den meisten Bundesstaaten ans Bundesrecht angepasst sind und insbesondere die *minimum contacts*-Erfordernisse nach der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court beachten müssen, bestehen in den 50 verschiedenen Rechtsordnungen untereinander dennoch erhebliche Unterschiede.⁹⁵ Hier stellt also schon nur die zuverlässige Abklärung von potentiell relevan-

⁹⁰ Ein paar Teilzeitangestellte, die in einem gemieteten Büro in den USA strategisch unbedeutende Tätigkeiten für ein internationales Unternehmen vornehmen, die nichts mit den USA bzw. dem einzelnen Staat zu tun haben, reichen aus, um general jurisdiction aufgrund von *doing business* zu begründen: *Bryant v. Finnish National Airline*, 15 N.Y.2d 426 ff. (1965).

⁹¹ Siehe auch vorne FN 80.

⁹² Vgl. BORN/RUTLEDGE (FN 42), 115 ff. und 142 ff.

⁹³ Sog. *derivate jurisdiction*. Zwei jüngere Entscheide des U.S. Supreme Court haben diese Gefahr jedoch stark eingedämmt: *Daimler AG v. Bauman*, 134 Ct. 746 ff. (2014) und *Goodyear Dunlop Tires Operations, A., et al. v. Brown*, 564 U.S. 915 ff. (2011), in welchen eine Zuständigkeit ausländischer Unternehmen aufgrund eines Durchgriffs via inländische Tochtergesellschaft verneint wurde und die bisher strenge Rechtsprechung betreffend *derivate jurisdiction* stark relativieren. Danach ist heute eine Gesellschaft, welche weder Gründungssitz noch Hauptgeschäftssitz in den USA hat, nur via general jurisdiction in den USA zu verklagen, wenn ihre Verbindungen zum jeweiligen Bundesstaat so «continuous and systematic» sind, «as to render [it] essentially at home in the forum State». Siehe generell dazu und speziell zur Bestimmung der Beziehung dieser Unternehmen untereinander die *alter-ego*-Theorie und die *agency*-Theorie BORN/RUTLEDGE (FN 42), 165 ff. sowie DÖRIG (FN 33), 168 f.

⁹⁴ Die Beurteilung, ob die Voraussetzungen des *doing business* erfüllt sind, ist schwierig; einzelfall- sowie ermessensabhängig: Siehe nur BORN/RUTLEDGE (FN 42), 115 f. m.w.H.

⁹⁵ Vgl. FRIEDRICH K. JUENGER, *An International Transaction in the American Conflict of Laws*, Fla. J. Int'l L. 7/1992, 383 ff., 389: «[O]ur current jurisdictional law is in a hopeless mess.»

ten Zuständigkeitsregeln ein faktisches Hindernis für die Abwehrklägerin dar.

Ein Überblick über die relevanten U.S.-amerikanischen Zuständigkeitsregeln hat ergeben, dass primär die unmittelbare (geschäftliche) Tätigkeit bzw. Präsenz der Abwehrklägerin im Forumstaat zuständigkeitsbegründend ist. Mit anderen Worten wird zur Zuständigkeitsbegründung lediglich an die Person der Abwehrklägerin angeknüpft.⁹⁶ Letztere hat deshalb einen relativ grossen Beeinflussungsspielraum inne. Allerdings ist die Abwehrklägerin aufgrund überwiegender wirtschaftlicher Interessen unter Umständen auf geschäftliche Tätigkeiten im potentiellen Forumstaat angewiesen, was ihren Handlungsspielraum begrenzt.⁹⁷

Im Gegensatz dazu steht im LugÜ zur Zuständigkeitsbegründung nicht die Person der Beklagten, sondern grundsätzlich der Klageanspruch im Vordergrund: Es eröffnet sich bei unerlaubten Handlungen bspw. ein Gerichtsstand am Erfolgsort, auf den die Abwehrklägerin bei Distanzdelikten durch Steuerung ihrer geschäftlichen Tätigkeit praktisch keinen Einfluss nehmen kann. Zudem besteht im LugÜ unter Umständen⁹⁸ ein Gerichtsstand am Klägerwohnsitz. Dieser entzieht sich der Beeinflussung der Abwehrklägerin vollständig und stellt daher im vorliegenden Zusammenhang einen Nachteil dar.

Aufgrund des insgesamt begrenzten Handlungsspielraums und der allgemein fehlenden Voraussehbarkeit der Rechts- und insbesondere Sachlage im Zusammenhang mit potentiellen Rechtsstreitigkeiten ist die Beeinflussung ausländischer Zuständigkeitsregeln als relativ ineffiziente Abwehrmassnahme gegen einen ausländischen Prozess anzusehen. Im Folgenden wird untersucht, ob die Gerichtsstandsvereinbarung eine wirkungsvollere Alternative darstellt.

B. Gerichtsstandsvereinbarung

1. Allgemeines

Es gibt kaum internationale Verträge, die nicht eine Gerichtsstandsvereinbarung beinhalten oder auf eine solche verweisen.⁹⁹ Der Zweck einer Gerichtsstandsver-

einbarung ist es, ein Gericht¹⁰⁰ zu bestimmen, das im Falle einer Streitigkeit zwischen den Parteien entscheiden soll.¹⁰¹ Diese Vereinbarung ist als selbstständiger¹⁰² prozessualer¹⁰³ Vertrag zu qualifizieren. Die prozessualen Wirkungen der Gerichtsstandsvereinbarung sind die Prorogation (Zuständigkeitsbegründung) eines nach den gesetzlichen Zuständigkeitsregeln zuständigen oder unzuständigen Gerichts und die Derogation (Zuständigkeitsausschluss) aller anderer nach ebendiesen Bestimmungen zuständigen Gerichte.¹⁰⁴ Mit der Ge-

Zürich 2017, N 935; ZK IPRG-MÜLLER-CHEN (FN 23), Art. 5 N 1.

¹⁰⁰ Möglich ist auch die Prorogation mehrerer Gerichte, so explizit Art. 23 Abs. 1 LugÜ.

¹⁰¹ Vgl. Art. 5 IPRG und Art. 23 LugÜ. Zu den Gründen für eine Gerichtsstandsvereinbarung exemplarisch KURT SIEHR, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002, 225; BORN/RUTLEDGE (FN 42), 447 f.; BUCHER/BONOMI (FN 23), N 98; FLORENCE GUILLAUME, Droit international privé, 4. A., Basel 2018, N 35; FRANÇOIS KNOEPFLER/PHILIPPE SCHWEIZER/SIMON OTHENIN-GIRARD, Droit international privé Suisse, 3. A., Bern 2005, N 611; KREN KOSTKIEWICZ, Schweizerisches Internationales Privatrecht, 2. A., Bern 2018, N 107; SCHNYDER/LIATOWITSCH (FN 99), N 935.

¹⁰² Vgl. Art. 25 Abs. 5 Brüssel Ia-VO. FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM (FN 23), Kap. 7 N 10; GEIMER (FN 4), N 1674a; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD (FN 101), N 613; IVO SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 3. A., St. Gallen 2000, N 644; ZK IPRG-MÜLLER-CHEN (FN 23), Art. 5 N 5. Dies bedeutet, dass die Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung unabhängig von der Gültigkeit ihres Hauptvertrags zu beurteilen ist, gleichgültig, ob sie als separater Vertrag abgeschlossen wird oder in den Hauptvertrag, in die AGB, die Statuten, Gesellschaftsverträgen oder Trustbestimmungen integriert ist: ZK IPRG-MÜLLER-CHEN (FN 23), Art. 5 N 5 f. Ebenfalls aus Sicht der USA: BORN/RUTLEDGE (FN 42), 475 m.w.H.

¹⁰³ Die Lehre ist sich betreffend Rechtsnatur der Gerichtsstandsvereinbarung uneinig, siehe zu den verschiedenen Lehrmeinungen (Qualifikation als Prozessvertrag, als Vertrag sui generis mit prozessrechtlichen Wirkungen, als materiell-rechtlichen Vertrag über prozessuale Beziehungen oder als als materiell-rechtlichen Vertrag) die umfangreichen Literaturhinweise in ZK IPRG-MÜLLER-CHEN (FN 23), Art. 5 N 7 f. Bemerkenswert ist, dass die Zuordnung der Gerichtsstandsvereinbarung zum materiellen oder prozessualen Recht in den USA noch nicht höchstgerichtlich entschieden worden ist, siehe hinten FN 164. Die Frage nach materiell-rechtlichen Wirkungen der Gerichtsstandsvereinbarung ist insb. im Zusammenhang mit allfälligen Unterlassungs- bzw. Schadenersatzansprüchen relevant, vgl. hinten FN 141 und 34.

¹⁰⁴ BUCHER/BONOMI (FN 23), N 98 f.; FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM (FN 23), Kap. 7 N 9; GEIMER (FN 4), N 1707; GUILLAUME (FN 101), N 38; SCHNYDER/LIATOWITSCH (FN 99), N 939; SCHWANDER (FN 101), N 645; ZK IPRG-MÜLLER-CHEN (FN 23), Art. 5 N 19 f. Die Lehre sieht teilweise als weitere Wirkung der Gerichtsstandsvereinbarung eine materielle Unterlassungspflicht der Parteien und dementsprechend eine Schadenersatzpflicht derjenigen Partei vor, die prorogationswidrig ein derogiertes Gericht angeht. Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche werden aber aufgrund der Qualifikation der Gerichtsstandsvereinbarung als prozessrechtlichen Vertrag von der Mehrheit der Lehre abgelehnt: MüKo-GOTTWALD, Art. 25 Brüssel Ia-VO N 100, in: Wolfgang Krüger/Thomas Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz

⁹⁶ «But the plaintiff cannot be the only link between the defendant and the forum. Rather, it is the defendant's conduct that must form the necessary connection with the forum State that is the basis for its jurisdiction over him.»: Walden v. Fiore, 134 Ct. 1115, 1123 (2014).

⁹⁷ Ähnlich JEGHER (FN 7), 56.

⁹⁸ Im Falle von Versicherungs- und Verbrauchersachen, siehe vorne II.A.2.b.

⁹⁹ BSK IPRG-GROLIMUND/BACHOFNER, Art. 5 N 1, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 3. A., Basel 2013 (zit. BSK IPRG-VERFASSER/IN); vgl. in diesem Sinne auch BORN/RUTLEDGE (FN 42), 117, 447; FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM (FN 23), Kap. 2 N 50 und Kap. 7 N 7; PEIFFER (FN 33), 1; ANTON K. SCHNYDER/MANUEL LIATOWITSCH, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht,

richtsstandsvereinbarung kann ein spezifisches Gericht für ausschliesslich zuständig erklärt werden – d.h., nur gerade dieses Gericht darf über die Streitsache entscheiden – oder aber es kann eine *zusätzliche*, alternative Gerichtszuständigkeit begründet werden.¹⁰⁵

Ein schweizerisches Gericht prüft seine Zuständigkeit grundsätzlich von Amtes wegen.¹⁰⁶ Weil aber der Beklagten die Möglichkeit der Einlassung nach Art. 6 IPRG gewährt werden muss, darf das Gericht die Zulässigkeit und Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nur auf Einrede hin prüfen.¹⁰⁷

2. Voraussetzungen

Um die Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung sicherzustellen, hat die Abwehrklägerin die anwendbaren Vorschriften der Rechtsordnung des vereinbarten Gerichts, also der *lex fori prorogati*, zu beachten. Da

und Nebengesetzen, 3. Bd., 5. A., München 2017 (zit. MÜKO-VERFASSER/IN); KuKo ZPO-HAAS/SCHLUMPF, Art. 17 N 3, 23, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkomentar ZPO: Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Basel 2014 (zit. KuKo ZPO-VERFASSER/IN); JEGHER (FN 7), 29; THOMAS KÖSTER, Haftung wegen Forum Shopping in den USA, Diss. Dresden 2001, 173; NAGEL/GOTTWALD (FN 12), § 3 N 230; SCHACK (FN 9), N 861 f.; ZK IPRG-MÜLLER-CHEN (FN 23), Art. 5 N 9; differenzierend PASCAL GROLIMUND, Fallstricke und Stillblüten bei der Zuständigkeit in Zivilsachen, AJP 2009, 961 ff., 963 ff.; auch GEIMER (FN 4), N 1718; THOMAS PEIFFER, Die Absicherung von Gerichtsstandsvereinbarungen durch Vereinbarung eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs, in: Wolfgang Hau/Hubert Schmidt (Hrsg.), Facetten des Verfahrensrechts, Liber amicorum Walter F. Lindacher, zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2007, Köln 2007, 77 ff., 77; a.A. LOUISE MERRETT, The Enforcement of Jurisdiction Agreements within the Brussels Regime, ICLQ 55/2006, 315 ff., 315; PETER SCHLOSSER, Materiell-rechtliche Wirkungen von nationalen und internationalen Gerichtsstandsvereinbarungen?, in: Wolfgang Hau/Hubert Schmidt (Hrsg.), Facetten des Verfahrensrechts, Liber amicorum Walter F. Lindacher, zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2007, Köln 2007, 111 ff., 118 ff.

¹⁰⁵ Aufgrund der Vermutung einer ausschliesslichen Prorogation in Art. 5 Abs. 1 Satz 3 IPRG und Art. 23 Abs. 1 Satz 2 LugÜ muss die Begründung eines bloss alternativen Gerichtsstands ausdrücklich festgelegt werden. Hier ist jedoch Vorsicht geboten: In den USA gilt bspw. keine Vermutung zugunsten der Ausschliesslichkeit des vereinbarten Gerichts (vgl. bspw. *K & v. Scientific Co. v. BMW*, 314 F.3d 494, 499 [10th Cir. 2002]; *John Boutari & Son, Wines & Spirits, A. v. Attiki Imps. & Distributions, Inc.*, 22 F.3d 51, 52 f. [2nd Cir. 1994]). Die Formulierung «place of jurisdiction shall be Dresden» ist zu wenig eindeutig: *Hull 753 Corp. v. Elbe Flugzeugwerke GmbH*, 58 F.Supp. 2d 925, 926 (N.D. Ill. 1999). Die Bestimmung eines ausschliesslichen Gerichtsstands erfolgt in der Praxis am häufigsten: GEIMER (FN 4), N 1757. Zu den verschiedenen Erscheinungsformen bzw. Ausgestaltungsmöglichkeiten der Gerichtsstandsvereinbarung siehe Dike-Komm. LugÜ-GROLIMUND (FN 13), Art. 23 N 41 ff. oder LAURENT KILLIAS, Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen, Diss. Zürich 1993, 7 f.

¹⁰⁶ Art. 60 ZPO.

¹⁰⁷ BSK LugÜ-BERGER (FN 9), Art. 23 N 60; MÜKO-GOTTWALD (FN 104), Art. 25 Brüssel Ia-VO N 99; vgl. ZK IPRG-MÜLLER-CHEN (FN 23), Art. 5 N 149.

das prorogierte Gericht in der Schweiz liegt und die Schweiz Vertragsstaat des LugÜ ist, findet Art. 23 LugÜ sowohl auf die Streitigkeit mit einer deutschen als auch U.S.-amerikanischen Klagpartei Anwendung; für Art. 5 IPRG bleibt kein Raum.¹⁰⁸ Zu prüfen sind danach die Zulässigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung (das Bestimmtheiterfordernis in Bezug auf Rechtsverhältnis und Gericht sowie die Schranken der Zulässigkeit¹⁰⁹), die Einhaltung der Form und das wirksame Zustandekommen der Gerichtsstandsvereinbarung. Es ergeben sich aufgrund der Aufgabenstellung keine Besonderheiten in Bezug auf die notwendigen Voraussetzungen, weshalb an dieser Stelle nicht im Einzelnen auf diese eingegangen, sondern auf die Standardliteratur hierzu verwiesen wird.¹¹⁰

3. Wirkungen

a. Prorogation

Eine Gerichtsstandsvereinbarung, welche die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, begründet vermutungsweise die ausschliessliche Zuständigkeit des vereinbarten schweizerischen Gerichts. Wird dieses also mit einer Klage angegangen, so prüft es seine Zuständigkeit nach den entsprechenden Voraussetzungen und tritt auf die Klage ein, falls diese erfüllt sind. Dies gilt unabhängig davon, ob die Klage von der Abwehrklägerin oder der deutschen oder U.S.-amerikanischen Klagpartei eingereicht wird.

b. Derogation

Die ausschliessliche Zuständigkeit dieses Gerichts führt dazu, dass die Gerichte aller anderen Staaten¹¹¹ unzuständig, d.h. derogiert sind. Dies hindert die gegnerische Partei im Falle einer Streitigkeit faktisch nicht daran, dennoch bei einem derogierten ausländischen Gericht zu klagen. Tut sie das, prüft das angegangene Gericht seine Zuständigkeit und damit die geschlossene Gerichtsstandsvereinbarung nach seinen eigenen Zuständigkeitsregeln. Dies kann je nach Rechts- und Sachlage unter Umständen dazu führen, dass das ausländische Gericht die Gerichtsstandsvereinbarung nicht anerkennt, d.h., ihr die Derogationswirkung abspricht und seine eigene – oder zumindest die internationale Zuständigkeit der Gerichte seines Staates – bejaht. Des-

¹⁰⁸ Art. 1 Abs. 2 IPRG: Siehe nur EuGH, Rs. C-281/02, 1.3. 2005, *Owusu v. Jackson*, N 28; BGE 135 III 185, E. 3.2 f. m.w.H. auf die Lehre.

¹⁰⁹ Im Bereich der ausschliesslichen Zuständigkeiten sowie Versicherungs- und Verbrauchersachen sowie des Arbeitsrechts ist der Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung vor Entstehen der Rechtsstreitigkeit unzulässig: Art. 22, Art. 13 Ziff. 1, Art. 17 Ziff. 1 und Art. 21 Ziff. 1 LugÜ.

¹¹⁰ Siehe bspw. BSK LugÜ-BERGER (FN 9), Art. 23 N 1 ff.; KILLIAS (FN 105), 4 ff.

¹¹¹ Bei Vereinbarung der örtlichen Zuständigkeit, bspw. der Gerichte des Kanton Zürich, sind auch alle übrigen schweizerischen Gerichte unzuständig.

halb ist stets für jede Rechtsordnung gesondert zu prüfen, ob die Gerichtsstandsvereinbarung durchsetzbar, also dieser Abwehrmassnahme Erfolg beschieden ist.¹¹²

i. Bei einer deutschen Klagpartei

Klagt die deutsche Vertragspartei statt beim vereinbarten schweizerischen Gericht bei einem Gericht in Deutschland, prüft dieses zunächst die generelle Anwendung des LugÜ auf den konkreten Fall und sodann die von der Abwehrklägerin – bzw. *in concreto* der Beklagten – mittels Einrede geltend gemachte¹¹³ Gerichtsstandsvereinbarung im Lichte der vorne genannten Voraussetzungen.¹¹⁴ Sind diese erfüllt, muss es sich nach Art. 26 Abs. 1 LugÜ für unzuständig erklären und einen Prozessentscheid fällen.¹¹⁵ Die deutsche Klagpartei muss sodann beim vereinbarten Gericht in der Schweiz klagen.

Tritt das deutsche Gericht trotz wirksamer Gerichtsstandsvereinbarung fälschlicherweise auf die Klage ein und erwächst dieser Entscheid in Rechtskraft, so muss dieser (Sach-)Entscheid in der Schweiz anerkannt und vollstreckt werden, weil eine Nachprüfung von Entscheiden von Gerichten in Vertragsstaaten des LugÜ nicht zulässig ist.¹¹⁶ Das gemeinsame Zuständigkeitsregime des LugÜ setzt voraus, dass alle Vertragsstaaten dessen Regeln korrekt anwenden.¹¹⁷ Die Wirkungen des ausländischen Prozesses muss sich die Abwehrklägerin dann entgegen halten lassen.

¹¹² «Um sicher zu gehen, dass die Gerichtsstandsvereinbarung wunschgemässe Wirkungen entfaltet, ist daher immer darauf zu achten, dass sie an sämtlichen potenziellen Foren entsprechend gilt.»: BSK IPRG–GROLIMUND/BACHOFNER (FN 99), Art. 5 N 4. Eine Rechtswahl zugunsten ausländischen Rechts wird von den U.S.-amerikanischen Gerichten regelmässig nicht berücksichtigt, siehe nur BORN/RUTLEDGE (FN 42), 526 ff. mit Hinweisen auf einschlägige Entscheide und Literatur.

¹¹³ Die Abwehrklägerin bzw. Beklagte muss die Unzuständigkeitseinrede erheben, ansonsten sie sich auf das Verfahren einlässt, vgl. Art. 24 LugÜ. Die Einlassung geht nach ständiger Rechtsprechung des EuGH der Gerichtsstandsvereinbarung vor: EuGH, Rs. C-48/84, 7.3.1985, Hannelore Spitzley v. Sommer Exploitation SA, N 7 ff.; Rs. C-150/80, 24.6.1981, Elefanten Schuh GmbH v. Pierre Jacqmain, N 8 ff.

¹¹⁴ Es kommen die Regeln der Rechtshängigkeit nach Art. 27 ff. LugÜ zur Anwendung. Eine parallele Klage der Abwehrklägerin beim vereinbarten schweizerischen Gericht ist wirkungslos, weil dieses sein Verfahren bis zum Entscheid über die Zuständigkeit des deutschen Gerichts aussetzen muss (Art. 27 Abs. 1 LugÜ; vgl. aber Art. 31 Abs. 2 Brüssel Ia-VO).

¹¹⁵ Sind die Voraussetzungen der Gerichtsstandsvereinbarung nicht erfüllt, prüft das deutsche Gericht seine Zuständigkeit nach den Zuständigkeitsregeln des LugÜ und fällt je nach Ergebnis einen Sach- oder Prozessentscheid.

¹¹⁶ Art. 35 Abs. 3 LugÜ. Siehe nur EuGH, Rs. C-7/98, 28.3.2000, Krombach v. Bamberki, N 36 f.

¹¹⁷ BUCHER/BONOMI (FN 23), N 268; CR CL-BUCHER (FN 25), Art. 35 CL N 1; DIKE-Komm. LugÜ-OBERHAMMER (FN 13), Art. 35 N 1; CHRISTIAN KOHLER, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in Zivilsachen im europäischen Justizraum, ZSR 2005 II, 263 ff., 287 f.; GERHARD WALTER/TANJA DOMEJ, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. A., Bern 2012, 478.

ii. Bei einer U.S.-amerikanischen Klagpartei

Bei einer prorogationswidrigen Klage in den USA ist die Frage nach der Durchsetzbarkeit der Gerichtsstandsvereinbarung komplexer als im euro-internationalen Rechtsraum.

In den USA galten Gerichtsstandsvereinbarungen historisch generell als unzulässig (sog. *non ouster*-Lehre).¹¹⁸ In den 1940er-Jahren hat erstmals eine liberalere Rechtsprechung der Instanzengerichte Fuss gefasst.¹¹⁹ Der U.S. Supreme Court stellte die grundsätzliche Unzulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen jedoch erst im Jahre 1964 im Entscheid *National Equipment Rental, Ltd. v. Szukhent*¹²⁰ in Frage. Die definitive Umkehrung des Grundsatzes der Unzulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen – somit ein Wandel in der jahrelangen Rechtsprechung –¹²¹ erfolgte ein knappes Jahrzehnt später mit dem Entscheid *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*¹²² Mit dem Bremen-Entscheid statuierte der U.S. Supreme Court die *reasonableness*-Doktrin als Massstab zur Prüfung der Wirksamkeit einer Gerichts-

¹¹⁸ Siehe zum Ausgangspunkt der *non ouster*-Doktrin der Entscheid im Bundesstaat Massachusetts *Nute v. Hamilton Mutual Insurance Co.*, 72 Mass (6 Gray), 174, 181 ff. (1856) sowie die berühmte *Monrosa*-Entscheidung *The Monrosa v. Carbon Black Export, Inc.*, 359 U.S. 180 ff. (1959). Siehe FRANCIS M. DOUGHERTY, Annotation, Validity of Contractual Provision Limiting Place or Court in Which Action May Be Brought, A.L.R. 4th 31/1984, 404 ff., 409 ff. für weitere Gerichtentscheide sowie BORN/RUTLEDGE (FN 42), 449. Sowohl interstaatliche als auch internationale Gerichtsstandsvereinbarungen wurden von den U.S.-amerikanischen Gerichten als unzulässig erachtet: PEIFFER (FN 33), 48 f. m.w.H.

¹¹⁹ Die Bundesgerichte begannen, die strikte Ablehnung von Gerichtsstandsvereinbarungen zu hinterfragen und liessen Letztere dann zu, wenn sie als solche als reasonable erschienen. Siehe bspw. einen der ältesten Entscheide *Kelvin Engineering Co. v. Blanco*, 210 N.Y.S. 10 ff. (Sup. Ct. 1925). Siehe auch *Wm. H. Muller & Co., Inc. v. Swedish American Line Ltd. and Transatlantic Steamship Company, Ltd.*, 224 F.2d 806 ff. (2nd Cir. 1955), welcher die generelle Regel der Unwirksamkeit explizit ablehnte. Siehe für weitere, jüngere Entscheidungen BORN/RUTLEDGE (FN 42), 449 ff. m.w.H. Nur wenige gliedstaatliche Gerichte folgten der neuen Rechtsprechung, vgl. für diese Entscheidungen bspw. *Export Insurance Co. v. Mitsui SS. Co.*, 274 N.Y.S.2d 977 ff. (1st Dep't 1966); *Central Contracting Co. v. Youngdahl & Co.*, 209 A.2d 810, 816 (Pa. 1965); *Schwartz v. Zim Israel Navigation Co.*, 181 N.Y.S.2d 283 ff. (Sup. Ct. 1958).

¹²⁰ 375 U.S. 311, 316 (1964): «And it is settled, as the courts below recognized, that parties to a contract may agree in advance to submit to the jurisdiction of a given court, to permit notice to be served by the opposing party, or even to waive notice altogether.» Dieser Entscheid führte schlussendlich zum Erlass des *Model Choice of Forum Act* im 1968 und dem im Jahre 1971 neu eingeführte § 80 *Restatement (Second)*, welche Gerichtsstandsvereinbarungen unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig erachteten, ihnen jedoch keinen derogativen Effekt zugestanden.

¹²¹ In diesem Sinne auch NIKLAS GANSSAUGE, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Verbraucherverträgen im Internet, Eine vergleichende Betrachtung des deutschen und des US-amerikanischen Rechts, Diss. Tübingen 2004, 143; PEIFFER (FN 33), 51; SCHEUERMANN (FN 42), 188.

¹²² 407 U.S. 1 ff. (1972).

standsvereinbarung.¹²³ Danach sind Gerichtsstandsvereinbarungen, die eine Derogation U.S.-amerikanischer Gerichte vorsehen, grundsätzlich zu respektieren, ausser die Anerkennung der Vereinbarung erschiene unter den Umständen des Einzelfalls als *unreasonable*.¹²⁴ Mit dem Entscheid *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*¹²⁵ festigte der U.S. Supreme Court diese Rechtsprechung.¹²⁶ Beide Entscheide betreffen den Bereich des Seerechts¹²⁷ und sind grundsätzlich für andere Rechtsbereiche nicht bindend.¹²⁸ Der U.S. Supreme Court hat aber bestimmt, dass die in dieser Rechtsprechung entwickelten Grundsätze generell für die Prüfung der Durchsetzbarkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen angewendet werden sollen.¹²⁹ So sind die Bundesgerichte dieser Rechtsprechung auch in übrigen Fällen – im Bereich der ausschliesslichen Zuständigkeit und bei der Ausübung der *federal question jurisdiction* – weitgehend gefolgt.¹³⁰

¹²³ Weder unfair, unjust noch unreasonable darf die Gerichtsstandsvereinbarung sein: 407 U.S. 1, 17 (1972). Zur Unbestimmtheit des Begriffs *unreasonableness* siehe BORN/RUTLEDGE (FN 42), 483 ff. Zu möglichen Aberkennungsgründen im Lichte der *reasonableness*-Prüfung siehe PEIFFER (FN 33), 53 ff.; BORN/RUTLEDGE (FN 42), 482 ff.; FRANK OCHSENFELD, Zuständigkeitsvereinbarungen im amerikanischen Zivilprozessrecht, RIW 1995, 633 ff., 637 ff. sowie sogleich FN 130.

¹²⁴ 407 U.S. 1, 10 (1972). Ungleich der Vermutung der Ausschliesslichkeit im kontinentaleuropäischen Rechtskreis gehen die U.S.-amerikanischen Gerichte vom Gegenteil aus und verlangen eine explizite Formulierung der Ausschliesslichkeit: BORN/RUTLEDGE (FN 42), 446 f. m.w.H. Für einen Fall, in dem die Ausschliesslichkeit verneint wurde siehe bspw. *IntraComm, Inc. v. Bajaj*, 492 F.3d 285, 290 (4th Cir. 2007). Ein Fall, in dem die Ausschliesslichkeit anerkannt wurde siehe bspw. *Albermarle Corp. v. Astra Zeneca UK Ltd.*, 628 F.3d 643, 649 (4th Cir. 2010).

¹²⁵ 499 U.S. 585 ff. (1991).

¹²⁶ Der U.S. Supreme Court weitete die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen auf Verbraucherverträge und AGB aus, *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 ff. (1991). Wegen der fehlenden Rücksichtnahme auf Verbraucherinteressen stiess diese Entscheidung in der Lehre denn auch überwiegend auf Kritik: PATRICK J. BORCHERS, *Forum Selection Agreements in the Federal Courts After Carnival Cruise: A Proposal for Congressional Reform*, Wash. L. Rev. 65/1992, 55 ff., 75 ff.; LINDA S. MULLENIX, *Another Easy Case, Some More Bad Law: Carnival Cruise Lines and Contractual Personal Jurisdiction*, Tex. Int'l L. J. 27/1992, 323 ff.; WILLIAM M. RICHMAN, *Carnival Cruise Lines: Forum Selection Clauses in Adhesion Contracts*, Am. J. Comp. L. 40/1992, 977 ff., 984. Siehe auch GANSSAUGE (FN 121), 144 f.; OCHSENFELD (FN 123), 640; PEIFFER (FN 33), 52.

¹²⁷ Das Seerecht fällt in die ausschliessliche Zuständigkeit der Bundesgerichte, vgl. vorne FN 44.

¹²⁸ PEIFFER (FN 33), 52 mit Hinweisen auf Literatur.

¹²⁹ *Stewart Organisation, Inc. v. Ricoh Corp.*, 487 U.S. 22 ff., 28 f. (1988); BORN/RUTLEDGE (FN 42), 513.

¹³⁰ GANSSAUGE (FN 121), 144; PEIFFER (FN 33), 52 jeweils mit umfangreichen Hinweisen auf einschlägige Rechtsprechung. Vgl. auch BORN/RUTLEDGE (FN 42), 513 ff. Nach der Fortentwicklung der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court durch die Bundesgerichte ist eine Gerichtsstandsvereinbarung *unreasonable* und daher unbeachtlich, wenn entweder (1) die gegnerische Zustimmung durch eine Täuschung, Drohung, mit Gewalt oder durch ein schwerwiegendes Verhandlungs-

Wie sich gezeigt hat,¹³¹ fällt die Prüfung der Anerkennung von Gerichtsstandsvereinbarungen zwischen U.S.-amerikanischen Klagparteien und einer ausländischen Beklagten jedoch grundsätzlich in den Bereich der *diversity jurisdiction*, bei deren Ausübung die Bundesgerichte teilweise gliedstaatliches Recht ihres Sitzstaates anwenden müssen. Ob die Bundesgerichte auch in diesem Fall auf die genannte Rechtsprechung des U.S. Supreme Court zurückgreifen können bzw. müssen oder entsprechend der *Erie*-Doktrin die im jeweiligen Gliedstaat geltenden Zulässigkeitsstandards anwenden müssen, ist eine der umstrittensten Fragen im Bereich der Gerichtsstandsvereinbarung.¹³² Eine klare Festlegung ist deshalb nicht möglich, weil eine verbindliche Zuordnung der Thematik der Gerichtsstandsvereinbarung zum materiellen oder prozessualen Recht noch nicht erfolgt ist: Der U.S. Supreme Court hat diese Frage noch nicht entschieden.¹³³ Der überwiegende Teil der Lehre spricht sich aber dafür aus, dass Bundesgerichte auch im Bereich der *diversity jurisdiction* Bundesrecht (*federal common law*) und damit die vom U.S. Supreme Court entwickelten Grundsätze zur Prüfung der Durchsetzbarkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen anwenden sollen.¹³⁴ Die Bundesgerichte gewisser Staaten wenden jedoch gliedstaatliches Recht zur Prüfung der Zulässigkeit bzw. Honorierung der Gerichtsstandsvereinbarung an.¹³⁵ Der vom U.S. Supreme Court statuierte Grundsatz

ungleichgewicht erzwungen wurde, (2) die Vereinbarung nicht frei ausgehandelt worden ist (was nicht bedeutet, dass Gerichtsstandsvereinbarungen in AGB nicht zulässig seien), (3) der Verweis an das prorogierte Gericht faktisch einer Rechtsschutzverweigerung gleichkäme, das gewählte Gericht also ungeeignet oder unzumutbar ist (*unreasonableness* im engeren Sinn), (4) die Vereinbarung nach den Regeln des allgemeinen Vertragsrechts unwirksam ist oder (5) die Vereinbarung der *public policy* zuwiderläuft (d.h. das zu erwartende Urteil ist am *Ordre public* zu messen), siehe nur ANOMO (FN 4), 167 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

¹³¹ Vgl. vorne II.A.3.b.

¹³² Vgl. bspw. *Lambert v. Kysar*, 983 F.2d 1110, 1116 (1st Cir. 1993) mit Hinweisen auf die widersprüchliche Rechtsprechung der Bundesgerichte.

¹³³ BORN/RUTLEDGE (FN 42), 515; JEGHER (FN 7), 34; PEIFFER (FN 33), 60; SCHEUERMANN (FN 42), 194. Ausführlich zur Problematik OCHSENFELD (FN 123), 633 ff.

¹³⁴ BERMAN (FN 38), 32; SILBERMAN (FN 69), 349; LEE YOUNG, *Forum Selection Clauses: Problems of Enforcement in Diversity, Cases and State Courts*, Colum. J. Transnat'l L. 35/1997, 663 ff., 676. Dies reflektiert auch die Rechtsprechung: Der überwiegende Teil der Bundesgerichte wendet *federal common law* an, illustrativ bspw. *Wong v. Party Gaming Ltd.*, 589 F.3d 821 ff. (6th Cir. 2009), ein älterer Entscheid bspw. *Taylor v. Titan Midwest Construction Corp.*, 474 F.Supp. 145, 147 (N.D. Tex. 1979). Weitere Hinweise auf die Rechtsprechung bei BORN/RUTLEDGE (FN 42), 515; ANOMO (FN 4), 176 f.

¹³⁵ BORN/RUTLEDGE (FN 42), 515 f. mit Hinweisen auf einschlägige Entscheide. Viele Bundesgerichte lassen die Frage auch offen, ob materielles Bundesrecht oder gliedstaatliches Recht auf die Beurteilung der Gerichtsstandsvereinbarung Anwendung findet; dies mit der Begründung, dass es für den Prozessausgang keinen Unterschied mache, da die materiellen Regeln ohnehin übereinstimmen, vgl. bspw. *Muzumdar v. Wellness Int'l Network, Ltd.*, 438 F.3d 759, 761 (7th Cir.

der Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen ist für die gliedstaatlichen Gerichte nicht bindend und daher nicht Teil gliedstaatlichen Rechts.¹³⁶ Nach dem gliedstaatlichen Recht gewisser Staaten gilt immer noch die *non ouster*-Doktrin, welche Gerichtsstandsvereinbarungen grundsätzlich als unzulässig bzw. unwirksam erachtet, oder es gelten generell sehr strenge Massstäbe für die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen.¹³⁷ Das Recht der meisten Staaten anerkennt jedoch – angelehnt an die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court bzw. an Bundesrecht – den Grundsatz der *prima facie*-Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen inklusive deren derogativen Effekt.¹³⁸ Es lässt sich jedoch beobachten, dass der Nachweis der U.S.-amerikanischen Klagpartei, dass die Gerichtsstandsvereinbarung *unreasonable* ist, immer seltener gelingt.¹³⁹

2006): «[U]nder either federal or Illinois law, forum selection clauses are valid and enforceable.» Siehe weiter IFC Credit Corp. v. Aliano Bros. General Contractors, Inc., 437 F.3d 606, 609 f. (7th Cir. 2006); Silva v. Encyclopedia Britannica Inc., 239 F.3d 385, 387 (1st Cir. 2001); Northwestern Nat'l Ins. Co. v. Donovan, 916 F.2d 372, 374 (7th Cir. 1990); Excell, Inc. v. Sterling Boiler & Mech., Inc., 106 F.3d 318, 320 f. (10th Cir. 1997); General Electric Co. v. G. Siempelkamp GmbH & Co., 29 F.3d 1095, 1098 (6th Cir. 1994); Lambert v. Kysar, 983 F.2d 1110, 1116 (1st Cir. 1993).

¹³⁶ BORN/RUTLEDGE (FN 42), 515; PEIFFER (FN 33), 62; JACOB WEBB YACKEE, Choice of Law Considerations in the Validity & Enforcement of International Forum Selection Agreements: Whose Law Applies?, UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff. 9/2004, 42 ff., 64.

¹³⁷ PETER HAY/PATRICK J. BORCHERS/SYMEON C. SYMEONIDES, Conflict of Laws, 5. A., St. Paul 2010, 544 f.; WALTER W. HEISER, Hague Convention on Choice of Court Agreements: The Impact on Forum Non Conveniens, Transfer of Venue, Removal, and Recognition of Judgments in United States Courts, U. Pa. J. Int'l L. 31/2010, 1013 ff., 1014 f. Dies ist besonders der Fall in Idaho, Iowa, Montana, North Carolina und Georgia, wobei sich in den letzten beiden Staaten eine zunehmend liberalere Rechtsprechung verfolgen lässt: WILLIAM W. PARK, Bridging the Gap in Forum Selection: Harmonizing Arbitration and Court Selection Clauses, Transnat'l L. & Contemp. Probs. 8/1998, 19 ff., 24. Zu den unterschiedlichen Konzepten zur Beurteilung der Anerkennung von Gerichtsstandsvereinbarungen in den einzelnen Bundesstaaten siehe BORN/RUTLEDGE (FN 42), 452 ff. Diese reichen von per se unenforceable bis zu virtually per se enforceability.

¹³⁸ BORN/RUTLEDGE (FN 42), 449 ff., 513; HAY/BORCHERS/SYMEONIDES (FN 137), 544 f. m.w.H.; PARK (FN 137), 24; PEIFFER (FN 33), 62. In vielen Bundesstaaten wurde der bundesrechtliche Massstab nicht nur in die gliedstaatliche Rechtsprechung, sondern direkt in Gesetze aufgenommen: YOUNG (FN 134), 663.

¹³⁹ Vgl. ANOMO (FN 4), 181 m.w.H. Die Einrede der Gerichtsstandsvereinbarungen erfolgt häufig gestützt auf die forum non conveniens-Doktrin; siehe dazu den jüngsten Entscheid des U.S. Supreme Court: Atlantic Marine Construction Co. v. U.S. District Court for the Western District of Texas, 134 Ct. 568, 575, 580 (2013), wonach die Bundesgerichte generell verpflichtet sind, eine Gerichtsstandsvereinbarung im Rahmen der forum non conveniens-Doktrin zu berücksichtigen. Es ging jedoch um einen nationalen Sachverhalt, der für das internationale Verhältnis beschränkte Bedeutung hat. Die forum non conveniens-Prüfung ist aber im Vergleich zur reasonableness-Prüfung für den Beklagten nachteilig, da die

In beiden Fällen – bei Anwendung gliedstaatlicher Zuständigkeitsregelungen sowie der vereinheitlichten Rechtsprechung zur *reasonableness*-Prüfung – verbleibt dem Gericht ein grosser Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung.¹⁴⁰ Dies ist –neben der anhaltend uneinheitlichen Rechtslage und dem umfangreichen Ermessen der Gerichte – ein weiterer Grund, weshalb die Frage der Durchsetzbarkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung zwischen einer U.S.-amerikanischen und schweizerischen Partei mit Rechtsunsicherheit behaftet ist und im vornherein nicht zuverlässig beantwortet werden kann. Trotz der uneinheitlichen und unsicheren Rechtslage kann mit Blick auf die Entwicklung der Rechtsprechung in den letzten Jahren jedoch die Aussage gemacht werden, dass Gerichtsstandsvereinbarungen in internationalen Verträgen von U.S.-amerikanischen Gerichten grundsätzlich anerkannt werden und damit in der Regel durchsetzbar sind.¹⁴¹

4. Zusammenfassung

An die Voraussetzungen zum Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung werden nach der schweizerischen *lex fori prorogati* keine besonders hohen Anforderungen gestellt. Praktisch relevant ist für die Abwehrklägerin, dass sie im Bereich der ausschliesslichen Zuständigkeiten, der Versicherungs- und Verbrauchersachen sowie des Arbeitsrechts keine Gerichtsstandsvereinbarung präventiv abschliessen kann. In diesen Bereichen ist die Gerichtsstandsvereinbarung keine taugliche präventive Abwehrmassnahme gegen einen ausländischen Prozess.

Die Untersuchung der Wirkungen einer nach *lex fori prorogati* wirksam abgeschlossenen Gerichtsstandsvereinbarung hat gezeigt, dass die Durchsetzung der Gerichtsstandsvereinbarung im Falle eines deutschen Klägers beim derogierten Forum aufgrund der einheitlichen Regelungen des LugÜ unproblematisch ist.¹⁴² Anders ist die Situation im Fall einer abredewidrigen Klage in den USA. Hier stellt mangels anwendbarer vereinheitlichter Regeln die U.S.-amerikanische *lex*

Gerichtsstandsvereinbarung bei Ersterer nur einer von vielen zu berücksichtigenden Faktoren ist. Kritisch zum Entscheid MAGGIE GARDNER, Retiring Forum Non Conveniens, N.Y.U. L. Rev. 92/2017, 390 ff., 440 f. und ROBIN EFFRON, Atlantic Marine and the Future of Forum Non Conveniens, Hastings L. J. 66/2015, 693 ff.

¹⁴⁰ In diesem Sinne auch BORN/RUTLEDGE (FN 42), 452 ff.; OCHSENFELD (FN 123), 636; PEIFFER (FN 33), 53; SCHACK (FN 35), N 78.

¹⁴¹ ANOMO (FN 4), 179; BORN/RUTLEDGE (FN 42), 453; ROLF A. SCHÜTZE, Klagen vor US-amerikanischen Gerichten – Probleme und Abwehrstrategien, RIW 2005, 579 ff., 583; MICHAEL E. SOLIMINE, Forum-Selection Clauses and the Privatization of Procedure, Cornell Int'l L. J. 25/1992, 51 ff., 51; DÖRIG (FN 33), 174: «Forum selection clauses werden heute von den meisten Bundes- und gliedstaatlichen Gerichten durchgesetzt.»

¹⁴² In beiden Fällen ist es für die Abwehrklägerin wesentlich, den letztmöglichen Zeitpunkt der Einrede nicht zu verpassen.

fori derogati ein rechtliches Hindernis dar. Zwar ist mit Blick auf die Entwicklung der Rechtsprechung in den vergangenen Jahren der Vorwurf, dass U.S.-amerikanische Gerichte internationale Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten ausländischer Gerichte zum Schutz ihrer eigenen weitläufigen Zuständigkeiten nicht anerkennen, nicht mehr zutreffend. Jedoch ist die mit der *lex fori derogati* verbundene Rechtsunsicherheit für die Durchsetzbarkeit der Gerichtsstandsvereinbarung in mehrfacher Hinsicht problematisch. Erstens ist unklar, ob die (Bundes-)Gerichte gliedstaatliches Recht oder Bundesrecht zur Beurteilung der Gerichtsstandsvereinbarung anwenden müssen. Während die Rechtspraxis auf Bundesebene aufgrund der *reasonableness*-Doktrin und der Vermutung zugunsten der Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung grundsätzlich liberal ist, ist das gliedstaatliche Recht der 50 Bundesstaaten sehr unterschiedlich ausgestaltet. In gewissen Staaten gilt sogar noch die erwähnte *non ouster*-Doktrin. Zweitens wenden die einzelnen Bundesgerichte die Prüfungsmaßstäbe unterschiedlich an. Immerhin bieten Fallrecht und das Prinzip der *stare decisis* der Rechtsunsicherheit gewissen Einhalt. Drittens kommt den Gerichten in jedem Fall – sowohl bei der Anwendung von Bundes- als auch gliedstaatlichem Recht – ein grosses Ermessen zu, das ein Prüfungsergebnis definitionsgemäss schwer abschätzbar macht.

Im Ergebnis ist deshalb zu differenzieren: Hält sich die Vertragspartei an die Gerichtsstandsvereinbarung und klagt beim prorogierten schweizerischen Gericht, oder hält sie sich nicht daran und klagt in Deutschland (oder einem anderen LugÜ-Vertragsstaat), so stellt die Gerichtsstandsvereinbarung eine effektive Massnahme der Abwehrklägerin zur Vermeidung eines ausländischen Prozesses dar. Wird die Abwehrklägerin jedoch abredewidrig in den USA eingeklagt, so schwächen die U.S.-amerikanische *lex fori derogati* und die damit verbundene Rechtsunsicherheit die Erfolgchancen der Abwehrmassnahme in erheblichem Masse.

Es ist zu prüfen, ob eine Schiedsvereinbarung dieses Problem besser lösen kann.

C. Schiedsvereinbarung

1. Allgemeines

Statt der Zuständigkeit eines staatlichen Gerichts kann mit einer Schiedsvereinbarung die Zuständigkeit eines *privaten* Gerichts, eines Schiedsgerichts, bestimmt werden.¹⁴³ Schiedsgerichte fällen wie staatliche Gerichte materielle, endgültige, bindende und vollstreckbare Urteile.¹⁴⁴

Die Schiedsgerichtsbarkeit hat im internationalen Handelsverkehr enorme Bedeutung.¹⁴⁵ Die Hauptgründe für ein Schiedsverfahren sind die Wahl und Einflussmöglichkeiten auf die Zusammensetzung des Spruchkörpers (neutrale, sachkundige und erfahrene Experten), das in der Regel schnellere und kostengünstigere Verfahren, der Ausschluss der Öffentlichkeit, die Möglichkeit der Verfahrensgestaltung sowie die internationale Freizügigkeit, d.h. die erleichterte Durchsetzbarkeit der Schiedssprüche.¹⁴⁶ Es gibt zwei Arten von Schiedsverfahren: Die Ad-Hoc-Schiedsgerichtsbarkeit, bei welcher die Parteien das Schiedsverfahren selber gestalten, und die institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, bei welcher das Verfahren nach standardisierten Regeln einer bestimmten Schiedsinstitution abläuft.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Neuere Statistiken zeigen, dass über 90% internationaler Verträge Schiedsklauseln aufweisen, und damit Gerichtsstandsklauseln weitestgehend verdrängen: 2015 International Arbitration Survey, White & Case und Queen Mary University of London, <<https://www.whitecase.com/publications/insight/2015-international-arbitration-survey-improvements-and-innovations>> (Abruf 31.1.2020), zit. in ALEC STONE SWEET/FLORIAN GRISEL, *The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy*, New York 2017, 2. Die Schweiz ist weltweit ein sehr beliebter Schiedsplatz: BERNHARD BERGER/FRANZ KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. A., Bern 2015, N 146 ff.

¹⁴⁶ STEPHAN BALTHASAR, *Best Practice in International Arbitration: Comparative Reflections on the UNCITRAL Model Law*, in: Stephan Balthasar (Hrsg.), *International Commercial Arbitration, International Conventions, Country Reports and Comparative Analysis*, München 2016, Kap. 1 N 1 ff., N 13 ff.; MAXIMILIAN BURGER-SCHIEDLIN/ULRICH KOPETZKI, *Bedeutung der Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, in: Hellwig Torggler/Florian Mohs/Friederike Schäfer/Venus Valentina Wong (Hrsg.), *Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit, Deutschland – Österreich – Schweiz*, 2. A., Wien 2017, N 1 ff., 23 ff.; DANIEL GIRSBERGER/NATHALIE VOSER, *International Arbitration in Switzerland*, 3. A., Zürich 2016, N 130 ff.; PETER GOTTWALD, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, in: Peter Gottwald (Hrsg.), *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Arbitrage International, International Arbitration*, Bielefeld 1997, 1 ff., 7 f.; GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER/ANTONIO RIGOZZI, *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, 3. A., Oxford 2015, N 1.38 ff.; MICHAEL KUTSCHERA, *Vor- und Nachteile des schiedsgerichtlichen Verfahrens*, in: Hellwig Torggler/Florian Mohs/Friederike Schäfer/Venus Valentina Wong (Hrsg.), *Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit, Deutschland – Österreich – Schweiz*, 2. A., Wien 2017, N 42 ff.; MANUEL LIATOWITSCH, *Schweizer Schiedsgerichte und Parallelverfahren vor Staatsgerichten im In- und Ausland*, Diss. Basel 2002, 65; KURT SIEHR, *Internationales Privatrecht, Deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis*, Heidelberg 2001, 549; WALTER/DOMEJ (FN 117), 576 ff.; vgl. auch Art. 176 ff. IPRG.

¹⁴⁷ Vgl. Art. 182 Abs. 1 und 2 IPRG. Ausführlich dazu GIRSBERGER/VOSER (FN 146), N 66 ff.

¹⁴³ Vgl. WALTER/DOMEJ (FN 117), 575.

¹⁴⁴ Vgl. Art. 190 Abs. 1 und Art. 193 IPRG. Zulässiges Rechtsmittel ist einzig die Schiedsbeschwerde ans Bundesgericht, siehe die beschränkten Beschwerdegründe in Art. 190 Abs. 2 IPRG.

Die Schiedsvereinbarung ist ein vom Hauptvertrag unabhängiger, d.h. selbständiger¹⁴⁸ Vertrag.¹⁴⁹ Ihre Rechtsnatur ist umstritten.¹⁵⁰ Die primären Wirkungen bestehen in der Zuständigkeitsbegründung des Schiedsgerichts und dem Zuständigkeitsausschluss der staatlichen Gerichte. Das Schiedsgericht prüft seine Zuständigkeit auf Einrede hin.¹⁵¹

¹⁴⁸ Vgl. Art. 178 Abs. 3 IPRG; BGE 142 III 239, E. 3.2.1 m.w.H. Im deutschen Recht explizit § 1040 (1) Satz 2 ZPO; im U.S.-amerikanischen Recht vgl. § 2, 3 und 4 FAA sowie *Granite Rock Co. v. Int'l Bhd of Teamsters*, 130 U.S. 2847, 2857 (2010) («[C]ourts must treat the arbitration clause as severable from the contract in which it appears.»); *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg Co.*, 388 U.S. 395, 402 (1967) («[A]rbitration clauses are «separable» from the contracts in which they are embedded.»); GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Bd. I., 2. A., Alphen am Rhein 2014, 367 ff. m.w.H. auf einschlägige Rechtsprechung unterer Instanzen. Explizit auch Art. 16 Abs. 1 UNCITRAL Model Law: Acht Bundesstaaten haben das Modellgesetz übernommen, siehe <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status> (Abruf 31.1.2020).

¹⁴⁹ Zur Möglichkeit der einseitigen Anordnung einer Schiedsvereinbarung siehe BERGER/KELLERHALS (FN 145), N 470 ff. m.w.H. Siehe zur Schiedsvereinbarung integriert in Statuten bzw. in AGB BERGER/KELLERHALS (FN 145), N 465 ff. bzw. 451 f. m.w.H.; vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, BBl 1983 I 263 ff., 246.

¹⁵⁰ Die neue Lehre lässt der Frage jedoch keine Bedeutung mehr zukommen, weil sie der Schiedsvereinbarung sowohl prozessuale als auch materielle Elemente zuspricht: BERGER/KELLERHALS (FN 145), N 310; BSK IPRG-GRÄNICHER (FN 99), Art. 178 N 4; FRANK VISCHER/LUCIUS HUBER/DAVID OSER, *Internationales Vertragsrecht*, 2. A., Bern 2000, N 1354; ZK IPRG-OETIKER (FN 23), Art. 178 N 9. Das Bundesgericht hat seit BGE 41 II 534 ff. die Schiedsvereinbarung als Prozessvertrag qualifiziert, liess die Frage jüngst aber auch offen, vgl. bspw. BGE 140 III 134, E. 3.2; BGer, 4A_310/2016, 6.10.2016, E. 3.2.1. Weitere Nachweise zum Meinungsstand der in diesem Sinne unterdessen überholten Lehre und Rechtsprechung siehe bei MARCO STACHER, *Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung, Merkmale und Wesen der verpflichtenden und der gestaltenden Elemente der Schiedsvereinbarung*, Diss. Zürich 2007, N 419 ff.

¹⁵¹ Vgl. Art. 186 Abs. 2 IPRG; siehe BGE 128 III 50, E. 2.c.aa m.w.H. Eine Ausnahme gilt, wenn sich die Beklagte überhaupt nicht am Verfahren beteiligt (BGE 120 II 155, E. 3.b.bb; BGer, 4A_676/2014, 3.6.2015, E. 3.2.3.1; BGer, 4A_682/2012, 20.6.2013, E. 4.4.2.1; BERGER/KELLERHALS [FN 145], N 692; BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER [FN 99], Art. 186 N 91; CHK IPRG-FURRER/GIRSBERGER/AMBAUEN, Art. 182–186 N 30, in: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 12. Bd., 3. A., Zürich 2016; CR CL-TSCHANZ [FN 25], Art. 186 LDIP N 17; TARKAN GÖKSU, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Zürich 2014, N 1200; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI [FN 146], N 3.191; ZK IPRG-OETIKER [FN 23], Art. 186 N 57) oder wenn die objektive Schiedsfähigkeit im Lichte des internationalen Ordre public bestritten wird (BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER [FN 99], Art. 186 N 89; JEAN-FRANÇOIS POUURET/SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2. A., London 2017, N 472). Dann erfolgt die Prüfung von Amtes wegen.

2. Voraussetzungen

Um die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung sicherzustellen, hat die Abwehrklägerin die anwendbaren Vorschriften der Rechtsordnung des vereinbarten Schiedsgerichts, also der *lex arbitri*, zu beachten. Diese sind in der schweizerischen Rechtsordnung grundsätzlich dem IPRG zu entnehmen.¹⁵² Zu prüfen sind danach die objektive und subjektive Schiedsfähigkeit und die formelle sowie materielle Gültigkeit (Bestimmtheitserfordernis des Rechtsverhältnisses und des Schiedsgerichts) der Schiedsvereinbarung. In Bezug auf die notwendigen Voraussetzungen einer gültigen Schiedsvereinbarung ergeben sich aufgrund der Aufgabenstellung keine Besonderheiten, weshalb an dieser Stelle nicht im Einzelnen auf diese eingegangen, sondern auf die Standardliteratur hierzu verwiesen wird.¹⁵³

3. Wirkungen

a. Prorogation

Eine Schiedsvereinbarung, welche die genannten Voraussetzungen erfüllt, begründet die ausschliessliche Zuständigkeit des vereinbarten schweizerischen Schiedsgerichts (positiver Effekt). Das Gericht konstituiert sich gemäss der Vereinbarung der Parteien oder nach der anwendbaren Schiedsordnung und bestimmt anhand der anwendbaren Verfahrensregeln den weiteren Ablauf des Verfahrens.

b. Derogation

Die wirksame Schiedsvereinbarung schliesst die staatliche Gerichtsbarkeit aus, d.h., sie derogiert alle staatlichen Gerichte (negativer Effekt).¹⁵⁴ Dies hindert die Parteien jedoch – wie bei der Gerichtsstandsvereinbarung – faktisch nicht daran, die Klage abredewidrig bei einem ausländischen Gericht¹⁵⁵ anhängig zu machen.

¹⁵² Es finden sowohl bei einer Schiedsvereinbarung mit einem potentiellen deutschen als auch einem potentiellen U.S.-amerikanischen Kläger Art. 176 ff. Anwendung. Das LugÜ findet auf Schiedsverfahren keine Anwendung: Art. 1 Abs. 2 lit. d LugÜ. Für eine Übersicht über die völkerrechtlichen Verträge im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit siehe BERGER/KELLERHALS (FN 145), N 125 ff. Das UNCITRAL Model Law wurde als Modellgesetz von 80 Staaten übernommen, nicht aber von der Schweiz, vgl. <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration> (Abruf 31.1.2020). Möglich wäre auch ein Ausschluss der Anwendung des IPRG und die Wahl der Bestimmungen des dritten Teils der ZPO nach Art. 176 Abs. 2 IPRG.

¹⁵³ BERGER/KELLERHALS (FN 145), N 277 ff.; BSK IPRG-MABIL-LARD/BRINER (FN 99), Art. 177 N 6 ff.; BSK IPRG-GRÄNICHER (FN 99), Art. 178 N 1 ff.; ZK IPRG-OETIKER (FN 23), Art. 178 N 1 ff.

¹⁵⁴ Ausser es wurde den Parteien ein Wahlrecht zwischen staatlicher und privater Gerichtsbarkeit eingeräumt. Beachte auch das Rechtsmittel gegen einen schweizerischen Schiedsspruch ans Bundesgericht, Art. 190 ff. IPRG und Art. 77 BGG.

¹⁵⁵ Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf den Fall einer abredewidrigen Klage vor einem ausländischen staatli-

Das angegangene Gericht beurteilt nach seinem eigenen internationalen Zivilverfahrensrecht inklusive der relevanten Staatsverträge die Gültigkeit und Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung.

Der weltweit bedeutendste Staatsvertrag im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche ist das NYÜ.¹⁵⁶ Das Übereinkommen enthält in Art. II auch Regeln zur *Schiedsvereinbarung*, die im Folgenden für die Frage der Durchsetzbarkeit dieser Abwehrmassnahme relevant sind. Die Schweiz, Deutschland und die USA sind Vertragsstaaten des NYÜ. Die Beurteilung der Derogationswirkung erfolgt für die gegebene Aufgabenstellung demnach einheitlich – d.h. sowohl für die Klage vor einem deutschen als auch vor einem U.S.-amerikanischen Gericht – nach dem NYÜ.¹⁵⁷

Klagt eine deutsche oder U.S.-amerikanische Klagpartei trotz Schiedsvereinbarung über ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz bei einem Gericht in Deutschland bzw. in den USA, muss die Abwehrklägerin Einrede erheben und die Zuständigkeit des Gerichts bestreiten.¹⁵⁸ Das Gericht wird nach Art. II NYÜ¹⁵⁹ prüfen, ob eine wirksame Schiedsvereinbarung im Sinne der Bestimmung vorliegt und bei positivem Ergebnis die Schiedsvereinbarung und damit deren Derogationseffekt anerkennen.¹⁶⁰

chen Gericht. Der praktisch kaum relevante Fall des Zuständigkeitskonflikts unter mehreren Schiedsgerichten wird vorliegend nicht behandelt, vgl. LIATOWITSCH (FN 146), 6 f.

¹⁵⁶ Bis heute sind dem Übereinkommen 161 Staaten beigetreten: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=XXII-1&chapter=22&clang=_en> (Abruf 31.1.2020).

¹⁵⁷ Die (internationale) Schiedsgerichtsbarkeit im U.S.-amerikanischen (Bundes-)Recht ist im FAA geregelt, welcher das NYÜ explizit in Kapitel 2 inkorporiert. Der FAA verdrängt gliedstaatliches Recht zur Schiedsgerichtsbarkeit, weshalb Letzteres marginale Bedeutung erlangt hat, vgl. Southland Corp. v. Keating, 465 U.S. 1, 15 f. (1984); WILLIAM W. PARK, The Specificity of International Arbitration: The Case for FAA Reform, Vand. J. Transnat'l L. 36/2003, 1241 ff., 1245; differenzierend CHRISTOPHER R. DRAHOZAL, The New York Convention and the American Federal System, J. Disp. Resol. 2012, 101 ff.

¹⁵⁸ Art. II Ziff. 3 NYÜ: «[A]uf Antrag einer der Parteien [...]»

¹⁵⁹ Die einschlägige Ziff. 3 des Art. II NYÜ verlangt eine Erfüllung der Voraussetzungen der übrigen Ziffern des Artikels und Prüfung von Art. I Abs. 1 Satz 1 NYÜ. Art. I Abs. 1 Satz 1 NYÜ muss als erfüllt erachtet werden, obwohl ein ausländischer Schiedsspruch im Sinne der Bestimmung noch nicht erfolgt ist: Der Schiedsspruch erginge vereinbarungsgemäss in der Schweiz, was aus deutscher bzw. U.S.-amerikanischer Sicht als ausländisch im Sinne von Art. I Abs. 1 Satz 1 NYÜ anzusehen ist. Vgl. auch CHRISTINE MOEBUS, Das Haager Übereinkommen von 2005, Die Derogationswirkung des Art. 6 HGÜ unter besonderer Berücksichtigung des NYÜ, Diss. Wiesbaden 2016, 40 m.H. auf Lehre und Rechtsprechung. LIATOWITSCH (FN 146), 27: «Während das Übereinkommen definiert, welche Schiedsentscheide von seinem Anwendungsbereich erfasst werden, wird diese Frage betreffend die Schiedsvereinbarungen offengelassen.»

¹⁶⁰ Art. II Ziff. 1 NYÜ: «Jeder Vertragsstaat erkennt eine schriftliche Vereinbarung an [...]». Art. II Ziff. 3 NYÜ: «[S]o hat

Art. II NYÜ stellt den Art. 176 ff. IPRG ähnliche Voraussetzungen auf. Die Definition nach Art. II Ziff. 1 NYÜ, wann eine Schiedsvereinbarung als Vereinbarung im Sinne des Übereinkommens anzusehen ist, deckt sich inhaltlich mit derjenigen nach der schweizerischen *lex arbitri*.¹⁶¹ Geprüft werden die objektive und subjektive Schiedsfähigkeit sowie die formelle und materielle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung. Zudem darf kein besonderer Ablehnungsgrund gemäss Art. II Ziff. 3 NYÜ vorliegen. Diese einzelnen Voraussetzungen werden nach unterschiedlichem Recht beurteilt.

Die formelle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung beurteilt sich nach Art. II Ziff. 1 und 2 NYÜ. Diese Bestimmungen sehen strengere Formvorschriften vor als Art. 178 Abs. 1 IPRG (Unterzeichnung oder Austausch der Dokumente bzw. schriftliche Niederlegung statt Nachweisbarkeit durch Text).¹⁶² Nach international überwiegender Lehre und Rechtsprechung gehen jedoch nationale, weniger strenge Formvorschriften dem Art. II NYÜ vor.¹⁶³ Deshalb wird in der Regel weder ein

das Gericht auf Antrag einer Partei sie [die Parteien] auf das schiedsrichterliche Verfahren zu verweisen [...]»

¹⁶¹ Vgl. Art. II Ziff. 1 NYÜ: «[E]ine schriftliche Vereinbarung [...], durch die sich die Parteien verpflichten, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen aus einem bestimmten Rechtsverhältnis, sei es vertraglicher oder nichtvertraglicher Art, bereits entstanden sind oder etwa künftig entstehen [...]»

¹⁶² Insb. ist der Abschluss der Schiedsvereinbarung im elektronischen Geschäftsverkehr grds. nicht zulässig, da der Austausch von bspw. E-Mails nicht zu einer automatischen schriftlichen Niederlegung führt, siehe dazu OLIVER YVES MAIBACH, Formvorschriften und Online-Schiedsgerichtsbarkeit, Diss. Nordstedt 2009, 98 ff. m.w.H.

¹⁶³ Begründet wird dies überwiegend mit der Meistbegünstigungsklausel nach Art. VII Abs. 1 NYÜ; siehe zur deutschen Lehre und Rechtsprechung: BGH, 8.6.2010, SchiedsVZ 2009, 48; 23.2.2006, SchiedsVZ 2006, 161; 21.9.2005, SchiedsVZ 2005, 306 f.; MOEBUS (FN 159), 39; MüKo-ADOLPHSEN (FN 104), Art. II NYÜ N 18; Wolff/QUINKE, Art. VII NYÜ N 58 f., in: Reinmar Wolff (Hrsg.), New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Commentary, München 2012 (zit. Wolff/VERFASSER/IN); Wolff/WOLFF (FN 163), Art. II NYÜ N 76. Siehe auch DOROTHEE SCHRAMM/ELLIOTT GEISINGER/PHILIPPE PINSOLLE, Article II, in: Herbert Kronke/Patricia Nacimiento/Dirk Otto/Nicola Christine Port (Hrsg.), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: a Global Commentary on the New York Convention, Austin 2010, 37 ff., 45 ff.; ALBERT VAN DEN BERG, The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation, Deventer 1981, 86. Vgl. auch die Empfehlung der UNCITRAL, <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/explanatorytexts/recommendations/foreign_arbitral_awards> (Abruf 31.1.2020). Dies ist auch die überwiegende Rechtsprechung und Lehre in den USA: vgl. BORN (FN 148), 618 ff. und 670 ff. mit Hinweisen auf einschlägige Rechtsprechung und Literatur sowie auf vereinzelte gegenteilige Entscheide (keine Berücksichtigung grosszügiger nationaler Rechts). Das schweizerische Recht ist hier zwar praktisch nicht relevant, es sei an dieser Stelle jedoch auf den Meinungsstreit in der Lehre hingewiesen: Für die Zuhilfenahme grosszügiger nationaler Rechts sprechen sich aus: BERGER/KELLERHALS (FN 145), N 427; BSK IPRG-GRÄNICHER (FN 99), Art. 178 N 5, 19; STEFANIE PFISTERER, Ausdehnung von

deutsches noch ein U.S.-amerikanisches Gericht die Schiedsvereinbarung als ungültig erachten, sofern die Formerfordernisse der schweizerischen *lex arbitri* beim Abschluss der Vereinbarung beachtet wurden.

Die materielle Gültigkeit bestimmt sich analog Art. V Abs. 1 lit. a und c NYÜ nach dem gewählten Recht bzw. nach der *lex arbitri* am Sitz des Schiedsgerichts.¹⁶⁴ Demnach muss ein ausländisches Gericht die materielle Gültigkeit der Schiedsvereinbarung bei fehlender Rechtswahl nach schweizerischem Recht beurteilen, was keine Probleme verursacht, sofern die Parteien dieses bei Abschluss der Vereinbarung beachtet haben.¹⁶⁵

Die subjektive Schiedsfähigkeit, also die Fähigkeit der Parteien zum Abschluss der Schiedsvereinbarung, prüft das Gericht nach dem Personalstatut der Partei-

en.¹⁶⁶ Hier ergeben sich keine Probleme, da weder im deutschen noch im U.S.-amerikanischen Recht besondere, vom schweizerischen Recht massgeblich abweichende Bestimmungen betreffend Prozess- und Parteifähigkeit bzw. keine von den Regeln zum generellen Vertragsschluss abweichende Regeln zum Abschluss von Schiedsvereinbarungen bestehen.¹⁶⁷

Auch bei der Prüfung der objektiven Schiedsfähigkeit werden sich kaum Probleme ergeben. Diese bestimmt sich in analoger Anwendung von Art. V Ziff. 2 lit. a NYÜ nach der *lex fori*.¹⁶⁸ Während früher im U.S.-amerikanischen Recht traditionell viele Bereiche von der Schiedsfähigkeit ausgeschlossen waren,¹⁶⁹ gibt es heute kaum mehr Einschränkungen als in der schweizerischen *lex arbitri*.¹⁷⁰ Die objektive Schiedsfähigkeit nach deutschem Recht stimmt mit derjenigen nach schweizerischem Recht überein.¹⁷¹

Nach Art. II Abs. 3 NYÜ ist die Schiedsvereinbarung zudem nur dann anzuerkennen, wenn sie sich nicht als hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar erweist.¹⁷² Die Frage des anwendbaren Rechts auf diese Voraussetzung ist umstritten: Während die Gerichte in Deutschland das gewählte Recht bzw. das Recht am Sitz des Schieds-

Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, Diss. Zürich 2011, N 76; ZK IPRG-OETIKER (FN 23), Art. 178 N 15. Nach einem anderen Teil der Lehre stellen Art. II Ziff. 1 und 2 NYÜ Sachnormen dar, welche die Formvorschriften abschliessend regeln: ANDREAS BUCHER, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel 1989, N 117; JEGHER (FN 7), 54; MARCO STACHER, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 2015, N 104; vgl. auch BGer, 5C.215/1994, 21.3.1995, E. 2.b: «Die Frage nach der (formellen) Gültigkeit beurteilt sich folgerichtig ausschliesslich nach Staatsvertragsrecht; das Schriftlichkeitserfordernis gemäss Art. II NYÜ ist selbstständig ohne Zuhilfenahme eines nationalen Rechtes auszulegen.»; vgl. BGE 121 III 38, E. 2.c.; 111 Ib 253, E. 5.

¹⁶⁴ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Genehmigung des Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (sog. New Yorker Übereinkommen) vom 18. September 1964, BBl 1964 II 605 ff., 611; vgl. BGer, 4A_279/2010, 25.10.2010, E. 2; BGer, 5C.215/1994, 21.3.1995, E. 2.b; BERGER/KELLERHALS (FN 145), N 328; PIERO BERNARDINI, The Problem of Arbitrability in General, in: Emmanuel Gaillard/Domenico di Pietro (Hrsg.), Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention 1958 in Practice, London 2008, 503 ff., 516; BORN (FN 148), 494 ff.; CR CL-TSCHANZ (FN 25), Art. 178 LDIP N 18; LIATOWITSCH (FN 146), 22 f.; CHRISTOPH LIEBSCHER, Arbitration of Antitrust Disputes, in: Emmanuel Gaillard/Domenico di Pietro (Hrsg.), Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention 1958 in Practice, London 2008, 523 ff., 528; JULIAN D. M. LEW/LOUKAS A. MISTELIS/STEFAN KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration, Den Haag 2003, N 6 ff.; POUDET/BESSON (FN 151), N 299; STACHER (FN 163), N 104; VAN DEN BERG (FN 163), 126 f.; GERHARD WALTER/WOLFGANG BOSCH/JÜRGEN BRÖNNIMANN, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 1991, 86 f.

¹⁶⁵ Uneinheitlich ist diesbezüglich jedoch die Rechtsprechung in den USA: Teilweise wenden U.S.-amerikanische Gerichte die *lex fori* auf die Frage der materiellen Gültigkeit an, siehe zu einschlägigen Entscheiden SCHRAMM/GEISINGER/PINSOLLE (FN 163), 55 Fn. 55; vgl. Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614, 627 (1986); U.S. Titan, Inc. v. Guangzhou Zhen Hua Shipping Co., 241, F.3d 135, 146 (S.D.N.Y. 2001); Westbrook Int'l, LLC v. Westbrook Technologies, 17 F.Supp. 2d 681, 683 ff. (E.D. Mich 1998); weitere Hinweise bei BORN (FN 146), 496 ff. mitsamt umfangreicher Kritik.

¹⁶⁶ Analog Art. V Ziff. 1 lit. a NYÜ. BGer, 4A_50/2012, 16.10.2012, E. 3.3.2; BGer, 4A_428/2008, 31.3.2009, E. 3.2; BGer, 5C.215/1994, 21.3.1995, E. 2.b. Siehe BERGER/KELLERHALS (FN 145), N 386 und 2056 ff.; BERNARDINI (FN 161), 505; BORN (FN 148), 626 f.; GIRSBERGER/VOSER (FN 146), N 327; MOEBUS (FN 159), 149 m.H. auf deutsche Rechtsprechung unterer Instanzen; MüKo-ADOLPHSEN (FN 104), Art. II NYÜ N 30; SCHRAMM/GEISINGER/PINSOLLE (FN 160), 55 f.

¹⁶⁷ Vgl. BORN (FN 146), 726 ff.; GIRSBERGER/VOSER (FN 144), N 326.

¹⁶⁸ HOMAYOON ARAFAZADEH, Arbitrability Under the New York Convention: the Lex Fori Revisited, Arb. Int'l 17/2001, 73, 76; BORN (FN 148), 598 ff.; LIEBSCHER (FN 164), 528; LEW/MISTELIS/KRÖLL (FN 164), 9 ff.; VAN DEN BERG (FN 163), 152; vgl. Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 ff. (1985); Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506 ff. (1974); für Entscheide der Instanzengerichte siehe die Nachweise bei BORN (FN 148), 601 Fn. 658 und Fn. 668. GEIMER (FN 4), N 3811; GIRSBERGER/VOSER (FN 146), N 319; LIATOWITSCH (FN 146), 19; MüKo-ADOLPHSEN (FN 104), Art. II NYÜ N 11; KARL-HEINZ SCHWAB/GERHARD WALTER, Schiedsgerichtsbarkeit, Systematischer Kommentar zu den Vorschriften der Zivilprozessordnung, des Arbeitsgerichtsgesetzes, der Staatsverträge und der Kostengesetze über das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren, 7. A., Basel 2005, Kap. 44 N 1; STACHER (FN 163), N 104.

¹⁶⁹ JOSEPH T. McLAUGHLIN, Arbitrability: Current Trends in the United States, Arb. Int'l 12/1996, 113 ff.

¹⁷⁰ Ausführlich BORN (FN 148), 972 ff. und McLAUGHLIN (FN 169), 114 ff. jeweils mit Hinweisen auf die Entwicklung der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court. Dieser Rechtsprechung entgegenstehende gliedstaatliche Gesetze sind nicht beachtlich, vgl. BERNARDINI (FN 164), 522.

¹⁷¹ Als Grundlage einer Schiedsvereinbarung zulässig sind alle vermögensrechtlichen Ansprüche: § 1030 (1) Satz 1 deutsche ZPO; vgl. darüber hinaus Satz 2.

¹⁷² Vgl. Art. 7 lit. b IPRG.

gerichts anwenden,¹⁷³ prüfen die U.S.-amerikanischen Gerichte diese Voraussetzung nach der *lex fori*. Das U.S.-amerikanische Recht ist jedoch sehr schiedsverfahrensfreundlich: Hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar ist die Schiedsvereinbarung nur dann, wenn ein *international* anerkannter Grund wie Zwang, Irrtum, Betrug oder Verwirkung vorliegt.¹⁷⁴

Ergibt die Prüfung des deutschen bzw. U.S.-amerikanischen Gerichts, dass die Schiedsvereinbarung gültig und wirksam ist, muss das Schiedsgericht die Schiedsvereinbarung anerkennen und deren Derogationseffekt beachten, sofern ein entsprechender Antrag erfolgt ist. Es verneint entweder seine Zuständigkeit und weist die Klage der deutschen bzw. U.S.-amerikanischen Klagpartei ab, oder es setzt das Verfahren bis zum Abschluss des Verfahrens vor dem schweizerischen Schiedsgericht aus.¹⁷⁵

c. Unterlassungs- und Schadenersatzanspruch

Anders als bei der Gerichtsstandsvereinbarung wird bei der Schiedsvereinbarung von der herrschenden schweizerischen Lehre eine Unterlassungs- und Schadenersatzpflicht bejaht.¹⁷⁶ Auch das Bundesgericht hat infolge

Missachtung der Schiedsvereinbarung bzw. der Zuständigkeit des Schiedsgerichts eine Schadenersatzklage gutgeheissen.¹⁷⁷ Es ist zu differenzieren: Während Schadenersatzpflichten klagbar, d.h. gerichtlich durchsetzbar sind, ist die aus der Schiedsvereinbarung resultierende Unterlassungspflicht gerichtlich nicht durchsetzbar. Eine gerichtliche Durchsetzung der Unterlassungspflicht würde einem internationalen Prozessführungsverbot gleichkommen, was aus schweizerischer Perspektive nicht zulässig ist.¹⁷⁸

4. Zusammenfassung

Die aus der schweizerischen *lex arbitri* resultierenden Voraussetzungen zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung sind für die Abwehrklägerin weitgehend unproblematisch. Empfehlenswert ist, die strengeren Formvorschriften des Art. II Ziff. 1 und 2 NYÜ einzuhalten, um das Risiko auszuschliessen, dass ein abredewidrig angerufenes deutsches bzw. U.S.-amerikanisches Gericht die Form der Schiedsvereinbarung statt nach grosszügigerem nationalem Recht nach dem NYÜ prüft und die Schiedsvereinbarung für unwirksam erklärt.

Auch die Durchsetzbarkeit der Schiedsvereinbarung – insbesondere im Falle einer abredewidrigen Klage im Ausland – erweist sich weitgehend als problemlos. In beiden Fällen – sowohl demjenigen einer deutschen als auch U.S.-amerikanischen Klagpartei – beurteilt das angerufene Gericht die von der Abwehrklägerin via Schiedseinrede¹⁷⁹ geltend gemachte Schiedsvereinbarung nach dem NYÜ. Zusätzlich zu den nach der schweizerischen *lex arbitri* beachteten Voraussetzungen wird das Gericht nach Art. II Abs. 3 NYÜ prüfen, ob die Schiedsvereinbarung hinfällig, unwirksam oder nicht

¹⁷³ Art. V Ziff. 1 lit. a NYÜ. MüKo-ADOLPHSEN (FN 104), Art. II NYÜ N 29; SCHRAMM/GEISINGER/PINSOLLE (FN 163), 105; SCHWAB/WALTER (FN 168), Kap. 7 N 5; VAN DEN BERG (FN 163), 126 ff.

¹⁷⁴ Siehe bspw. *Meadows Indemnity Co. v. Baccala & Shoop Insurance Services, Inc.*, 760 F. Supp 1036, 1043 (E.D.N.Y. 1991); *Bautista v. Star Cruises*, 396 F.3d 1289, 1301 (11th Cir. 2005). MOEBUS (FN 159), 134; SCHRAMM/GEISINGER/PINSOLLE (FN 163), 103 f. jeweils m.w.H.

¹⁷⁵ Vgl. Art. II Abs. 3 NYÜ. Das genaue Vorgehen bestimmt sich nach der *lex fori*: MüKo-ADOLPHSEN (FN 104), Art. II NYÜ N 33; MOEBUS (FN 159), 55 f.; eine technische Verweisung wird in den meisten Fällen nicht vorgesehen, insb. da das Schiedsgericht häufig noch nicht gebildet ist: MOEBUS (FN 159), 52; vgl. auch STACHER (FN 163), N 101. U.S.-amerikanische Gerichte lehnen teilweise die Zuständigkeit direkt ab (etwa *Siderius v. Compania De Acero Del Pacifico*, 453 F.Supp. 22 ff. [S.D.N.Y. 1978]), oder aber setzen das Verfahren bis zum Abschluss des Schiedsverfahrens aus (etwa *Filanto, SpA v. Chilewich Intern. Corp.*, 789 F.Supp. 1229 ff. [S.D.N.Y. 1992]). Nach deutschem Recht ist die Klage als unzulässig abzuweisen: § 1032 Ziff. 1 ZPO; MüKo-ADOLPHSEN (FN 104), Art. II NYÜ N 33.

¹⁷⁶ BSK IPRG-GRÄNICHNER (FN 99), Art. 178 N 4, 79; SIMON GABRIEL, *Damages for Breach of Arbitration Agreements*, in: Manuel Arroyo (Hrsg.), *Arbitration in Switzerland, The Practitioner's Guide*, Alphen am Rhein 2013, 1473 ff.; DANIEL GIRSBERGER/SIMON GABRIEL, *Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung im schweizerischen Recht*, in: Peter Gauch/Franz Werro/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genf 2008, 819 ff., 832 f.; SIMON MANNER/OLIVIER MOSIMANN, *Damages and Fixed Sums for Breach of Arbitration Agreements*, in: Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), *National – global – comparative*, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 1197 ff., 1198 ff.; PAOLO MICHELE PATOCCHI/XAVIER FAVRE-BULLE, *Case Notes on International Arbitration*, SZIER 2012, 365 ff., 368; POUDET/BESSON (FN 151), N 376; PETER SCHLOSSER, *Anti-suit injunctions zur Unterstützung von internationalen Schiedsverfahren*, RIW 2006, 486 ff., 488; STACHER (FN 150), N 176 ff., 259 ff.; ZK IPRG-VISCHER/OETIKER (FN 23), Art. 178 N 9;

a.M. GERHARD WAGNER, *Prozessverträge, Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen 1998, 255 ff. Hier interessiert lediglich die schweizerische Lehre und Rechtsprechung, da für die Klage das schweizerische Schiedsgericht zuständig ist und schweizerisches Recht auf diese Frage Anwendung findet: MARCO STACHER, *Rechtsprechung des Bundesgerichts in Schiedssachen* (2013 und 2014), AJP 2014, 1545 ff., 1556 f.

¹⁷⁷ BGer, 4A_232/2013, 30.9.2013, E. 3.4 (in casu fand englisches Recht auf die Bestimmung des Anwendungsbereichs der Schiedsvereinbarung Anwendung, in welchem Schadenersatzklagen aufgrund Missachtung von Schiedsvereinbarungen explizit zulässig sind: NEIL ANDREWS/JOHANNES LANDBRECHT, *Schiedsverfahren und Mediation in England*, Bern 2015, N 399 ff.; BGer, 4a_444/2009, 11.2.2010, E. 4. Vgl. auch BGE 111 Ia 259, E. 2.a: «[U]n des buts de l'arbitrage est de permettre une solution rapide des litiges, de sorte que les parties sont tenues par les règles de la bonne foi d'éviter tout ce qui pourrait retarder sans nécessité absolue le déroulement normal de la procédure arbitrale.»

¹⁷⁸ STACHER (FN 150), N 196 ff.; DERS. (FN 163), N 121 ff.; a.A. OLIVIER LUC MOSIMANN, *Anti-suit Injunctions in International Commercial Arbitration*, Diss. Den Haag 2010, 46 f.; siehe dazu hinten III.B.

¹⁷⁹ Hier ist zentral, den letztmöglichen Zeitpunkt der Schiedseinrede nicht zu versäumen, der sich nämlich nach der *lex fori* richtet: BERGER/KELLERHALS (FN 145), N 324; STACHER (FN 163), N 104; VAN DEN BERG (FN 163), 138 f.

erfüllbar ist. Obwohl die deutschen bzw. U.S.-amerikanischen Gerichte auf die Prüfung der jeweiligen Voraussetzungen teilweise die *lex fori* anwenden, führt dies in der Regel nicht zur Unwirksamkeit einer nach der *lex arbitri* wirksamen Schiedsvereinbarung. Sowohl das deutsche wie das U.S.-amerikanische Gericht muss sich bei einem positiven Prüfungsergebnis nach Art. II Abs. 3 NYÜ für unzuständig erklären. Es folgt, dass die vereinheitlichten Regeln des NYÜ massgeblich zur erleichterten, d.h. schnelleren und sichereren Durchsetzbarkeit internationaler Schiedsvereinbarungen beitragen. Zudem vermindert die im schweizerischen Recht anerkannte Schadenersatzpflicht als Folge der Verletzung der Schiedsvereinbarung Anreize für die gegnerische Partei, abredewidrig im Ausland zu klagen, und stärkt damit indirekt die Schiedsvereinbarung als Abwehrmassnahme gegen einen ausländischen Prozess.

Die bis anhin behandelten Abwehrmassnahmen dienen dem abstrakten Schutz vor einem ausländischen Prozess. Hat die Abwehrklägerin konkreten Anlass zur Befürchtung eines ausländischen Prozesses, stellt sich die Frage, ob ihr in diesem Fall weitere Abwehrmassnahmen zur Verfügung stehen und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen ihr diese zu Erfolg verhelfen. Diesen Fragen widmet sich der nächste Teil dieses Aufsatzes.

III. Konkrete Präventivmassnahmen

A. Präventive negative Feststellungsklage

Als erste konkrete Präventivmassnahme wird die negative Feststellungsklage¹⁸⁰ beleuchtet. Als Abwehrmassnahme gegen einen ausländischen Prozess ist ihr primärer Zweck, durch Begründung einer schweizerischen Rechtshängigkeit eine Sperrwirkung für die korrespondierende potentielle Leistungsklage im Ausland (in casu in Deutschland oder in den USA) herbeizuführen. Der Erfolg dieser Massnahme bedingt, dass das schweizerische Recht die präventive negative Feststellungsklage zulässt und dass die ausländische Rechtsordnung die Rechtshängigkeit beachtet und auf das Verfahren nicht eintritt.¹⁸¹ Unter welchen Voraussetzungen dieses Ziel erreicht werden kann, wird in den folgenden Abschnitten erläutert.

¹⁸⁰ Die Abwehrklägerin macht geltend, dass kein Rechtsanspruch des potentiellen Klägers, hier Beklagten, gegen sie besteht. Siehe zur Definition der negativen Feststellungsklage und zur Abgrenzung von anderen Klagearten STEFAN LEIMGRUBER, Die negative Feststellungsklage vor internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, Diss. Zürich 2014, 3 ff.

¹⁸¹ Ist dies nicht der Fall, so kann immerhin angestrebt werden, das schweizerische Sachurteil in zeitlicher Hinsicht vor dem ausländischen Urteil zu erhalten, um so die Gegenstandslosigkeit des ausländischen Verfahrens zu bewirken.

1. Allgemeines

Das Prinzip der Rechtshängigkeit, welches vor allem in *civil law*-Rechtsordnungen verbreitet ist,¹⁸² dient u.a. dem Zweck, parallele Verfahren – d.h. Verfahren mit dem gleichen Streitgegenstand zwischen den gleichen Parteien vor verschiedenen Gerichten¹⁸³ – zu koordinieren und sich widersprechende Urteile zu verhindern sowie Kosten zu sparen. Es wird auf die zeitliche Priorität der Verfahren abgestellt und das Zweitverfahren zugunsten des Verfahrens vor dem erstbefassten Gericht sistiert.¹⁸⁴ Das Ziel ist, dass das Zweitgericht nicht auf die Klage eintritt, wenn die Zuständigkeit des Erstgerichts feststeht bzw. spätestens, wenn ein (anerkennungsfähiges) Urteil vorliegt.¹⁸⁵

2. Voraussetzungen

Es werden zunächst die Voraussetzungen einer negativen Feststellungsklage bei einem schweizerischen Gericht nach der *lex fori*¹⁸⁶ aufgezeigt. Da diese bei einer Klage einer deutschen und U.S.-amerikanischen Klagpartei ähnlich ausfallen,¹⁸⁷ werden die beiden Fälle gemeinsam behandelt.

a. Internationale Zuständigkeit

Es wird davon ausgegangen, dass das schweizerische Gericht für die negative Feststellungsklage zuständig ist. Es ergeben sich für die negative Feststellungsklage keine besonderen Regelungen, weshalb die allgemeinen Zuständigkeitsbestimmungen bzw. eine entsprechende Gerichtsstandsvereinbarung greifen.

¹⁸² NADJA ERK, Parallel Proceedings in International Arbitration, A Comparative European Perspective, Diss. Alphen am Rhein 2014, 116 f.; LIATOWITSCH (FN 146), 59; CHRISTER SÖDERLUND, Lis Pendens, Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings, J. Int'l Arb. 22/2005, 301 ff., 301.

¹⁸³ Die vorliegenden Ausführungen beziehen sich auf die Rechtshängigkeit bei Parallelverfahren vor staatlichen Gerichten; nicht behandelt werden Parallelverfahren vor einem staatlichen Gericht und einem Schiedsgericht oder vor zwei Schiedsgerichten (siehe dazu ERK [FN 182], 1 ff.; LIATOWITSCH [FN 146], 1 ff.).

¹⁸⁴ ERK (FN 182), 116 f.; LIATOWITSCH (FN 146), 53. Das Prinzip der zeitlichen Priorität begünstigt sog. forum running, also die Bemühungen der Parteien um einen für sie vorteilhaften Gerichtsstand durch schnelleres Einreichen einer Klage.

¹⁸⁵ Vgl. Art. 27 LugÜ und Art. 9 IPRG.

¹⁸⁶ Die in der Lehre umstrittene Frage, ob das Feststellungsinteresse im internationalen Verhältnis nach der *lex fori* oder der *lex causae* zu beurteilen ist, hat das Bundesgericht in BGE 144 III 175 zugunsten der *lex fori* entschieden (E. 4.3.1 m.w.H. auf die umfangreichen Literaturangaben im vorinstanzlichen Urteil). Damit erübrigt sich nun auch die Frage, wie das Feststellungsinteresse nach deutschem bzw. U.S.-amerikanischem Recht zu beurteilen wäre.

¹⁸⁷ Vgl. hinten FN 199; vgl. KELLER (FN 196), 170.

b. Keine prioritäre ausländische Rechtshängigkeit

Damit das schweizerische Gericht auf die Klage eintritt, darf keine Sperrwirkung in umgekehrter Richtung, also von einem ausländischen Parallelverfahren ausgehend, bestehen.¹⁸⁸ Im Einklang mit dem Zweck der Abwehrmassnahme wird vorliegend davon ausgegangen, dass ein ausländischer Prozess noch nicht eingeleitet wurde. Es wird deshalb auf die Problematik der prioritären Rechtshängigkeit, insbesondere die Bestimmung des Zeitpunkts des Eintritts der Rechtshängigkeitssperre, nicht weiter eingegangen.¹⁸⁹

c. Feststellungsinteresse

Die Feststellungsklage¹⁹⁰ setzt – wie die anderen Klagearten auch – ein Rechtsschutzinteresse voraus,¹⁹¹ wobei bei der Feststellungsklage ein besonderes Feststellungsinteresse verlangt wird.¹⁹² Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts verlangt ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse, dass die (negative) Feststellungsklage zur Aufhebung einer bestimmten Ungewissheit führt, deren Fortdauer für die Klägerin unzumutbar ist und die nicht durch eine andere Klage aufgelöst werden kann^{193, 194}.

Problematisch im vorliegenden Zusammenhang war bislang insbesondere das Kriterium der Unzumutbar-

keit der Ungewissheit der Abwehrklägerin, wenn die Einleitung einer Leistungsklage durch die Gegenpartei im Ausland imminent war. Das Bundesgericht erachtete in diesem Fall die zeitlich beschränkte Fortdauer der Ungewissheit als zumutbar und verneinte deshalb das Feststellungsinteresse. Zudem liess das Bundesgericht das Interesse an der Fixierung des Gerichtsstands für sich alleine nicht als ausreichendes Rechtsschutzinteresse gelten.¹⁹⁵ Diese Rechtsprechung wurde in der schweizerischen Lehre stark kritisiert: Es wurde insbesondere eingewendet, dass sie dem Grundsatz der Waffen- und Chancengleichheit von Schuldner und Gläubiger sowie dem Grundsatz der funktionalen Gleichheit von Leistungs- und Feststellungsklage zuwiderläuft.¹⁹⁶ Ausserdem wurde die Meinung vertreten, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu einer Vorverlagerung der Rechtshängigkeitssperre der Leistungsklage geführt, was gegen Art. 30 LugÜ verstossen habe.¹⁹⁷ Darauf reagierte das Bundesgericht vor knapp zwei Jahren und änderte seine Rechtsprechung im genannten Sinn. Es sprach sich explizit für die Zulässigkeit von *forum running* im (euro)internationalen Verhältnis aus.¹⁹⁸ Obwohl vom

¹⁸⁸ Vgl. Art. 27 LugÜ und Art. 9 IPRG.

¹⁸⁹ Der massgebende Zeitpunkt der Rechtshängigkeit bestimmt sich nach der *lex fori*, also nach Art. 30 LugÜ bzw. Art. 9 Abs. 2 IPRG. Siehe dazu MARKUS MÜLLER-CHEN/REBEKKA M. KELLER, Wirksamkeit der Rechtshängigkeitssperre im transatlantischen Verhältnis, in: Franco Lorandi/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Innovatives Recht*, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich 2011, 679 ff., 773 f.; GION JEGHER, Mit schweizerischer negativer Feststellungsklage ins europäische Forum Running – Gedanken anlässlich BGE 123 III 414, ZSR 1999 I, 31 ff., 35 ff. Der EuGH entschied unlängst, dass die Einleitung eines obligatorischen Schlichtungsverfahrens Rechtshängigkeit i.S.v. Art. 27 LugÜ begründet; offengelassen in Bezug auf ein fakultatives Schlichtungsverfahren: EuGH, Rs. C-467/16, 20.12.2017, Brigitte Schlömp v. Landratsamt Schwäbisch Hall, N 58.

¹⁹⁰ Vgl. Art. 88 ZPO.

¹⁹¹ Vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO.

¹⁹² BGE 144 III 175, E. 5; BGE 136 III 523, E. 5; BGE 135 III 378, E. 2.2 m.w.H.; BGer, 4A_364/2014, 18.9.2014, E. 1.2; BGer, 5A_264/2013, 28.11.2013, E. 4.2; BGer, 4A_145/2013, 4.9.2013, E. 2.2; BGer, 4C.7/2003, 26.5.2003, E. 5. Da das LugÜ (und IPRG) die Frage des Rechtsschutzinteresses nicht regeln, bestimmt sie sich nach nationalem Verfahrensrecht: BGE 136 III 523, E. 6.5; bestätigt in BGE 144 III 175, E. 3.2.

¹⁹³ Die Feststellungsklage ist subsidiär zur Leistungs- und Gestaltungsklage. Da bei der negativen Feststellungsklage eben gerade auf das Nichtbestehen eines Anspruchs geklagt wird und eine Leistungsklage typischerweise nicht zur Verfügung steht, ist diese Voraussetzung von untergeordneter Relevanz.

¹⁹⁴ Das Bundesgericht hält auch im internationalen Verhältnis an dieser Standardformel fest: statt vieler BGE 144 III 175, E. 5 m.w.H. Das schutzwürdige Interesse braucht kein rechtliches zu sein, sondern kann auch tatsächlicher Natur sein. Bei der negativen Feststellungsklage handelt es sich immer um ein tatsächliches Interesse, gewisse praktische Nachteile nicht erdulden zu müssen: BGE 144 III 175, E. 5.3.1.

¹⁹⁵ BGE 136 III 523, E. 6 (internationales Verhältnis betreffend LugÜ) m.w.H.; BGE 131 III 319, E. 3.5 m.w.H. (nationales Verhältnis betreffend ZPO); KuKo ZPO-DOMEJ (FN 104), Art. 59 N 3; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-ZÜRCHER, Art. 60 N 10, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 3. A., Zürich 2016 (zit. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-VERFASSER/IN). Insb. problematisch war einerseits die allgemeine Beweisschwierigkeit betreffend die nicht unmittelbar bevorstehende Leistungsklage im Ausland (die Abwehrklägerin reicht die negative Feststellungsklage ja gerade aufgrund mehr oder weniger konkreter Befürchtungen einer gegnerischen Prozesseinleitung im Ausland ein) und andererseits das nachträgliche Dahinfallen des Feststellungsinteresses und damit der inländischen Rechtshängigkeit, wenn im Ausland eine Leistungsklage tatsächlich anhängig gemacht wurde.

¹⁹⁶ NINO SIEVI, Die negativen Feststellungsklagen des schweizerischen Rechts im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommen, Diss. Zürich 2017, N 646 ff.; FELIX DASSER, Der Kampf ums Gericht, ZSR 2000 I, 253 ff., 264 ff.; DIKE-Komm. LugÜ-LIATOWITSCH/MEIER (FN 13), Art. 27 N 47; DIKE-Komm. ZPO-FÜLLEMANN, Art. 88 N 26, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2. A., Zürich 2016; TARKAN GÖKSU, Negative Feststellungsklage: Ausgewählte Aspekte und neuere Entwicklung, ZZZ 2008/09, 175 ff., 188; JEGHER (FN 241), 43 f.; REBEKKA M. KELLER, Sperrwirkung negativer Feststellungsklagen im Anwendungsbereich von Art. 27 LugÜ und Art. 9 IPRG, ZZZ 2014, 157 ff., 159 ff.; IVO SCHWANDER/DANIEL FÜLLEMANN, Bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht 2010/2011, AJP 2010, 1232 ff., 1243; SHK LugÜ-DASSER (FN 15), Art. 27 N 55 ff.; a.A. BK ZPO-MARKUS, Art. 88 N 48 ff., in: CIPRIANO ALVAREZ, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilprozessordnung*, 1. Bd., Bern 2012; BSK LugÜ-MABILLARD (FN 9), Art. 27 N 37 ff.

¹⁹⁷ Vgl. SHK LugÜ-DASSER (FN 15), Art. 27 N 52 ff. Vgl. auch BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ (FN 9), Art. 5 N 535; SIEVI (FN 196), N 650; WALTER/DOMEJ (FN 117), 537 f.

¹⁹⁸ Schranke bleibt selbstverständlich weiterhin das Verbot des Rechtsmissbrauchs: BGE 144 III 175, E. 5.2–5.4. Siehe zum

Bundesgericht nicht explizit festgehalten¹⁹⁹, müssen die Erwägungen zum *forum running* generell im internationalen Verhältnis und damit auch im Rahmen des IPRG gelten.²⁰⁰

3. Wirkungen

a. Bei einer deutschen Klagpartei

Werden bei Gerichten verschiedener LugÜ-Vertragsstaaten Klagen wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien anhängig gemacht, sieht Art. 27 LugÜ vor, dass das später angerufene Gericht sein Verfahren von Amtes wegen aussetzt, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht, und erklärt sich danach für unzuständig. Im vorliegenden Zusammenhang ist davon auszugehen, dass die Identität der Parteien und des Streitgegenstands kein Problem darstellt. Insbesondere ist nach der Kernpunkttheorie des EuGH bei einer negativen Feststellungsklage und einer korrespondierenden Leistungsklage über denselben Anspruch von der Identität der Streitgegenstände auszugehen.²⁰¹ Wird eine negative Feststellungsklage gegen eine deutsche Vertragspartei beim schweizerischen Gericht zugelassen, kann damit ein Prozess in Deutschland erfolgreich abgewehrt werden.

b. Bei einer U.S.-amerikanischen Klagpartei

Auf den Fall eines Parallelverfahrens zwischen der Abwehrklägerin und der U.S.-amerikanischen Klägerschaft findet keine staatsvertragliche Regelung Anwendung. Deshalb muss auf das U.S.-amerikanische nationale Recht zurückgegriffen werden, um zu prüfen, ob ein U.S.-amerikanisches Gericht ein rechtshängiges Parallelverfahren in der Schweiz respektiert und gestützt darauf sein Verfahren sistiert bzw. beendet.

Der traditionellen U.S.-amerikanischen Gerichtspraxis entspricht es, Parallelverfahren zuzulassen und auf

Klagen trotz ausländischer prioritärer Rechtshängigkeit einzutreten.²⁰² Im U.S.-amerikanischen Bundesrecht gibt es denn auch bis heute keine Regel, die das Vorgehen der Gerichte bei ausländischer Rechtshängigkeit festlegt.²⁰³ In der Rechtsprechung haben sich im Laufe der Zeit jedoch verschiedene Regelungskonzepte herausgebildet, um Klagen mit prioritärer ausländischer Rechtshängigkeit zu begegnen, die insgesamt über das kontinentaleuropäische Verständnis der Litispendenz bzw. der Behandlung von Parallelverfahren hinausgehen.²⁰⁴ Grundsätzlich wenden Bundesgerichte auf das Verfahren im vorliegenden Zusammenhang Bundesprozessrecht an, für einzelne Teilfragen je nach Bundesstaat jedoch gliedstaatliches Recht.²⁰⁵ Im Folgenden werden die verschiedenen Instrumentarien herausgearbeitet, mit welchen ein U.S.-amerikanisches Gericht dem Fall paralleler schweizerischer Rechtshängigkeit begegnen könnte. Bei Anwendung jeder der nachfolgend erwähnten Theorien können die U.S.-amerikanischen Gerichte als Rechtsfolge entweder das eigene Verfahren sistieren (*stay*) oder unmittelbar beenden (*dismiss*).²⁰⁶

i. Lis alibi pendens

Die ursprüngliche Doktrin, welche Parallelverfahren im U.S.-amerikanischen Recht regelt, ist die sog. *lis alibi*

199 Das Urteil erging im Anwendungsbereich des LugÜ. Immerhin spricht das Bundesgericht eindeutig vom «internationalen Verhältnis» in Abgrenzung zum «binnenrechtlichen Verhältnis», ohne sich auf das LugÜ zu beschränken: BGE 144 III 175, E. 5.4. Ob eine Rechtsprechungsänderung auch im Binnenverhältnis erfolgen wird, bleibt offen, das Bundesgericht hält aber immerhin fest, dass dem Interesse des *forum running* im Binnenverhältnis deutlich weniger Bedeutung zukommt: E. 5.3.2; siehe zum Meinungsstand in der Lehre SIEVI (FN 193), N 93 ff.

200 So auch HOFFET/DASSER/THOMANN (FN 198), 687; vgl. KELLER (FN 196), 170 f.; SHK LugÜ-DASSER (FN 15), Art. 27 N 57.

201 Siehe insb. EuGH, Rs. C-144/86, 8.12.1987, Gubisch Maschinenfabrik v. Palumbo, N 16; Rs. C-406/92, 6.12.1994, Taty v. Maciej Rataj, N 39 ff.; vgl. BGE 144 III 175, E. 5.1.1. Siehe ausführlich zu den Voraussetzungen der Identität der Klageansprüche bzw. -parteien REBEKKA M. KELLER, Rechtshängigkeit nach Lugano-Übereinkommen und schweizerischem IPRG, Diss. St. Gallen 2014, 37 ff. (unter dem LugÜ) und 191 ff. (unter dem IPRG).

202 Laker Airways, Ltd. v. Sabena Belgian World Airlines, 731 F.2d 909, 926 f. (D.C. Cir. 1984); vgl. auch Scheiner v. Wallace, 832 F.Supp. 687, 693 (S.D.N.Y. 1993): «The general rule of comity requires the domestic court to exercise jurisdiction concurrently with foreign court.»; American Cyanamid Co. v. Picaso-Anstalt, 741 F.Supp. 1150, 1158 ff. (D.N.J. 1990). BORN/RUTLEDGE (FN 42), 532 und 542; RONALD A. BRAND/SCOTT R. JABLONSKI, Forum Non Conveniens, History, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements, New York 2007, 149; LIATOWITSCH (FN 146), 59 f.; LOUISE ELLEN TEITZ, Both Sides of the Coin: A Decade of Parallel Proceedings and Enforcement of Foreign Judgments in Transnational Litigation, Roger Williams U. L. Rev. 10/2004, 1 ff., 10.

203 Weder in der Bundesverfassung noch in Bundesgesetzen gibt es eine entsprechende Regelung (anders bei Rechtshängigkeit von Klagen bei Gerichten verschiedener Bundesstaaten: Art. IV Sec. 1 U.S. Constitution); TEITZ (FN 202), 5. BORN/RUTLEDGE (FN 42), 533: «The content of U.S. law relating to the *lis pendens* doctrine is therefore often uncertain and difficult to discern.»

204 TEITZ (FN 202), 10. Es herrscht bis heute keine definitive Klarheit, welche der genannten Doktrinen auch im internationalen Verhältnis Anwendung finden. Dieses Vorgehen (Anwendung im internationalen Verhältnis) entspricht immerhin konstanter Praxis einiger Bundesgerichte: BORN/RUTLEDGE (FN 42), 536 und KIMBERLY HICKS, Parallel Litigation in Foreign and Federal Courts: Is Forum Non Conveniens the Answer?, Rev. Litig. 28/2009, 659 ff., 673 ff. jeweils m.w.H.

205 Vgl. zur Erie-Doktrin vorne FN 42 sowie betreffend *forum non conveniens* hinten FN 233.

206 N. JANSEN CALAMITA, Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings, U. Pa. J. Int'l L. 27/2006, 601 ff., 612; SCHULTE (FN 47), 188; TEITZ (FN 202), 11. Die Unterscheidung ist in diesem Zusammenhang nicht sehr bedeutsam, da bei der Sistierung spätestens die Einrede der *res iudicata* gestützt auf das rechtskräftige Urteil zur Beendigung des U.S.-amerikanischen Prozesses führt.

pendens. Danach kann ein Gericht das bei ihm rechtsabhängige Verfahren aussetzen, wenn zwischen denselben Parteien bereits ein Verfahren über dieselbe Streitsache vor einem anderen Gericht rechtshängig ist. Im Rahmen der *lis alibi pendens*-Doktrin stehen dem Gericht die folgenden Instrumentarien zur Verfügung, die es zur Begründung seines Entscheides heranziehen kann.²⁰⁷

aa. *Abstention*

Die *abstention*-Doktrin fusst auf dem Entscheid *Colorado River*²⁰⁸ des *U.S. Supreme Court*.²⁰⁹ Danach haben U.S.-amerikanische Gerichte eine grundsätzlich unbeschränkte Pflicht, ihre Zuständigkeit auszuüben, es sei denn, es lägen *ausserordentliche* Umstände vor, die eine *abstention*, also eine «Enthaltung» der Ausübung der Gerichtsgewalt rechtfertigen würden.²¹⁰ Solche Umstände können bspw. die aus dem Forum resultierenden Unannehmlichkeiten für die Parteien sowie Fairness,²¹¹ *international comity*,²¹² das Bedürfnis, fragmentarische Prozesse zu vermeiden²¹³ oder prioritäre Rechtshängigkeit²¹⁴ sein. Ein Faktor für sich alleine ist nicht massgebend und nur eindeutige Verhältnisse rechtfertigen die Abweisung des U.S.-amerikanischen Verfahrens.²¹⁵

Die *Landis*-Rechtsprechung,²¹⁶ welche von einigen Bundesgerichten neben der *Colorado*-Rechtsprechung im Rahmen der *abstention*-Methode angewendet wird, stellt einen ähnlichen Faktorenkatalog zur Verfügung.²¹⁷

Dieser beinhaltet Kriterien wie Grundsätze der *international comity*,²¹⁸ die Geeignetheit der Abhilfemöglichkeit im Ausland,²¹⁹ gerichtliche Effizienz,²²⁰ das Mass der Ähnlichkeit der Parteien und des Streitgegenstands,²²¹ die Wahrscheinlichkeit einer zeitnahen Erledigung des ausländischen Verfahrens,²²² mögliche aus der Sistierung resultierende negative Folgen für die Parteien,²²³ *forum shopping*²²⁴ sowie die Zugänglichkeit des ausländischen Forums für die Parteien, Anwälte und Zeugen.^{225, 226}

Obwohl die *abstention*-Doktrin ursprünglich im nationalen Verhältnis zwischen Bundes- und gliedstaatlichen Gerichten Anwendung fand, wenden die U.S.-amerikanischen Gerichte sie immer wieder auch im internationalen Verhältnis an.²²⁷ Die Rechtslage ist jedoch höchst uneinheitlich.²²⁸

gelöst und die verschiedenen Faktoren werden kombiniert angewendet: BORN/RUTLEDGE (FN 42), 535 Fn. 28. Nach der *Landis*-Rechtsprechung müssen jedoch keine «exceptional circumstances» nachgewiesen werden, d.h., es gilt ein niedrigeres Beweismass, vgl. BORN/RUTLEDGE (FN 42), 535.

²¹⁸ Bspw. *American Cyanamid Co., Inc. v. Picaso-Anstalt*, 741 F.Supp. 1150 ff. (D.N.J. 1990) oder *I.J.A., Inc. d/b/a Northeast Jet Company, Inc. v. Marine Holdings, Ltd.*, 524 F.Supp. 197 ff. (E.D. Pa. 1981).

²¹⁹ Bspw. *I.J.A., Inc. d/b/a Northeast Jet Company, Inc. v. Marine Holdings, Ltd.*, 524 F.Supp. 197, 198 f. (E.D. Pa. 1981).

²²⁰ Bspw. *Caspian Investments, Ltd. v. Vicom Holdings, Ltd.*, 770 F.Supp. 880, 885 (S.D.N.Y. 1991).

²²¹ Bspw. *Caspian Investments, Ltd. v. Vicom Holdings, Ltd.*, 770 F.Supp. 880, 884 (S.D.N.Y. 1991); *Black & Decker Corp. v. Sanyei America Corp.*, 650 F.Supp. 406, 409 (N.D. Ill. 1986).

²²² Bspw. *Herbstein v. Bruetman*, 743 F.Supp. 184, 189 f. (S.D.N.Y. 1990); *Brinco Mining Ltd. v. Federal Insurance Co.*, 552 F.Supp. 1233, 1240 (D.C. Cir. 1982); *Continental Time Corp. v. Swiss Credit Bank*, 543 F.Supp. 408 ff. (S.D.N.Y. 1982); *I.J.A., Inc. d/b/a Northeast Jet Company, Inc. v. Marine Holdings, Ltd.*, 524 F.Supp. 197, 198 f. (E.D. Pa. 1981).

²²³ Bspw. *Brinco Mining Ltd. v. Federal Insurance Co.*, 552 F.Supp. 1233 ff. (D.C. Cir. 1982).

²²⁴ Bspw. *Continental Time Corp. v. Swiss Credit Bank*, 543 F.Supp. 408 ff. (S.D.N.Y. 1982) sowie *Brinco Mining Ltd. v. Federal Insurance Co.*, 552 F.Supp. 1233 ff. (D.C. Cir. 1982).

²²⁵ Bspw. *MLC (Bermuda) Ltd. v. Credit Suisse First Boston Corp.*, 46 F.Supp. 2d 249, 251 (S.D.N.Y. 1999).

²²⁶ Siehe für einen Überblick *I.J.A., Inc. d/b/a Northeast Jet Company, Inc. v. Marine Holdings, Ltd.*, 524 F.Supp. 197 ff. (E.D. Pa. 1981); sowie *Ronar, Inc. v. Wallace*, 649 F.Supp. 310, 318 (S.D.N.Y. 1986); *Continental Time Corp. v. Swiss Credit Bank*, 543 F.Supp. 408, 410 (S.D.N.Y. 1982); siehe auch CALAMITA (FN 206), 613.

²²⁷ *Turner Entertainment Co. v. Degeto Film GmbH*, 25 F.3d 1512 ff. (11th Cir. 1994) (einer der ersten und der bedeutendste Entscheid betreffend *international abstention*), siehe weiter bspw. *Kitaru Innovations Inc. v. Chandaria*, 698 F.Supp. 2d 386, 390 ff. (S.D.N.Y. 2010). Ablehnend dafür bspw. *Dependable Highway Exp., Inc. v. Navigators Ins. Co.*, 498 F.3d 1059, 1063 (9th Cir. 2007); *Posner v. Essex Ins. Co.*, 178 F.3d 1209, 1222 ff. (11th Cir. 1999).

²²⁸ Vgl. nur TEITZ (FN 202), 15: «[I]nternational abstention», a term reflecting the inconsistent precedents [...]» und CALAMITA (FN 206), 655 ff., 656: «inapt theoretical framework».

²⁰⁷ Es ist unklar, ob die *comity*- und die *abstention*-Doktrin von der *lis alibi pendens* eigenständige Konzepte sind oder in deren Rahmen als Abwägungsfaktoren bzw. -tests Eingang finden (explizit TEITZ [FN 202], 11 m.w.H. auf Rechtsprechung, vgl. auch SCHULTE [FN 47], 105, 174 und 182 f.; BORN/RUTLEDGE [FN 42], 532; MÜLLER-CHEN/KELLER [FN 189], 776). Sie werden im Folgenden als Unterkategorien der *lis alibi pendens*-Doktrin erwähnt (vgl. auch BORN/RUTLEDGE [FN 42], 532 ff.).

²⁰⁸ *Colorado River Water Conservation District v. United States*, 424 U.S. 800 ff. (1976); bestätigt generell in *Quackenbush v. Allstate Ins. Co.*, 517 U.S. 706, 707, 728 (1996).

²⁰⁹ BORN/RUTLEDGE (FN 42), 534.

²¹⁰ *Colorado River Water Conservation District v. United States*, 424 U.S. 800, 813 ff. (1976).

²¹¹ Bspw. *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 ff. (1947); *Turner Entertainment Co. v. Degeto Film GmbH*, 25 F.3d 1512, 1521 f. (11th Cir. 1994).

²¹² Bspw. *Turner Entertainment Co. v. Degeto Film GmbH*, 25 F.3d 1512, 1518 (11th Cir. 1994).

²¹³ *Brillhart v. Excess Ins. Co.*, 316 U.S. 491, 495 (1942); *Moses H. Cone Memorial Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1 ff. (1983); *R.R. Street & Co. Inc. v. Transport Ins. Co.*, 656 F.3d 966, 977 ff. (9th Cir. 2011); *General Motors Corp. v. Ignacio Lopez de Arriortua*, 948 F.Supp. 656, 669 (E.D.Mich. 1996).

²¹⁴ *Finova Capital Corp. v. Ryan Helicopters U.S.A. Inc.*, 180 F.3d 899 ff. (7th Cir. 1999); *Turner Entertainment Co. v. Degeto Film GmbH*, 25 F.3d 1512, 1521 f. (11th Cir. 1994); *Colorado River Water Conservation District v. United States*, 424 U.S. 800, 817 (1976); *Pacific Live Stock Co. v. Lewis*, 241 U.S. 440, 447 (1916).

²¹⁵ *Colorado River Water Conservation District v. United States*, 424 U.S. 800, 819 (1976).

²¹⁶ *Landis v. North American Co.*, 299 U.S. 248 ff. (1936).

²¹⁷ Die ursprünglich klare Trennung dieser beiden Konzepte hat sich mit der Entwicklung der Rechtsprechung jedoch auf-

bb. *Comity*

Die *Comity*-Doktrin dient gemäss dem *U.S. Supreme Court* der Achtung der Gerichtsbarkeit ausländischer Staaten, der Förderung der internationalen justiziellen Zusammenarbeit, der Fairness gegenüber den Prozessparteien und der gerichtlichen Effizienz und Prozessökonomie.²²⁹ Zwar fliessen *comity*-Erwägungen teilweise in die *abstention*-Doktrin als Faktor mit ein, jedoch hat sich in den letzten Jahren ein eigenständiges Konzept der (*international*) *comity* entwickelt,²³⁰ innerhalb deren wiederum ein weiterer Faktorenkatalog zur Begründung der Sistierung bzw. Abweisung des Verfahrens zur Verfügung steht. Dieser unterscheidet sich inhaltlich jedoch nicht besonders von den zuvor erwähnten Kriterien.²³¹ Das Konzept der (*international*) *comity* ist in seinem Anwendungsbereich und seiner Ausgestaltung unklar und trägt nicht zur Rechtssicherheit bei Fragen von Parallelverfahren vor U.S.-amerikanischen Gerichten bei.²³²

²²⁹ Der U.S. Supreme Court definiert *comity* wie folgt: «Comity», in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation nor of mere courtesy and good will [...] but it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws»: *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163 f. (1895). Siehe auch *Goldhammer v. Dunkin Donuts, Inc.* 59 F.Supp. 2d 248 ff. (D. Mass. 1999); *Spatola v. United States*, 925 F.2d 615, 618 (2nd Cir. 1991); *Ronar, Inc. v. Wallace*, 649 F.Supp. 310, 318 (S.D.N.Y. 1986); *Laker Airways v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909, 937 (D.C. Cir. 1984); MÜLLER-CHEN/KELLER (FN 189), 777; ROBERT E. LUTZ, *A Lawyer's Handbook for Enforcing Foreign Judgments in the United States and Abroad*, New York 2007, 26; TEITZ (FN 202), 9.

²³⁰ TEITZ (FN 202), 18: «Comity as the basis for staying U.S. litigation in deference to foreign litigation, especially when the foreign suit was filed first, has become an increasingly acceptable approach during the last decade [...]». Siehe ausführlich CALAMITA (FN 206), 614 ff.

²³¹ TEITZ (FN 202), 12: «[Comity] has become enmeshed in the federal abstention case law, reflecting another attempt to squeeze transnational litigation problems into the existing mold of domestic lawsuits.» Zu den einzelnen Kriterien siehe insb. *Goldhammer v. Dunkin Donuts, Inc.*, 59 F.Supp. 2d 248, 252 f. (D. Mass. 1999), der die relevanten Faktoren unter Berücksichtigung bisheriger Rechtsprechung zusammenfasst; dazu TEITZ (FN 202), 19, mit umfangreichen Hinweisen auf weitere einschlägige Rechtsprechung, insb. Fn. 72 ff.

²³² GARDNER (FN 139), 451 f.: «It [i.e. international comity abstention] is so undertheorized that no one really knows what it means.»; SCHULTE (FN 47), 104: «Vielmehr beschreibt sie [comity] einen generalklauselartigen Konfliktlösungsmechanismus, der häufig dann angeführt wird, wenn präzisere Instrumentarien fehlen oder nicht auszureichen scheinen» und vgl. 175: «[...] ein Schritt hin zu grösserer Unübersichtlichkeit». Vgl. MÜLLER-CHEN/KELLER (FN 189), 777.

ii. *Forum non conveniens*

Eine weitere Form der Nichtausübung der bestehenden Gerichtsgewalt im U.S.-amerikanischen Recht²³³ ist die Doktrin des *forum non conveniens*.²³⁴ Sie besagt, dass ein Gericht seine Zuständigkeit ablehnen kann, wenn es die Zuständigkeit eines ausländischen²³⁵ Gerichts für angemessener, d.h. besser geeignet hält.²³⁶ Prüfungskriterien sind primär die klägerische Wahl des Forums,²³⁷ die Geeignetheit des alternativen Forums²³⁸ und eine Abwägung der relevanten privaten und öffent-

²³³ Die meisten Bundesstaaten haben die ursprünglich bundesrechtliche Doktrin in ihr gliedstaatliches Recht übernommen, nur die Bundesstaaten Montana, Idaho und Oregon haben die Lehre noch nicht explizit anerkannt: BORN/RUTLEDGE (FN 42), 356 f. Zur im Lichte der Erie-Doktrin (vgl. vorne FN 42) entscheidenden, aber scheinbar wenig diskutierten Frage der Zuordnung der *forum non conveniens*-Theorie zu materiellem oder prozessuellem Recht siehe BORN/RUTLEDGE (FN 42), 437 ff. Der U.S. Supreme Court hat die Frage auch noch nicht entschieden.

²³⁴ Die *forum non conveniens*-Lehre in ihrer heutigen Form ist auf den Entscheid des U.S. Supreme Court *Gulf Oil Corporation v. Gilbert*, 330 U.S. 501 ff. (1947) zurückzuführen, vgl. SCHULTE (FN 47), 102 Fn. 119 m.w.H.; BORN (FN 62), 369; HICKS (FN 204), 688 ff. Siehe zur Herkunft und Entwicklung der Doktrin ausführlich BRAND/JABLONSKI (FN 202), 37 ff. Zu einer umfassenden Kritik an der Doktrin heute siehe GARDNER (FN 139), 390 ff.

²³⁵ Das Gleiche gilt im nationalen Verhältnis, wobei sich die Bundesgerichte in diesem Fall auf 28 U.S.C. § 1404(a) stützen.

²³⁶ *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501, 507 (1947); BORN/RUTLEDGE (FN 42), 349 und 532; SCHULTE (FN 47), 103. Anders als die vorher erwähnten Konzepte findet die *forum non conveniens*-Doktrin explizit im internationalen Verhältnis Anwendung und ist nicht mit Ersteren zu vermischen, vgl. *Quackenbush v. Allstate Ins. Co.*, 517 U.S. 706, 721 ff. (1996); vgl. CALAMITA (FN 206), 670.

²³⁷ Ausgangspunkt ist die klägerische Wahl des U.S.-amerikanischen Forums: *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235, 255 (1981). Weiter massgebend ist die Nähe des Klägers zum Forum (siehe dazu ausführlich BORN/RUTLEDGE [FN 42], 378 ff.): Je stärker der Bezug zu den USA, desto weniger erfolgsträchtig ist die Einrede des *forum non conveniens*, vgl. In re *Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA*, 555 B.R. 323, 346 (Bankr.D.N.Y. 2016); *Kitaru Innovations Inc. v. Chandaria*, 698 F.Supp. 2d 386, 393 (S.D.N.Y. 2010); bspw. auch *Norex Petroleum, Ltd. v. Access Indus.*, 416 F.3d 146, 154 (2nd Cir. 2005): «On the other hand, the more it appears that the plaintiff's choice of a U.S. forum was motivated by forum-shopping reasons ... the less deference the plaintiff's choice commands and, consequently, the easier it becomes for the defendant to succeed on a *forum non conveniens* motion by showing that convenience would be better served by litigating in another country's courts».

²³⁸ Wann ein anderes Forum als inadequate gilt, ist stark vom Einzelfall abhängig. Kriterien wie ob die Parteien unter die ausländische Gerichtsbarkeit fallen, ob dem Kläger Zugang zum Gericht gewährt wird, ob die Wahrscheinlichkeit von Korruption oder Befangenheit des ausländischen Gerichts besteht oder ob das Gericht nachteiliges materielles oder prozessuales Recht anwendet, können die Entscheidung beeinflussen, vgl. BORN/RUTLEDGE (FN 42), 410 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; HICKS (FN 204), 694.

lichen Interessen.²³⁹ Es zählen dabei ähnliche Kriterien wie im Rahmen der vorne erwähnten Faktorenkataloge und auch hier kommt dem Gericht ein grosses Ermessen bei seiner Entscheidung zu.²⁴⁰ Im Unterschied zur *lis alibi pendens*-Doktrin dient das Konzept des *forum non conveniens* nicht für Fälle prioritärer Rechtshängigkeit, sondern wird typischerweise von den Gerichten in Fällen angewendet, in denen kein Parallelverfahren besteht oder eine ausländische Klage erst später eingereicht wird.²⁴¹ Einige wenige Gerichte berücksichtigen jedoch die ausländische prioritäre Rechtshängigkeit im Rahmen des privaten Interesses der *forum non conveniens*-Theorie; aber auch dann bleibt dieses Kriterium nur einer von vielen entscheidungsrelevanten Faktoren.²⁴²

Ein weiteres Instrument zur Behandlung von Parallelverfahren im U.S.-amerikanischen Recht ist die sog. *anti-suit injunction*. Damit kann ein Gericht einer Partei verbieten, eine weitere Klage bei einem anderen Gericht einzureichen, wenn es der Überzeugung ist, es sei besser zur Entscheidung geeignet als jedes andere (ausländische) Gericht.²⁴³ Für die schweizerische Abwehrklägerin wäre eine solche *anti-suit injunction* in dieser Konstellation

lediglich nachteilig. Es stellt sich jedoch die Frage, ob und inwiefern ein solches Prozessführungsverbot auch von einem *schweizerischen* Gericht erlassen werden kann und daher als wirksame Massnahme der Abwehrklägerin gegen einen ausländischen Prozess fungieren könnte. Diese Frage wird nachstehend behandelt.

4. Zusammenfassung

Mit dem Leitentscheid BGE 144 III 175 hat das Bundesgericht die Voraussetzungen der präventiven negativen Feststellungsklage im internationalen Verhältnis bedeutend gelockert. Das Interesse der Abwehrklägerin, sich einen inländischen Gerichtsstand zu sichern, ist neu als genügendes Feststellungsinteresse zu qualifizieren. Aufgrund dieser Rechtsprechungsänderung des Bundesgerichts ist davon auszugehen, dass ein schweizerisches Gericht auf die präventive negative Feststellungsklage – vorbehaltlich des Falls von Rechtsmissbrauch und bei Vorliegen der übrigen Prozessvoraussetzungen – eintreten wird.

Bei den Wirkungen der rechtshängigen negativen Feststellungsklage im Falle einer nachträglichen spiegelbildlichen Leistungsklage im Ausland ist zwischen dem Fall einer deutschen bzw. U.S.-amerikanischen Gegenpartei zu differenzieren.

Aufgrund der Rechtshängigkeitssperre in Art. 27 LugÜ darf ein deutsches Gericht auf das Parallelverfahren nicht eintreten und muss sich zugunsten des schweizerischen Verfahrens für unzuständig erklären.²⁴⁴ Hier würde die negative Feststellungsklage volle Wirkung entfalten.

Hingegen hat sich gezeigt, dass das Vorgehen U.S.-amerikanischer Gerichte bei internationalen Parallelverfahren vielfältig und uneinheitlich ist.²⁴⁵ Es wurde klar, dass bei Parallelverfahren das zeitliche Moment nur einer von vielen Faktoren ist, der die Sistierung oder Abweisung des eigenen Verfahrens begründen kann.²⁴⁶ Mit anderen Worten kommt der prioritären ausländischen Rechtshängigkeit einer (negativen Feststellungs-)

²³⁹ Zu den privaten Interessen gehören u.a. die Beweismasse, die klägerische Absicht hinter der Forumswahl, die Möglichkeit, unwillige Zeugen zur Aussage zu zwingen, die mit der Vorladung von Zeugen verbundenen Kosten, die Vollstreckbarkeit des Entscheids sowie weitere Faktoren, die zu einer raschen und effizienten Verfahrenserledigung beitragen, vgl. *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501, 508 (1947); BORN/RUTLEDGE (FN 42), 493 ff.; HICKS (FN 204), 696 ff. jeweils mit weiteren Hinweisen auf einschlägige Rechtsprechung. Die zu berücksichtigenden öffentlichen Interessen sind u.a. die Arbeitslast des Gerichts, das Interesse, nur Streitigkeiten mit einem genügenden Inlandsbezug zu beurteilen und die Vermeidung der Anwendung ausländischen Rechts, vgl. *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501, 508 f. (1947); BORN/RUTLEDGE (FN 42), 403 ff.; HICKS (FN 204), 700 ff. jeweils mit weiteren Hinweisen auf einschlägige Rechtsprechung.

²⁴⁰ Die Praxis diesbezüglich ist uneinheitlich, siehe HICKS (FN 204), 691 ff.; TEITZ (FN 202), 10 Fn. 32. Weil die *lis alibi pendens*-Doktrin mit ihren entsprechenden Unterkategorien und Prüfungskriterien weniger übersichtlich ist und es zur *forum non conveniens*-Lehre mehr und ausgereifere Rechtsprechung gibt, wird Letztere als Argumentationsschiene bei Parallelverfahren von Anwälten in der Praxis tendenziell bevorzugt: HICKS (FN 204), 703.

²⁴¹ CALAMITA (FN 206), 671 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung der letzten 50 Jahre seit *Gilbert v. Gulf Oil*.

²⁴² Siehe bspw. *Kitaru Innovations Inc. v. Chandaria*, 698 F.Supp. 2d 386, 392 ff. (S.D.N.Y. 2010); *Dragon Capital Partners L.P. v. Merrill Lynch Capital Services, Inc.*, 949 F.Supp. 1123, 1130 ff. (S.D.N.Y. 1997); *Creative Tech, Ltd. v. Aztech Sys. Pte., Ltd.*, 61 F.3d 696, 703 (9th Cir. 1995); CALAMITA (FN 206), 669 ff. m.w.H. und für eine stärkere Gewichtung der prioritären Rechtshängigkeit generell 674 ff.; vgl. LIATOWITSCH (FN 146), 67; vgl. MÜLLER-CHEN/KELLER (FN 189), 781.

²⁴³ Illustrativ bspw. die Klage gegen KPMG: *Quaak et al. v. Klynveld Peat Marwick Goerdeler Bedrijfsrevisoren*, 361 F.3d 11 ff. (1st Cir. 2004) oder *Keapa, Inc. v. Achilles Corp.*, 76 F.3d 624 ff. (5th Cir. 1996). Aufgrund des starken Eingriffs in die ausländische Gerichtsgewalt haben sich die U.S.-amerikanischen Gerichte in den letzten Jahren jedoch zunehmend zögerlich gezeigt, *anti-suit injunctions* auszusprechen, siehe bspw. *General Electric Co. v. Deutz AG*, 270 F.3d 144 ff. (3rd

Cir. 2001); TEITZ (FN 202), 21 ff., mit weiteren Ausführungen zum Stand der Rechtsprechung.

²⁴⁴ Es ist, wie vorne in III.A.3.a. erläutert, nach der Rechtsprechung des EuGH vom identischen Streitgegenstand zwischen denselben Parteien auszugehen.

²⁴⁵ CALAMITA (FN 206), 603: «The treatment of international parallel proceedings remains one of the most unsettled areas of the law of federal jurisdiction in the United States. There is no consensus in U.S. federal courts as to the appropriate legal framework for addressing cases involving truly parallel, concurrent proceedings in the courts of a foreign country.»; TEITZ (FN 202), 11: «American courts have shown inconsistency in their willingness to defer to courts of other sovereigns». In diesem Sinne auch BORN/RUTLEDGE (FN 42), 531; GARDNER (FN 139), 451; MÜLLER-CHEN/KELLER (FN 189), 781; SCHULTE (FN 47), 100 f.

²⁴⁶ Kritisch gegenüber der früheren Rechtshängigkeit als entscheidendes Kriterium bei der Behandlung von Parallelverfahren im kontinentaleuropäischen Rechtskreis GARDNER (FN 139), 451 ff.

Klage im U.S.-amerikanischen Zivilprozessrecht nicht die gleiche Bedeutung zu wie im kontinentaleuropäischen Rechtskreis. Der Umstand, dass bereits eine Klage im Ausland rechtshängig ist, genügt als Grund alleine nicht, dass ein U.S.-amerikanisches Gericht sein Verfahren sistiert bzw. beendet.²⁴⁷ Immerhin scheinen die Gerichte die Tatsache, dass es sich lediglich um eine negative Feststellungsklage (anstatt um eine Leistungsklage) handelt, nicht besonders negativ zu werten.²⁴⁸ Je nach Gesamtumständen des Einzelfalls im Hinblick auf die vorne besprochenen Kriterien – insbesondere Fairness für die Parteien und gerichtliche Effizienz –, besteht eine mehr oder weniger gute Aussicht darauf, einen U.S.-amerikanischen Prozess durch eine schweizerische negative Feststellungsklage vermeiden zu können. Die Kombination der vorliegenden Abwehrmassnahme mit einer Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung würde diese Aussichten verbessern.

B. Prozessführungsverbot

1. Allgemeines

Das Institut der *lis pendens*, das soeben behandelt wurde, hat zum Zweck, Parallelprozesse zu verhindern und dadurch die Prozessökonomie auf individueller sowie auf staatlicher Ebene zu fördern und sich widersprechende Urteile zu vermeiden.²⁴⁹ Ein weiteres Rechtsinstitut, welches diese Ziele verfolgt, ist das sogenannte Prozessführungsverbot. Mit einem Prozessführungsverbot, welches vorwiegend als *anti-suit injunction* bekannt ist, verbietet das Gericht auf Antrag einer Partei der gegnerischen Partei in einem hängigen Verfahren, eine Klage vor einem anderen Gericht²⁵⁰, dessen Zuständigkeit es als nicht gegeben oder weniger begründet erachtet als seine eigene, einzuleiten oder fortzuführen.²⁵¹

Rechtstechnisch handelt es sich um eine gerichtliche Handlungs- bzw. Unterlassungsanordnung, die dem Zuständigkeitsrecht und damit dem Prozessrecht zuzuordnen ist.²⁵² Erreicht die Abwehrklägerin bzw. Antragstellerin, dass gegen den Antragsgegner ein transnationales Prozessführungsverbot ausgesprochen wird, kann sie dadurch mit grösster Wahrscheinlichkeit einen ausländischen Prozess verhindern. Im Widerhandlungsfall drohen dem Antragsgegner nämlich empfindliche Strafen, sogenannte *contempt of court*-Massnahmen, die von Geldbussen bis zu Freiheitsstrafen reichen, und ihm so keine andere Wahl lassen, als sich dem Verbot zu fügen; dies gilt insbesondere dann, wenn er über Vermögenssubtrat im Erlassstaat verfügt, in welches die Massnahmen vollstreckt werden können.²⁵³

Die vorherigen Kapitel haben gezeigt, dass die bisher thematisierten Abwehrmassnahmen an Grenzen stossen. Es fragt sich also, ob ein Prozessführungsverbot für die schweizerische Abwehrklägerin eine effizientere Verteidigungsstrategie gegen einen ausländischen Prozess darstellt. Dieser Frage wird im Folgenden nachgegangen, wobei aufgrund der historischen Bedeutung zuerst die Grundlagen der *anti-suit injunction* im englischen Recht dargelegt werden.

²⁴⁷ Bspw. *Compagnie des Bauxites de Guinea v. Insurance Co. of North America*, 651 F.2d 877, 887 (3rd. Cir. 1981); JAMES P. GEORGE, *Parallel Litigation*, *Baylor L. Rev.* 51/1999, 769 ff., 904; SCHULTE (FN 47), 190 f.; SCHÜTZE (FN 141), 584.

²⁴⁸ So auch SCHULTE (FN 47), 192 m.w.H.

²⁴⁹ BGE 114 II 183, E. 2.a; GUILLAUME (FN 101), N 63; SIEHR (FN 101), 657; MARCO STACHER, *Prozessführungsverbote zur Verhinderung von sich widersprechenden Entscheiden*, ZZZ 2006, 61 ff., 61; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, *Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 3. A., Zürich 2019, § 12 N 9; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-HEDINGER/SUTTER-SOMM (FN 195), Art. 64 N 8; ZK IPRG-MÜLLER-CHEN (FN 23), Art. 9 N 2.

²⁵⁰ Bei einem inländischen Zielgericht spricht man von einem «internen», bei einem ausländischen Zielgericht von einem «transnationalen» Prozessführungsverbot: STACHER (FN 249), 61.

²⁵¹ BGE 138 III 304, E. 5.3.1; GEORGE A. BERMAN, *The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation*, *Colum. J. Transnat'l L.* 28/1990, 589 ff., 589; BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER (FN 9), Art. 31 N 50; YVES DERAINS, *L'abus des «anti-suit injunctions» en matière d'arbitrage international et la convention de New York*, in: Anne Héritier Lachat/Laurent Hirsch (Hrsg.), *De lege ferenda, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch*, Genf 2004,

105 ff., 105 f.; Dike-Komm. LugÜ-ACOCCELLA (FN 13), Vorbem. Art. 2 N 29; ANATOL DUTTA/CHRISTIAN A. HEINZE, *Prozessführungsverbote im englischen und europäischen Zivilverfahrensrecht, Die Zukunft der anti-suit injunction nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 27. April 2004*, ZEuP 2005, 428 ff., 433; TARYN M. FRY, *Injunction Junction, What's Your Function? Resolving the Split over Antisuit Injunction Deference in Favor of International Comity*, *Cath. U. L. Rev.* 58/2009, 1071 ff., 1075; EMANUEL GAILLARD, *Introduction*, in: Emmanuel Gaillard (Hrsg.), *Anti-suit Injunctions in International Arbitration*, New York 2005, 1 ff., 7; MOSIMANN (FN 178), 7; CHRISTIAN PROBST, *Anti-suit Injunctions, Gerichtliche Zuständigkeitskontrolle im europäischen Zivilverfahrensrecht durch Prozessführungsverbote*, *Diss. Frankfurt a.M.* 2012, 46 f.

²⁵² BGE 138 III 304, E. 5.3.1; CLARE AMBROSE, *Can Anti-Suit Injunctions Survive in European Community Law?*, *Int'l & Comp. L.Q.* 52/2003, 401 ff., 401 und 408; BERGER/KELLERHALS (FN 145), N 677 f.; MICHEL KÄHR, *Der Kampf um den Gerichtsstand – Forum Shopping im internationalen Verfahrensrecht der Schweiz*, *Diss. Zürich* 2010, 11; LIATOWITSCH (FN 146), 147; MANUEL LIATOWITSCH/MARTIN BERNET, *Probleme bei parallelen Verfahren vor staatlichen Gerichten und vor Schiedsgerichten*, in: Karl Spühler (Hrsg.), *Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht*, Bd. IV, Zürich 2005, 139 ff., 162; STACHER (FN 249), 62; Vgl. DUTTA/HEINZE (FN 251), 433.

²⁵³ MARTIN BERNET, *Englische Freezing (Mareva) Orders – Praktische Fragen der Anerkennung und Vollstreckung in der Schweiz*, in: Karl Spühler (Hrsg.), *Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht IV*, Zürich 2001, 51 ff., 61; BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER (FN 9), Art. 31 N 50; STACHER (FN 249), 61 f. Diese Massnahmen sind mit einer Androhung nach Art. 292 StGB vergleichbar: JEGHER (FN 7), 97 ff.; STACHER (FN 249), 62 Fn. 9. Trotz dieser Strafandrohung ist jedoch – auch im englischen Recht – bei der anti-suit injunction von einer zivilrechtlichen Massnahme auszugehen: PROBST (FN 251), 71.

2. Anti-suit injunction im englischen Recht

a. Herkunft des Rechtsinstituts

Die *anti-suit injunction* hat ihren Ursprung im englischen Recht der *equity* im 17. Jahrhundert.²⁵⁴ *Equity* bezeichnet den englischen Regelungskomplex, der aus der Rechtsprechung des *Court of Chancery* zur Ergänzung und Korrektur des *common law*, das von englischen königlichen Gerichten gebildete Fallrecht,²⁵⁵ hervorgegangen ist.²⁵⁶ Das Verfahren vor dem *Court of Chancery* zielte darauf ab, dem Rechtssuchenden, der wider Treu und Glauben vor einem *common law*-Gericht eingeklagt wurde, individuelle Abhilfe zu verschaffen. Das Mittel dazu war die *common injunction*, also das gegenüber der Klagpartei ausgesprochene Verbot, den als unbillig empfundenen Prozess vor dem *common law*-Gericht fortzuführen.²⁵⁷ Dadurch konnten die *Courts of Chancery* mittelbar ihren Zuständigkeitsbereich ausdehnen und die Stellung von *equity* stärken.²⁵⁸ Die Unterscheidung von *equity* und *common law* ist nur noch historisch bedeutsam – die beiden Normkomplexe sind heute im englischen Recht vereint. Sie ermöglicht jedoch ein besseres Verständnis der *anti-suit injunction*, wie sie heute im angloamerikanischen Rechtskreis²⁵⁹ Anwendung findet.

b. Erlass von transnationalen *anti-suit injunctions*

Im Jahr 1821 wurde die besagte *injunction* erstmals auf die Unterlassung ausländischer Prozesse ausgedehnt.²⁶⁰ Aktuelle Rechtsgrundlage der *anti-suit injunction* im englischen Recht bildet Section 37 (1) Supreme Court Act 1981. Danach können alle Abteilungen des *High*

*Court*²⁶¹ eine *injunction* – *interlocutory* oder *final* –²⁶² aussprechen «[...] in all cases which it appears to the court to be just and convenient to do so».²⁶³ Diese eröffnet dem Gericht einen grossen Ermessensspielraum; getreu ihrer *equity*-Herkunft wird die *anti-suit injunction* heute denn auch nur erlassen, wenn es die «*ends of justice*» erfordern.²⁶⁴ Dies bedeutet, dass das Gericht im Einzelfall den Antrag auf eine *anti-suit injunction* ablehnen kann, auch wenn grundsätzlich *the right not to be sued abroad* des Antragstellers besteht.²⁶⁵ Trotz des umfangreichen Ermessens der Gerichte ist die Anordnung von *anti-suit injunctions* jedoch an gewisse Voraussetzungen²⁶⁶ geknüpft. Zunächst muss das Gericht zur Entscheidung zuständig sein.²⁶⁷ Weiter vorausgesetzt ist ein justizialer Klageanspruch des Antragstellers, da die *anti-suit injunction* kein Rechtsanspruch (*cause of action*), sondern ein Rechtsbehelf (*remedy*) ist.²⁶⁸ Dieses Recht muss vom Antragsgegner verletzt worden sein, oder es droht zumindest, verletzt zu werden.²⁶⁹ Im Einklang mit den vorherigen Ausführungen und der englischen Rechtsprechung können betreffend Rechtsanspruch die folgenden zwei Fallgruppen gebildet werden: *the equitable*

²⁵⁴ Teilweise reichen die Wurzeln der *anti-suit injunction* jedoch bis ins Römische Recht zurück: PROBST (FN 248), 39 ff. m.w.H.

²⁵⁵ Der Begriff des *common law* im vorliegenden Kontext ist nicht mit dem Verständnis von *common law*-Rechtskreisen als Gegenstück von *civil law*-Rechtskreisen zu verwechseln, vgl. zu Letzterem vorne II.A.3.a.

²⁵⁶ PROBST (FN 251), 34 ff. Vgl. TREVOR C. HARTLEY, *Comity and the Use of Antisuit Injunctions in International Litigation*, Am. J. Comp. L. 35/1987, 487 ff., 489 f.; ROBERT PEARCE/JOHN STEVENS/BARR WARREN, *The Law of Trusts and Equitable Obligation*, 5. A., London 2010, 3; MARCUS TUSCH, *Injunctions: Ein Rechtsinstitut der Equity als Wegbereiter des einstweiligen Rechtsschutzes im modernen englischen Zivilprozess*, Diss. Regensburg 1993, 29 f.

²⁵⁷ Vgl. BERMANN (FN 251), 594; HARTLEY (FN 256), 489; TUSCH (FN 256), 49. Zu den Verboten der *common law*-Gerichte, Prozesse vor geistliche Gerichte zu bringen, siehe BERMANN (FN 251), 593 oder STACHER (FN 249), 63.

²⁵⁸ TUSCH (FN 256), 98 ff.

²⁵⁹ Siehe zur *anti-suit injunction* im U.S.-amerikanischen Recht heute: BERMANN (FN 251), 593 ff.; PROBST (FN 251), 189 ff.; STACHER (FN 249), 63 ff.

²⁶⁰ *Bushby v. Munday*, 56 All E.R. 908 ff. (1821). Allerdings wurde ein erster Versuch schon im Jahre 1665 unternommen, der dann in der Appellationsinstanz scheiterte, vgl. *Love v. Baker*, 22 All E.R. 698 ff. (1665). Zu den verschiedenen Arten von *injunctions* und deren Unterscheidung siehe PROBST (FN 251), 46 ff.

²⁶¹ Der High Court fungiert als zweite Instanz in Zivilsachen, vgl. CATHERINE ELLIOTT/FRANCES QUINN, *English Legal System*, 18. A., Harlow 2017, 19 ff.

²⁶² Die *interlocutory injunction* wird als einstweilige Verfügung erlassen, während die *final injunction* als Endurteil erlassen wird: PHILIP H. PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, 12. A., Oxford 2012, 575.

²⁶³ § 37 (1) Supreme Court Act 1981 sieht vor: «Powers of High Court with respect to injunctions and receivers (1) The High Court may by order (whether interlocutory or final) grant an injunction or appoint a receiver in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so». Nach einer dem § 37 (1) Supreme Court Act 1981 nachgebildeten § 38 County Courts Act 1984 gilt dies auf für die County Courts, d.h. erstinstanzlichen Gerichte.

²⁶⁴ *Turner v. Grovit*, 1 WLR 107, 117 (HL) (2002); *Airbus Industries GIE v. Patel*, 1 AC 119, 133 (HL) (1991); *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak*, 1 AC 871, 892 (PC) (1987); *British Airways Board v. Laker Airways Ltd.*, AC 58, 81 (HL) (1985); *Castanho v. Brown & Root (UK) Ltd.*, AC 557, 573 (HL) (1981).

²⁶⁵ PROBST (FN 251), 54 f.; DUTTA/HEINZE (FN 251), 439.

²⁶⁶ Die hier erwähnten Voraussetzungen sind nicht abschliessend; je nach Art der *injunction* finden besondere Voraussetzungen Anwendung, welche im vorliegenden Kontext nicht relevant sind.

²⁶⁷ Die Zuständigkeit ergibt sich entweder aus dem europäischen Zivilprozessrecht oder aus dem nationalen englischen Recht. Vorausgesetzt nach englischem Prozessrecht ist die sog. *in personam jurisdiction* des Gerichts über den Antragsgegner, vgl. dazu vorne – wengleich unter U.S.-amerikanischem Recht – II.A.3.a.ii.; PROBST (FN 251), 75 ff. m.w.H.

²⁶⁸ *Siskina v. Distos Compania Naviera SA (The Siskina)*, AC 210, 256 (HL) (1979); *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, QB 276 ff. (1979); *Day v. Brownrigg*, 10 Ch 294 ff. (CA) (1878); DAVID BEAN, *Injunctions*, 12. A., London 2015, N 1 ff., 1.04.

²⁶⁹ *South Carolina Insurance Co. v. Assurantie Maatschappij «De Zeven Provinciën»*, AC 24, 40 (HL) (1987).

right not to be sued abroad und *the legal right not to be sued abroad*.²⁷⁰

i. Equitable right not to be sued abroad

Das *equitable right not to be sued abroad* ist ein ausservertraglicher Anspruch des Antragstellers, nicht im Ausland eingeklagt zu werden. Geschützt werden soll letzterer vor einem *equitable wrong*, insbesondere vor schikanösem (*vexatious*) oder bedrückendem (*oppressive*) Verhalten des Antragsgegners.²⁷¹ Dies kann sich durch verschiedene Tatbestände äussern, bspw. durch die Wahl des *Orts* der Prozessführung, also den Gerichtsstand, oder auch durch die *Art und Weise* der Prozessführung, bspw. bei bösem Glauben, wenn keinerlei Aussicht auf Erfolg besteht.²⁷² Das rechtsmissbräuchliche Verhalten wird mithilfe einer umfassenden Interessenabwägung der involvierten Parteiinteressen und der Gesamtumstände vom Gericht bestimmt.²⁷³ Ein weiteres, wenn auch nicht zwingendes Kriterium zur Beurteilung von rechtsmissbräuchlichem Verhalten im genannten Sinn ist, dass nicht das ausländische Gericht, sondern das inländische englische Gericht das natürliche, am besten geeignete Forum (*natural forum*) ist.²⁷⁴ Kann die Antragstellerin ihren Klageanspruch nur vor einem einzigen Gericht, nämlich einem ausländischen, geltend machen (sog. *single forum cases* als Gegenstück

zu *alternative forum cases*)²⁷⁵, kann nicht vorausgesetzt werden, dass das englische Forum das natürliche ist. In diesem Fall kann eine *anti-suit injunction* jedoch erlassen werden, wenn die ausländische Prozessführung vom Gericht insgesamt als grob unbillig (*unconscionable*) erachtet wird.²⁷⁶

ii. Legal right not to be sued abroad

Beim *legal right not to be sued abroad*²⁷⁷ handelt es sich um einen vertraglichen Anspruch, nicht im Ausland verklagt zu werden. Dieser kann sich entweder auf eine ausschliessliche Gerichtsstandsvereinbarung,²⁷⁸ eine Schiedsvereinbarung²⁷⁹ oder andere vertragliche Vereinbarungen, die ein Klageverbot erfassen, wie bspw. Vergleichsvereinbarungen, stützen.²⁸⁰ Aus diesen Vereinbarungen wird im englischen Recht stets ein materiell-rechtlicher Unterlassungsanspruch abgeleitet, sodass die Verletzung dieser Vereinbarung jeweils für sich eine Verletzung des *legal right not to be sued abroad* darstellt und einen Anspruch auf Erlass einer *anti-suit injunction* begründet, unabhängig von schikanösem oder bedrückendem Verhalten des Antragsgegners²⁸¹.²⁸² Immerhin kann letzterer versuchen, besonders gravierende Gründe des Einzelfalls (*strong reasons*) geltend zu machen,

²⁷⁰ Vgl. JONATHAN HILL, *International Commercial Disputes: Commercial Conflict of Laws in English Courts*, 4. A., Oxford 2010, 358.

²⁷¹ *British Airways Board v. Laker Airways Ltd.*, AC 58 ff. (HL) (1985); *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak*, 1 AC 871 ff. (PC) (1987); *Airbus Industries GIE v. Patel*, 1 AC 119 ff. (HL) (1991). Die englischen Gerichte differenzieren nicht nach dem anwendbaren Recht, sondern wenden stets englisches Recht auf die Beurteilung eines *equitable* oder *legal right not to be sued abroad* an: ADRIAN BRIGGS/PETER REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 5. A., London 2009, N 5.43; DUTTA/HEINZE (FN 251), 440 und 444 m.w.H.

²⁷² Vgl. JEGHER (FN 7), 94; eingängig auch DUTTA/HEINZE (FN 251), 441 ff. Ausführlich PROBST (FN 251), 145 ff.

²⁷³ *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak*, 1 AC 871, 896 (PC) (1987); *Barclays Bank Plc. v. Homan*, BCLC 680, 701 (CA) (1993): «[T]he English court must seek to strike a balance.», ausführlich PROBST (FN 251), 147.

²⁷⁴ *Airbus Industries GIE v. Patel*, 1 AC 119, 135 (HL) (1991); *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. Lee Kui Jak*, 1 AC 871, 896 (PC) (1987). Das natürliche Forum wird unter Heranziehen der Grundsätze der *forum non conveniens*-Lehre ermittelt, vgl. dazu unter U.S.-amerikanischem Recht vorne III.A.3.b.ii. oder speziell unter englischem Recht PROBST (FN 251), 118 ff. Danach ist dasjenige Forum das natürliche, welches unter Berücksichtigung der Beziehungen der Parteien zu den Parteien sowie zum Streitgegenstand die engste Verbindung aufweist und zur Entscheidung des Rechtsstreits offensichtlich besser geeignet scheint (*Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, 1 AC 460, 476 ff. [HL] [1987]). Das *natural forum* muss zwingend England sein; ergibt sich, dass es ein Drittstaat wäre, darf die *anti-suit injunction* nicht erlassen werden: *Airbus Industries GIE v. Patel*, 1 AC 119, 138 (HL) (1991).

²⁷⁵ Zur Problematik der Unterscheidung dieser beiden Kategorien und der entsprechenden Kritik in der Lehre siehe PROBST (FN 251), 160 f.

²⁷⁶ *Midland Bank Plc. v. Laker Airways Ltd.*, QB 689, 700 (CA) (1986); *British Airways Board v. Laker Airways Ltd.*, AC 58, 81, 95 (HL) (1985).

²⁷⁷ Anders als das *equitable right not to be sued abroad* entspringt das *legal right not to be sued abroad* dem common law: DUTTA/HEINZE (FN 251), 443.

²⁷⁸ Bei nicht ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarungen kommt hingegen das *equitable right not to be sued abroad* zur Anwendung; *British Airways Board v. Laker Airways Ltd.*, AC 58, 81, 95 (HL) (1985); neuer bspw. *Royal Bank of Canada v. Cooperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank B.A.*, 1 Lloyd's L. Rep. 471 (CA) (2004); *Continental Bank N.A. v. Aeakos Compania Naviera SA*, 1 WLR 588 ff. (CA) (1994); *Donohue v. Armco Inc.*, 1 Lloyd's L. Rep. 425 ff. (HL) (2002).

²⁷⁹ *TracominA. v. Sudan Oil Seeds Co. Ltd.* (No. 2), 3 All ER 140 ff. (CA) (1983); neuer bspw. *Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd. v. Sulpicio Lines Inc.*, 2 Lloyd's L. Rep. 269 ff. (HC) (2008); *West Tankers Inc. v. RAS Riunione Adriatica di Sicurtà SpA (The Front Comor)*, 1 Lloyd's L. Rep. 391 ff. (HL) (2007); *Turner v. Grovit*, 1 WLR 107, 119 (HL) (2002).

²⁸⁰ *National Westminster Bank Plc. v. Utrecht America Finance Company*, 3 All E.R. 733 ff. (CA) (2001); *Ellerman Lines Ltd. v. Read*, 2 KB 144 (CA) (1928); vgl. JEGHER (FN 7), 93 f.

²⁸¹ Dies wird immer wieder postuliert, siehe dazu PROBST (FN 251), 165 mit Hinweisen auf die uneinheitliche Rechtsprechung.

²⁸² Der Bruch einer ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarung wird denn auch als Musterfall der *anti-suit injunction* angesehen, vgl. *Aggeliki Charis Compania Maritima SA. v. Pagnan SpA (The Angelic Grace)*, 1 Lloyd's L. Rep. 87, 93 ff. (CA) (1995); *Continental Bank N.A. v. Aeakos Compania Naviera SA*, 1 WLR 588, 598 (CA) (1994). DUTTA/HEINZE (FN 251), 444 f.; vgl. ANDREWS/LANDBRECHT (FN 177), N 221; PROBST (FN 251), 164 f.

um der *anti-suit injunction* entgegenzuwirken, was jedoch selten Erfolg mit sich bringt.²⁸³

Die *anti-suit injunction* erfreute sich in den letzten Jahrzehnten immer grösserer Beliebtheit und hat unterdessen auch in gewisse *civil law*-Rechtsordnungen Eingang gefunden.²⁸⁴ Es stellt sich deshalb die Frage, ob der Erlass eines transnationalen Prozessführungsverbots auch einem schweizerischen Gericht zur Verfügung steht bzw. stehen sollte.

3. Prozessführungsverbot im schweizerischen Recht

a. Bei einer deutschen Klagpartei

Auf eine Rechtsstreitigkeit zwischen der schweizerischen Abwehrklägerin und einer deutschen Klagpartei²⁸⁵ vor einem deutschen Gericht findet grundsätzlich das LugÜ Anwendung.²⁸⁶ Die lange umstrittene Frage nach der Zulässigkeit von Prozessführungsverboten im Rahmen der Brüssel Ia-VO bzw. des LugÜ²⁸⁷ wurde vom EuGH erstmals im Jahre 2004 beantwortet.²⁸⁸ In

*Turner v. Grovit*²⁸⁹ entschied der Gerichtshof, dass der Erlass von Prozessführungsverboten durch die Gerichte der Mitgliedstaaten der Brüssel Ia-VO bzw. des LugÜ im Rahmen der Abkommen unzulässig ist. Der EuGH begründete seinen Entscheid vorwiegend damit, dass Prozessführungsverbote im Rahmen der Abkommen gegen den Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens auf eine richtige Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregeln durch die mitgliedstaatlichen Gerichte verstossen sowie den Grundsatz des Verbots der Überprüfung der Zuständigkeit eines anderen mitgliedstaatlichen Gerichts verletzen^{290, 291} Die Unzulässigkeit von Prozessführungsverboten gilt auch dann, wenn sich das angegangene Gericht aufgrund einer ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarung²⁹² für zuständig erachtet oder wenn eine Schiedsvereinbarung die staatliche Gerichtsbarkeit ausschliesst.²⁹³ Selbst zur Verhinderung von Verfahrensmissbrauch ist der Erlass eines Prozessführungsverbots unzulässig.²⁹⁴

In der Literatur finden sich weitere Ablehnungsgründe. So wird vorgebracht, dass ein Prozessführungsverbot eine Verletzung²⁹⁵ bzw. Umgehung²⁹⁶ von Art. 29 Brüs-

²⁸³ Vgl. OT Africa Line Ltd. v. Magic Sportswear Corp., 2 Lloyd's L. Rep. 170, 175 (HL) (2005); Donohue v. Armco Inc., 1 Lloyd's L. Rep. 425 ff. (HL) (2002). Siehe für weitere Entscheidung PROBST (FN 251), 166 Fn. 794.

²⁸⁴ Dies stellen teilweise Einzelentscheide dar. Siehe zu Québec, Frankreich, Deutschland, Brasilien und weiteren Staaten EMANUEL GAILLARD, Reflections on the Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, in: Loukas Mistelis/Julian D. M. Lew (Hrsg.), Pervasive Problems in International Arbitration, Alphen am Rhein 2006, 201 ff., 201 Fn. 2; PROBST (FN 251), 201 ff.

²⁸⁵ Die Partei, gegen welche das Prozessführungsverbot ausgesprochen wird, wird teilweise in der Literatur generell als Kläger bezeichnet (vgl. STACHER [FN 249], 61 ff.; BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER [FN 9], Art. 31 N 50 ff.). Gemeint ist damit der Kläger im ausländischen Verfahren, welcher zugleich Antragsgegner im inländischen Verfahren um Anordnung des Prozessführungsverbots ist. Da ein Antrag auf Anordnung eines Prozessführungsverbots auch gestellt werden kann, wenn das ausländische Verfahren noch nicht eingeleitet wurde – worum es bei der Präventivmassnahme geht (sog. quia timet injunction als Form vorbeugenden Rechtsschutzes) –, ist die Begriffsverwendung unter Umständen missverständlich. Deshalb wird der Begriff Kläger im weiteren Verlauf des Aufsatzes der Einheitlichkeit halber nur noch im Titel verwendet.

²⁸⁶ Nicht wie gesehen bspw. im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit, vgl. vorne II.C.2.

²⁸⁷ Die Rechtsprechung erging unter der EuGVO, gilt aber auch für das LugÜ als Parallelabkommen, wenn die Zuständigkeit des Zielgerichts auf den Regeln des LugÜ beruht: DUTTA/HEINZE (FN 251), 459. Selbst wenn das betroffene Verfahren nicht unter das Abkommen fällt, kann es Folgen haben, welche die praktischen Wirkungen des Abkommens beeinträchtigen: EuGH, Rs. C-185/07, 20.2.2009, Allianz SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc., N 24. Die Rechtsprechung ist demnach von den schweizerischen Gerichten zu beachten: BGE 138 III 304, E. 5.3.1; 135 III 185, E. 3.2; 129 III 626, E. 5.2.1 je m.w.H.

²⁸⁸ Vgl. CHRISTIAN THIELE, Antisuit injunctions im Lichte europäischen Gemeinschaftsrechts, Anmerkung zur House of Lords Vorlageentscheidung vom 13.12.2001 – Turner v. Grovit and Others, RIW 2002, 383 ff., 385.

²⁸⁹ EuGH, Rs. C-159/02, 27.4.2004, Turner v. Grovit, N 1 ff.

²⁹⁰ Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass sich das Verbot nicht an das ausländische Gericht, sondern nur an die Partei richtet: Turner v. Grovit (FN 289), N 28; so das Argument des House of Lords in Turner v. Grovit, 1 WLR 107, 118 f., 121 f. (HL) (2002). Dies haben denn auch die U.S.-amerikanischen Gerichte erkannt: Laker Airways, Ltd. v. Sabena Belgian World Airlines, 731 F.2d 909, 927 (D.C. Cir. 1984); Donovan v. Dallas, 377 U.S. 408, 413 (1964); Central National Bank of Boston v. Stevens, 169 U.S. 432, 460 (1898); Peck v. Jenness, 48 U.S. 612, 625 (1849); zur Lehre siehe BERMANN (FN 251), 589 m.w.H.

²⁹¹ Turner v. Grovit (FN 289), N 24 ff. Vgl. auch vorne II.B.3.b.i. Dieser Ablehnungsgrund trifft in der Lehre auf praktisch uneingeschränkte Zustimmung, siehe nur PROBST (FN 251), 223 mit umfangreichen Hinweisen auf die Lehrmeinungen.

²⁹² Vgl. BGE 138 III 304, E. 5.3.1; ANTOMO (FN 4), 225; DUTTA/HEINZE (FN 251), 457; JAN KRAUSE, Turner/Grovit – Der EuGH erklärt Prozessführungsverbote für unvereinbar mit dem EuGVÜ, Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 27.4.2004 in der Rechtssache C-159/02, RIW 2004, 533 ff., 540; PROBST (FN 251), 261 ff.; THOMAS RAUSCHER, Unzulässigkeit einer anti-suit injunction unter Brüssel I, IPRax 2004, 405 ff., 408 f.; vgl. SCHLOSSER (FN 176), 488; STACHER (FN 249), 70.

²⁹³ EuGH, Rs. C-185/07, 10.2.2009, Allianz SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc., N 29 ff.; vgl. BGE 138 III 304, E. 5.3.1; ausführlich PROBST (FN 251), 321 ff. A.A. SCHLOSSER (FN 176), 487 ff.

²⁹⁴ EuGH, Rs. C-159/02, 27.4.2004, Turner v. Grovit, N 28; BGE 138 III 304, E. 5.3.1.

²⁹⁵ Dies im Falle, dass die Voraussetzungen von Art. 25 Brüssel Ia-VO bzw. LugÜ erfüllt sind, vgl. sogleich FN 297.

²⁹⁶ Wenn die Voraussetzungen von Art. 25 Brüssel Ia-VO bzw. LugÜ nicht erfüllt sind, stellt ein Prozessführungsverbot dennoch eine Umgehung der genannten Bestimmung dar, vgl. Turner v. Grovit (FN 289), N 30: «[D]ie Verhängung eines solchen Verbots [nimmt] den im Übereinkommen bei Rechtshängigkeit und Konnexität vorgesehenen Mechanismen ihre praktische Wirksamkeit.»; siehe DUTTA/HEINZE (FN 251), 450 und dortige Hinweise auf Lehrmeinungen in Fn. 125.

sel Ia-VO bzw. Art. 27 LugÜ darstelle, dies zumindest dann, wenn es sich um eine Streitigkeit mit identischem Streitgegenstand zwischen identischen Parteien handelt.²⁹⁷ Weiter wird das Klägerwahlrecht hinsichtlich des Gerichtsstands, das sich aus der Systematik der Brüssel Ia-VO bzw. des LugÜ ergibt, beschränkt.²⁹⁸ Ausserdem erhöht ein Prozessführungsverbot die Gefahr sich widersprechender Urteile, da es in den Mitgliedstaaten regelmässig nicht anerkannt wird und gleichzeitig englische Gerichte eine Entscheidung unter Missachtung des Prozessführungsverbots nicht anerkennen.²⁹⁹ Ausserdem würde die Zulässigkeit von Prozessführungsverboten die englischen Verfahren einseitig begünstigen, was einer einheitlichen Anwendung der Brüssel Ia-VO bzw. des LugÜ widerspricht.³⁰⁰

Wichtigstes Argument der englischen Rechtsprechung und Lehre für die Zulässigkeit des Prozessführungsverbots ist die Einordnung des Instruments als Verfahrensmassnahme des nationalen Zivilprozessrechts. Danach soll im Falle, dass das Verbot an das missbräuchliche, unbillige Verhalten des Antraggegners und nicht an die fehlende Zuständigkeit des Zielgerichts knüpft, die Frage der Sanktionierung dem nationalen Recht vorbehalten sein.³⁰¹

Der EuGH hat die Zuordnung der Frage zum nationalen bzw. gemeinschaftlichen Recht offengelassen, jedoch betont, dass die Mitgliedstaaten der Brüssel Ia-VO bzw. des LugÜ auch in ihrem autonomen nationalen Recht keine Bestimmungen erlassen können, die der praktischen Wirksamkeit der Abkommen entgegenstehen.³⁰² Allfällige Rechtfertigungsansätze für ein Prozessführungsverbot im Rahmen der Brüssel Ia-VO bzw. des

LugÜ vermögen generell nach der Rechtsprechung des EuGH nicht mehr zu überzeugen.³⁰³

Die erläuterte Rechtsprechung des EuGH gilt nur im Verhältnis von Mitgliedstaaten der Brüssel Ia-VO bzw. des LugÜ.³⁰⁴ Im Verhältnis zu Drittstaaten, d.h. wenn sich die Zuständigkeit des Zielgerichts nicht auf eines der Abkommen, sondern das autonome Internationale Privatrecht der einzelnen Staaten stützt, sind letztere grundsätzlich in der Regelung von Prozessführungsverboten frei. Es stellt sich also die Frage, ob sich die schweizerische Abwehrklägerin mit einem Prozessführungsverbot gegen eine Klage in den USA wehren kann.

b. Bei einer U.S.-amerikanischen Klagpartei

Die Bestimmungen des IPRG – und auch der ZPO – befassen sich nicht explizit mit Prozessführungsverboten durch staatliche Gerichte.^{305, 306} Das Bundesgericht hat die Frage der Zulässigkeit von Prozessführungsverboten im Rahmen des IPRG noch nicht entschieden. Zwar bot sich ihm vor kurzem die Möglichkeit, die strittige Rechtslage zu klären, hat die Frage schliesslich jedoch offengelassen.³⁰⁷

Die Gründe, welche gegen die Zulässigkeit von Prozessführungsverboten im Rahmen des LugÜ sprechen, können nicht ohne Weiteres auf das Verhältnis zu Drittstaaten übertragen werden. Letzteres ist nicht von einem einheitlichen Zuständigkeitssystem beherrscht, sodass keine Grundlage für gegenseitiges Vertrauen in die Zuständigkeitsprüfung der anderen Staaten besteht. Weiter wird mangels gemeinsamer Regelungen zum Vorgehen bei identischen Klagen – wie die Rechtshängigkeitssperre oder Anerkennungsprivilegien – eine Vermeidung sich widersprechender Urteile nicht sichergestellt. Auch ein Gerichtsstandwahlrecht, das durch ein Prozessführungsverbot verletzt würde, wird nicht garantiert.³⁰⁸

Dennoch geht die herrschende Lehre davon aus, dass der Erlass von Prozessführungsverboten auch im inter-

²⁹⁷ Diese Frage wird in der Lehre jedoch kontrovers beurteilt. Einige Autoren machen geltend, dass der Streitgegenstand zumindest teildentisch ist, weil es in beiden Rechtsstreitigkeiten um die Frage der internationalen Zuständigkeit gehe: Siehe DUTTA/HEINZE (FN 251), 449 m.w.H. in Fn. 120. Andere Autoren wenden jedoch ein, dass sich die Frage der Teilidentität der Zulässigkeit des ausländischen Verfahrens lediglich auf eine prozessuale Vorfrage beschränke, die mit den eigentlichen Streitgegenständen der beiden Verfahren nichts zu tun habe: MARTINA MAACK, Englische antisuit injunctions im europäischen Zivilrechtsverkehr, Diss. Berlin 1999, 168 f.; DUTTA/HEINZE (FN 251), 449 m.w.H. in Fn. 124.

²⁹⁸ DUTTA/HEINZE (FN 251), 453; PROBST (FN 251), 237 f. Kein Verstoss wird jedoch gegen den Justizgewährungsanspruch nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK angenommen, da diese Vorschrift nur den generellen Zugang zu einem Gericht, jedoch nicht die Auswahl eines bestimmten Gerichts garantiert: DUTTA/HEINZE (FN 251), 453 m.w.H.; MAACK (FN 297), 184; CHRISTIAN SCHMIDT, Anti-suit injunctions im Wettbewerb der Rechtssysteme, RIW 2006, 492 ff., 495.

²⁹⁹ Art. 27 und 34 LugÜ werden ausgehöhlt: DUTTA/HEINZE (FN 251), 454.

³⁰⁰ AMBROSE (FN 252), 412; DUTTA/HEINZE (FN 251), 454 f. m.w.H.; PROBST (FN 251), 238.

³⁰¹ Turner v. Grovit, 1 WLR 107, 120, 122 f. (HL) (2002). Vgl. EuGH, Rs. C-365/88, 15.5.1990, Kongress Agentur Hagen GmbH v. Zeehaghe BV, N 17. PROBST (FN 251), 242 ff.; DUTTA/HEINZE (FN 251), 453.

³⁰² Turner v. Grovit (FN 289), N 29 f.

³⁰³ Siehe dazu DUTTA/HEINZE (FN 251), 455 ff. m.w.H.; KRAUSE (FN 292), 535 ff.; PROBST (FN 251), 242 ff.; SCHLOSSER (FN 176), 487 ff.; THIELE (FN 288), 385 ff.

³⁰⁴ BGE 138 III 304, E. 5.3.1; DUTTA/HEINZE (FN 251), 459; RAUSCHER (FN 292), 409; SCHMIDT (FN 298), 495.

³⁰⁵ Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Schiedsgericht eine anti-suit injunction erlassen darf, ist ein Themenkomplex für sich, der einer unterschiedlichen rechtlichen Analyse bedarf, die an dieser Stelle nicht relevant ist. Das LugÜ steht diesem Vorgehen immerhin nicht entgegen: EuGH, Rs. C-536/13, 13.5.2015, Gazprom OAO v. Lietuvos Respublika, N 35 ff. Zur Literatur siehe ausführlich INGRID NAUMANN, Englische anti-suit injunctions zur Durchsetzung von Schiedsvereinbarungen, Diss. Tübingen 2008, 123 ff.; ANDREWS/LANDBRECHT (FN 177), N 361 ff.; ANOMO (FN 4), 228; ANATOL DUTTA/CHRISTIAN A. HEINZE, Anti-suit injunctions zum Schutz von Schiedsvereinbarungen, RIW 2007, 411 ff.; GAILLARD (FN 284), 201 ff.; MARCO STACHER, You Don't Wanna Go There – Antisuit Injunctions in International Commercial Arbitration, ASA Bull 2005, 640 ff., 645 ff.

³⁰⁶ Vgl. STACHER (FN 249), N 39.

³⁰⁷ BGE 138 III 304, E. 5.3.2.

³⁰⁸ DUTTA/HEINZE (FN 251), 489; vgl. AMBROSE (FN 252), 421.

nationalen Verhältnis ausserhalb der Brüssel Ia-VO bzw. des LugÜ unzulässig ist.³⁰⁹

In der Lehre wird teilweise vorgebracht, dass das völkerrechtliche Gebot der internationalen Rücksichtnahme (sog. *comity*) den Erlass von Prozessführungsverboten untersage, da Letzterer einen unzulässigen Eingriff in die Souveränität des ausländischen Staats und in die Rechtsprechungsfunktion seiner Gerichte darstelle.³¹⁰ Zudem wird argumentiert, dass die Bereitschaft, in eine fremde Rechtsordnung einzugreifen – welche der Erlass von Prozessführungsverboten signalisiert – der Förderung der internationalen Beziehungen zwischen den Staaten abträglich sei und zu Spannungen und unnötigem Eskalationspotential führe.³¹¹

Auf nationaler Ebene wird argumentiert, dass der Erlass von Prozessführungsverboten durch schweizerische Gerichte mit dem IPRG nicht vereinbar sei. Dies sei primär deshalb der Fall, weil im Rahmen des IPRG kein Interesse daran bestehe, sich widersprechende Urteile auf internationaler Ebene zu verhindern. Wohl bestehe ein Interesse, Letztere auf nationaler Ebene zu vermeiden – sich widersprechende Urteile stellen denn auch eine Verletzung des schweizerischen *Ordre public* dar.³¹² Jedoch werde diesem Interesse durch die Regeln der Rechtshängigkeitssperre, der *res iudicata* sowie der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen Genüge getan.³¹³ Es bleibe deshalb kein Raum für den Erlass von Prozessführungsverboten.

Überdies besteht in der Lehre die Besorgnis, dass es zu *anti-anti-suit injunctions* kommen könne; d.h., dass ein Gericht einer Partei verbietet, vor dem ausländischen Gericht die Klage fortzuführen, obwohl letzteres es der Gegenpartei bereits untersagt hat, vor dem schweizerischen Gericht das Verfahren einzuleiten bzw. fortzuführen. Dieses würde dazu führen, dass nicht nur keine sich widersprechenden, sondern gar keine Urteile gesprochen werden könnten.³¹⁴

Gerichtliche Verbote, ein Verfahren vor dem Schiedsgericht einzuleiten bzw. fortzuführen (sog. *anti-arbitration injunctions*), werden ausserdem deshalb abgelehnt, weil sie gegen die Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts verstossen.³¹⁵

Zusammenfassend ist der Erlass eines Prozessführungsverbots auch im Rahmen des IPRG unzulässig, denn er widerspricht zivilprozessualen und staatsrechtlichen Grundsätzen.³¹⁶ Die Prognose eines Bundesgerichtsentscheids betreffend die Zulässigkeit von Prozessführungsverboten im Rahmen des IPRG müsste aufgrund des Meinungsstands der herrschenden Lehre deshalb negativ ausfallen.³¹⁷

4. Zusammenfassung

Es wurden der Ursprung und die geschichtliche Entwicklung der *anti-suit injunction* im englischen Recht untersucht. Die *anti-suit injunction* ist tief in der *equity*-Rechtslehre verwurzelt und noch heute in die englische Rechtsordnung integriert. Der Erlass des Prozessführungsverbots ist vor allem an den Anspruch des Antragstellers, nicht im ausländischen Forum eingeklagt zu werden, sowie an die Verletzung dieses Anspruchs durch den Antragsgegner gebunden. Es spielt zudem ein grosses Ermessen der englischen Gerichte mit.

Weiter hat sich gezeigt, dass ein derartiges Prozessführungsverbot mit der schweizerischen Rechtsordnung nicht kompatibel ist – weder im Anwendungsbereich des LugÜ noch des IPRG. Ein Prozessführungsverbot der beschriebenen Art widerspricht in vielerlei Hinsicht dem Kern des LugÜ, wobei die kontinentaleuropäische³¹⁸ Rechtsprechung und Lehre diesbezüglich einer Meinung sind. Obwohl eine höchstgerichtliche Entscheidung noch aussteht, ist für ein Prozessführungsverbot durch schweizerische Gerichte aus ähnlichen Gründen auch im Anwendungsbereich des IPRG kein Raum. Ein Prozessführungsverbot als Verteidigung der Abwehrklägerin gegen einen ausländischen Prozess kommt folglich nicht in Frage.

³⁰⁹ Für Nachweise siehe die folgenden Abschnitte inkl. FN.

³¹⁰ Vgl. PETER GOTTWALD, Grenzen zivilrechtlicher Massnahmen mit Auslandwirkung, in: Eberhard Wieser/Walter Lindacher/Dieter Pfaff/Günther H. Roth (Hrsg.), Festschrift für Walter J. Habscheid zum 65. Geburtstag am 6. April 1989, Bielefeld 1989, 119 ff., 123; HARTLEY (FN 256), 506; WOLFGANG HAU, Durchsetzung von Zuständigkeits- und Schiedsvereinbarungen mittels Prozessführungsverboten im EuGVÜ: Neuere Rechtsprechung des Court of Appeals zu obligation-based *anti-suit injunctions*, IPRax 1996, 44 ff., 45; differenzierend ANOMO (FN 4), 238 ff.; offengelassen von STACHER (FN 249), 73; a.A. SCHLOSSER (FN 176), 487 ff.; wohl auch JEGHER (FN 7), 215 f.; SCHMIDT (FN 298), 495 ff.

³¹¹ ANOMO (FN 4), 242; STACHER (FN 249), 76 m.w.H.

³¹² BGE 127 II 279, E. 2.b; 116 II 625, E. 4.a.

³¹³ STACHER (FN 249), 73 ff. STACHER macht zudem geltend, dass das Prozessführungsverbot deshalb nicht mit der schweizerischen Rechtsordnung vereinbar ist, weil Letzterer das prozessuale Gegenstück der *forum non conveniens*-Lehre fehlt und so ein prozessuales Ungleichgewicht entsteht (75 f.).

³¹⁴ STACHER (FN 249), 77 ff. m.w.H.; ANOMO (FN 4), 222 f. m.w.H.

³¹⁵ Tribunal de 1ère instance GE, 2.5.2005, ASA Bull 2005, 728 ff.; BERGER/KELLERHALS (FN 145), N 677; BSK IPRG-SCHOTT/COURVOISIER (FN 99), Art. 186 N 5; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI (FN 146), N 5.72; ZK IPRG-VISCHER/OETIKER (FN 23), Art. 186 N 4.

³¹⁶ LIATOWITSCH (FN 146), 151.

³¹⁷ Auch wenn nicht damit zu rechnen ist, dass Prozessführungsverbote in der besprochenen Form von schweizerischen Gerichten je erlassen werden, ist anzufügen, dass ein U.S.-amerikanisches Gericht ein schweizerisches Prozessführungsverbot ohnehin nicht anerkennen würde. Ausländische Prozessführungsverbote werden in den USA nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen und deshalb grds. nicht anerkannt, siehe nur Laker Airways, Ltd. v. Sabena Belgian Airlines, 731 F.2d 909, 926 ff. (D.C. Cir. 1984); dazu BERGMANN (FN 251), 591 ff.

³¹⁸ Es erfolgte ein Einbezug der Rechtsprechung des EuGH sowie der deutschen und schweizerischen Rechtsprechung und Lehre.

IV. Zusammenfassung und kritische Würdigung

Ziel des vorliegenden Aufsatzes ist es, zu analysieren, wie sich ein schweizerisches Unternehmen vor einem ausländischen Prozess präventiv schützen kann. Es wurden die zentralen³¹⁹ zuständigkeitsrechtlichen Abwehrmassnahmen herausgearbeitet und auf ihre Tauglichkeit geprüft.

Bei den abstrakten Präventivmassnahmen zur Abwehr eines ausländischen Gerichtsstandes im Falle einer deutschen bzw. U.S.-amerikanischen Klagpartei hat sich die Beeinflussung ausländischer Zuständigkeitsbestimmungen als wenig effizient herausgestellt. Gewisse zuständigkeitsbegründende Merkmale entziehen sich einer Einflussnahme durch die Abwehrklägerin gänzlich. Wo Handlungsspielraum besteht, ist für jedes Unternehmen aufgrund seiner wirtschaftlichen Situation bzw. seiner strategischen Stossrichtung gesondert zu beurteilen, ob die Massnahme Sinn macht. Diese Beurteilung besteht in einer Abwägung zwischen dem Risiko eines ausländischen Prozesses und der damit verbundenen Nachteile sowie dem Nutzen bzw. Gewinn aus einer geschäftlichen Tätigkeit im entsprechenden Staat.

Die vertraglichen³²⁰ Zuständigkeitsvereinbarungen in Form der Gerichtsstands- oder Schiedsvereinbarung versprechen mehr Erfolg, einen ausländischen Prozess zu verhindern. Grenzen dieser Abwehrmassnahmen in praktischer Hinsicht sind der Umstand, dass die Abwehrklägerin mit der potentiellen Klagpartei schon vor Entstehen des Rechtsstreits in Kontakt stehen muss³²¹ sowie dass Letztere der ausschliesslichen Zuständigkeit des schweizerischen (Schieds-)Gerichts zustimmen muss, was wohl meist Konzessionen seitens der Abwehrklägerin erfordert.

Die Voraussetzungen zum Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung unterscheiden sich hier nicht in relevanter Weise von denjenigen zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung; sie sind insgesamt für die Ab-

wehrklägerin keine besonderen Hürden.³²² Hingegen ist bei den Wirkungen, d.h. bei der Durchsetzbarkeit der jeweiligen Abwehrmassnahme zu differenzieren. Die Frage nach der Durchsetzbarkeit wird dann relevant, wenn der Vertragspartner die vereinbarte Zuständigkeitsregelung missachtet und im Ausland Klage erhebt.

Die Durchsetzbarkeit der ausschliesslichen *Gerichtsstandsvereinbarung* zugunsten eines schweizerischen Gerichts hängt massgeblich von der *lex fori derogati* ab. Während die Durchsetzung bei einer abredewidrigen Klage vor einem deutschen Gericht im Rahmen des LugÜ unproblematisch ist, ist sie im Falle eines angegangenen U.S.-amerikanischen *forum derogatum* mit Unsicherheit behaftet. Diese Rechtsunsicherheit liegt primär am Fehlen vereinheitlichter staatsvertraglicher Regeln, aber auch an den diversen Besonderheiten des U.S.-amerikanischen (Zivilprozess-)Rechts. Letztere Problematik könnte entschärft werden, wenn eine verbindliche Qualifikation der Gerichtsstandsvereinbarung im U.S.-amerikanischen Recht als Institut des Prozessrechts erfolgen würde. Dies hätte zur Folge, dass die Bundesgerichte ihr eigenes vereinheitlichtes Recht auf die Beurteilung der internationalen Gerichtsstandsvereinbarung anwenden müssten und dass weniger liberales gliedstaatliches Recht verdrängt würde. Dies würde aufgrund der bundesrechtlichen *reasonableness*-Doktrin die Anzahl Fälle, in denen ein U.S.-amerikanisches Gericht eine internationale Gerichtsstandsvereinbarung als unwirksam erachtet, auf ein Minimum reduzieren und zudem die erwähnte Rechtsunsicherheit beseitigen. Es ist zu hoffen, dass der U.S. *Supreme Court* die Kontroverse doch noch in diesem Sinne entscheiden wird. Aufgrund der verbleibenden Ungewissheit und des nicht gewährleisteten Schutzes vor abredewidrigen Klagen in den USA und potentiell weiteren Drittstaaten ist die Wirksamkeit der internationalen Gerichtsstandsvereinbarung beschränkt.

Die erschwerte Durchsetzbarkeit ist denn auch das, was die Gerichtsstandsvereinbarung im Vergleich zur *Schiedsvereinbarung* abwertet. Die Durchsetzbarkeit hängt zwar auch bei der ausschliesslichen Schiedsvereinbarung zugunsten eines schweizerischen Schiedsgerichts von der *lex fori derogati* ab. Hier sorgt jedoch das NYÜ, welches von Deutschland und den USA ratifiziert wurde, für eine schnelle und sichere Anerkennung der Schiedsvereinbarung durch das abredewidrig angegangene ausländische Gericht. Teilweise wenden die deutschen und U.S.-amerikanischen Gerichte unterschiedliches Recht auf die Prüfung der Anerkennungsvoraussetzungen an – insbesondere bei einer Prüfung nach der *lex fori* anstatt der schweizerischen *lex arbitri* könnten Diskrepanzen auftreten. Aufgrund des sehr schiedsfreundlichen deutschen sowie U.S.-amerikani-

³¹⁹ Neben den fünf behandelten hätte als weitere Verteidigungsstrategie gegen einen ausländischen Prozess noch die Abwehr der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks thematisiert werden können. Aufgrund der untergeordneten Relevanz dieser Massnahme in Theorie und Praxis sowie Überlegungen zum Rechtsmissbrauch, die sich in diesem Zusammenhang aufdrängen, wurde auf eine Abhandlung dieser Thematik verzichtet. Siehe dazu jedoch ANTONO (FN 4), 203 f. oder SCHÜTZE (FN 141), 580 ff. m.w.H.

³²⁰ Eine Zuständigkeit durch einseitigen Parteiwillen ist in seltenen Fällen möglich, vgl. bspw. die *professio fori* im Erbrecht, Art. 87 Abs. 2 IPRG; SCHNYDER/LIATOWITSCH (FN 99), N 937.

³²¹ Es ist rechtlich auch möglich, eine Gerichtsstandsvereinbarung erst nach Entstehen der Streitigkeit zu schliessen, wobei dies in der Praxis selten vorkommt; JEGHER (FN 7), 10 f. Diese würde dann eine konkrete Präventivmassnahme darstellen.

³²² Es ist jedoch in Erinnerung zu rufen, dass die Gerichtsstandsvereinbarung bei Versicherungs- sowie Verbrauchersachen nicht präventiv, d.h. vor Entstehen der Streitigkeit, zur Verfügung steht.

schen nationalen Rechts ergeben sich hier jedoch keine Probleme. Die Schiedsvereinbarung ist aufgrund ihrer erleichterten Durchsetzbarkeit demnach die wirkungsvollste *abstrakte* Präventivmassnahme gegen einen ausländischen Prozess.³²³

Bei *konkreten* Anhaltspunkten auf eine Rechtsstreitigkeit im internationalen Verhältnis bieten sich der Abwehrklägerin weitere Präventivmassnahmen an, einer ausländischen Klage aus dem Weg zu gehen. Hier wurde zuerst die Einleitung einer präventiven negativen Feststellungsklage bei einem schweizerischen Gericht geprüft, welche aufgrund der Rechtshängigkeitssperre ein ausländisches Gerichtsverfahren blockieren soll.

Auf einer ersten Stufe im Inland ergeben sich für die Abwehrklägerin dank der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts zum *forum running* keine besonders hohen Hürden mehr: Alleine das Interesse, einen für sich vorteilhaften inländischen Gerichtsstand zu sichern, reicht unter Schweizer Recht aus, um ein besonderes Feststellungsinteresse der Abwehrklägerin zu bejahen. Sind die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt, hat das Schweizer Gericht auf die Feststellungsklage einzutreten.

Tritt das schweizerische Gericht auf die Feststellungsklage der Abwehrklägerin ein, ergeben sich zumindest teilweise Schwierigkeiten auf der zweiten Stufe, nämlich bei der Berücksichtigung der Rechtshängigkeitssperre im Ausland. Eine nachträgliche spiegelbildliche Leistungsklage in Deutschland könnte aufgrund der Litispendenzregel in Art. 27 LugÜ ohne Weiteres blockiert werden.

Im Falle einer nachträglichen Klage in den USA ist die Rechtslage jedoch komplex. Die vielzähligen Theorien, mit welchen die U.S.-amerikanischen Gerichte ausländischen Parallelverfahren entgegenzutreten, erzeugen erhebliche Rechtsunsicherheit. Zudem ist allen diesen unterschiedlichen Regelungskonzepten gemeinsam, dass sie die prioritäre Rechtshängigkeit ausländischer Parallelverfahren nur als einen Faktor unter vielen berücksichtigen und dass dem Gericht in jedem Fall ein grosser Ermessensspielraum zukommt. Ob ein U.S.-amerikanisches Gericht sein Verfahren aufgrund eines rechtshängigen Parallelverfahrens in der Schweiz sistiert oder beendet, ist daher massgeblich von den Umständen des Einzelfalls abhängig und für die Abwehrklägerin schwer vorhersehbar.

Immerhin sind in den USA seit geraumer Zeit Bestrebungen im Gange, die Anerkennung ausländischer Entscheidungen auf Bundesebene zu regeln und dabei zugleich die Handhabung von ausländischen Parallel-

verfahren zu vereinheitlichen.³²⁴ Dies würde die Rechtslage in Zukunft erheblich vereinfachen und die genannte Rechtsunsicherheit entscheidend vermindern. Eine Umsetzung dieser rechtspolitischen Vorhaben könnte die präventive negative Feststellungsklage als Abwehrmassnahme gegen Prozesse in den USA in Zukunft entscheidend stärken.³²⁵ Der negativen Feststellungsklage gereicht nämlich zum Vorteil, dass sie als nicht-vertragliche Präventivmassnahme nicht von der gegnerischen Partei abhängt: Einerseits ist nicht erforderlich, dass die Abwehrklägerin mit der potentiellen Klagpartei schon vor Entstehen der Streitigkeit in Kontakt steht. Andererseits muss sie keine Konzessionen bei der Aushandlung des ausschliesslichen schweizerischen Gerichtsstands machen, welche ihre Verhandlungsposition bei weiteren Vertragsverhandlungen schwächen könnten.

Diese Vorteile kann sich die schweizerische Abwehrklägerin im Anwendungsbereich des LugÜ zu Nutzen machen: Die erwähnte Rechtsprechungsänderung des Bundesgerichts macht die präventive negative Feststellungsklage im eurointernationalen Verhältnis zu einer sehr effizienten Abwehrmassnahme gegen einen ausländischen Prozess. Es ist davon auszugehen, dass in der Praxis von diesem prozesstaktischen Instrument künftig reger Gebrauch gemacht wird.

Als letzte konkrete Präventivmassnahme wurde das internationale Prozessführungsverbot geprüft. Weil die *anti-suit injunction* im angloamerikanischen Rechtskreis ein äusserst wirksames Mittel zur Verhinderung ausländischer Prozesse darstellt, wurde untersucht, ob diese auch der schweizerischen Abwehrklägerin zur Verfügung steht bzw. stehen soll. Hier hat sich klar ergeben, dass der Erlass eines Prozessführungsverbots nach schweizerischem Recht und unter dem LugÜ unzulässig ist. Die Rechtsprechung des EuGH und der Meinungsstand in nationaler Rechtsprechung und Lehre sind einhellig und überzeugend. Das Prozessführungsverbot hat deshalb im europäischen Rechtsraum und den entsprechenden nationalen Rechtsordnungen keinen Platz.

Das Bedürfnis nach der Abwehr eines ausländischen Prozesses hängt massgeblich von der Rechtsordnung im potentiellen Forumstaat ab. Weil das nationale deutsche Recht (in materiell- als auch prozessrechtlicher Hinsicht) der schweizerischen Rechtsordnung im internationalen Vergleich ähnlich ist, besteht im Falle einer deutschen

³²³ Auch die durchsetzbaren Schadenersatzsprüche stellen hier einen grossen Vorteil für die Abwehrklägerin dar – schützen jedoch primär vor den Folgen eines ausländischen Prozesses und tragen nur indirekt zur Stärkung der Schiedsvereinbarung als Abwehrmassnahme bei, vgl. dazu vorne C.4.

³²⁴ Siehe den Gesetzesvorschlag International Jurisdiction and Judgment Project (Tentative Draft No. 2, 14. April 2004) des American Law Institute. § 11 sieht vor: «Declination of Jurisdiction When Prior Action is Pending», abgedruckt in BRAND/JABLONSKI (FN 202), 163 f. Siehe LUTZ (FN 229), 26; TEITZ (FN 202), 68 ff.

³²⁵ Vgl. FRANZ TEPPER/CARSTEN CHRISTOPHERY, Verteidigungsstrategien gegen US-amerikanische Zivilklagen in Deutschland, RIW 2017, 790 ff., 800: «Wird eine negative Feststellungsklage in Deutschland rechtzeitig erhoben, stellt diese oft das wirksamste Mittel der Abwehr von Ansprüchen aus den USA dar.»

Klagpartei keine übermässige Besorgnis der Abwehrklägerin wegen der Folgen eines ausländischen Prozesses. Dies steht ganz im Gegensatz zu einem potentiellen Prozess in den USA: Hier sind für die ausländische Beklagte diverse der schweizerischen Rechtsordnung fremde Rechtsinstitute und -lehren ein Problem. Zu denken ist hier – zusätzlich zu den erwähnten Aspekten – bspw. an die ausufernde *discovery*, das aufwändige *adversarial system*, Laieneinfluss durch *jury trials*, horrende Schadenersatzansprüche aufgrund von *punitive damages* und insgesamt höhere Prozesskosten u.a. wegen der *american rule of costs* und *contingency fees*.³²⁶ Selbstverständlich können diese Besonderheiten für die Abwehrklägerin je nach Einzelfall materiell, d.h. mit Blick auf den Prozessausgang, von Vorteil sein. Jedoch sind der Aufwand und die Prozesskosten im Zusammenhang mit einem U.S.-amerikanischen Verfahren für die schweizerische Abwehrklägerin eine Belastung: Insbesondere auch im Falle des Obsiegens trägt die Abwehrklägerin aufgrund der *american rule of costs* ihre Prozesskosten selber. Dass die Abwehrklägerin zudem aufgrund der erheblichen Rechtsunsicherheit und fehlenden Rechtskenntnis auf lokale Anwälte zurückgreifen muss, steht ausser Zweifel. Insgesamt stehen also enorme Zeit- und Kostenverluste auf dem Spiel. Damit hat ein schweizerisches Unternehmen ein beträchtlich stärkeres Bedürfnis nach Abwehrmassnahmen gegen einen Prozess in den USA als gegen einen Prozess in Deutschland.

Wird jedoch der Erfolg der zuständigkeitsrechtlichen Abwehrmassnahmen in den jeweiligen Rechtsordnungen verglichen, ist festzustellen, dass das Ergebnis mit dem erwähnten Bedürfnis in Widerspruch steht. Ein durchgehender Vergleich hat gezeigt, dass die zuständigkeitsrechtlichen Verteidigungsmöglichkeiten bei einer U.S.-amerikanischen Klagpartei insgesamt erheblich schwächer ausfallen als bei einer deutschen Klagpartei.

Dies bewahrheitet sich bei der ersten Abwehrmassnahme noch nicht: Bei genauer Analyse der Grundstruktur der sehr weitreichenden und deshalb abschreckenden Zuständigkeitsregeln der U.S.-amerikanischen Bundesstaaten hat sich gezeigt, dass diese für die Abwehrklägerin im Vergleich zum LugÜ einen Vorteil darstellen, wenn es um die Beeinflussung zuständigkeitsbegleitender Merkmale geht. Diesem Ergebnis kommt jedoch für den Vergleich der beiden Rechtsordnungen kein besonderes Gewicht zu, weil die Massnahme insgesamt als wenig effizient erscheint.

Die Durchsetzbarkeit der internationalen Schiedsvereinbarung wird durch das NYÜ sichergestellt und zwar sowohl im Falle einer deutschen als auch U.S.-amerika-

nischen Klagpartei. Die Wirksamkeit dieser Massnahme ist deshalb in beiden Fällen grundsätzlich ausgewogen.

Hingegen besteht im Bereich der internationalen Gerichtsstandsvereinbarung ein grosser Unterschied. Während die Durchsetzbarkeit der Gerichtsstandsvereinbarung durch eine Klage vor einem deutschen Gericht nicht bedroht ist, steht sie im Falle einer Klage in den USA auf wackeligen Beinen. Auch bei der präventiven negativen Feststellungsklage – falls sie vor dem schweizerischen Gericht rechtshängig ist – bestehen bei der Wirkung erhebliche Unterschiede. Ein deutsches Gericht darf auf das Parallelverfahren nicht eintreten, ein U.S.-amerikanisches Gericht hingegen wird dies eher tun.

Beim Prozessführungsverbot bietet sich ein Vergleich nicht an, da die Wirksamkeit des Prozessführungsverbots aufgrund der angedrohten Sanktionen des Massnahmengerichts gegenüber dem Antragsgegner sichergestellt wird und nicht durch eine allfällige Anerkennung dieser Massnahmen durch das ausländische Zweitgericht.³²⁷ Auch hier steht jedoch ausser Zweifel, dass die U.S.-amerikanischen Gerichte schweizerische Prozessführungsverbote grundsätzlich nicht anerkennen würden.³²⁸

Bei diesen Ergebnissen lässt sich nicht verkennen, was die Leserin bzw. den Leser gleichzeitig kaum erstaunen wird: Erfolgreich sind diejenigen Abwehrmassnahmen, die in den Bereich einheitlicher staatsvertraglicher Regeln fallen. Dies zeigt sich besonders stark bei einer Gegenüberstellung der Gerichtsstandsvereinbarung und der Schiedsvereinbarung. Den U.S.-amerikanischen Gerichten steht nach nationalem Recht bei der Beurteilung einer internationalen Gerichtsstandsvereinbarung stets ein grosses Ermessen zu, wobei im Rahmen des LugÜ die Angemessenheit oder *reasonableness* einer nach dem LugÜ zulässigen und gültigen Gerichtsstandsvereinbarung nicht nachgeprüft werden darf. Eine solche Rechtslage versetzt nicht nur die schweizerische Abwehrklägerin betreffend ihre rechtlichen Vorkehrungen in Unsicherheit, sondern schafft zudem Anreize für die gegnerische Partei, die Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten einer abredewidrigen Klage vor einem U.S.-amerikanischen Gericht zu verletzen. Dass ein stärkerer Schutz der Parteiautonomie mittelfristig auch bei der Gerichtsstandsvereinbarung das Ziel sein muss, darf wohl als unbestritten gelten.

Bei diesbezüglichen Absichten steht das HGÜ im Vordergrund. Dieses Übereinkommen sieht international vereinheitlichte Regeln im Bereich von Gerichtsstandsvereinbarungen in Zivil- und Handelssachen

³²⁶ Siehe zu diesen Begriffen und weiteren Folgen ANTONO (FN 4), 189 ff.; DEBUSSCHERE/KLETT (FN 32), 278 ff.; SCHÜTZE (FN 141), 579 ff.; SIEHR (FN 101), 225; TEITZ (FN 202), 10; TEPPER/CHRISTOPHERY (FN 325), 790 f.

³²⁷ So haben die englischen Gerichte bis zu *Turner v. Grovit* die Wirkung der *anti-suit injunction* sichergestellt, obwohl Letztere wohl gegen den *Ordre public* der meisten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen verstösst.

³²⁸ Vgl. vorne FN 317.

vor. Die USA haben das Übereinkommen am 19.1.2009 unterzeichnet, eine Ratifikation steht jedoch noch aus. Weiter haben 32 europäische Staaten – inklusive Deutschland – sowie China, Mexiko und Singapur das Übereinkommen unterzeichnet.³²⁹ Die Schweiz ist dem Übereinkommen nicht beigetreten und konkrete Absichten bestehen aktuell auch nicht.³³⁰

Das HGÜ ist vielversprechend, weil es eine strenge Berücksichtigung der Derogationswirkung der ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarungen vorsieht.³³¹ Dadurch würden U.S.-amerikanische prozessuale Besonderheiten wie ermessensbasierte uneinheitliche Prüfungsstandards oder die *forum non conveniens*-Doktrin zumindest im Anwendungsbereich des HGÜ weitgehend verdrängt.³³² Die Durchsetzung einer ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarung im U.S.-amerikanischen *forum derogatum* wäre nach dem HGÜ wohl weitgehend unproblematisch. Das HGÜ wäre damit ein ebenbürtiges Pendant zum NYÜ. Sachliche Gründe, weshalb die Schweiz dem Abkommen nicht beitreten sollte, sind nicht ersichtlich.³³³

Von dieser Rechtsharmonisierung würden insbesondere kleinere und mittlere Unternehmen profitieren, da diese die Kosten eines Kampfes um den Forumstaat besonders belasten (und welche aus verschiedensten Gründen nicht auf die Schiedsgerichtsbarkeit zurück-

greifen möchten).³³⁴ Wird zudem der Blickwinkel vom Individuum auf das Ganze erweitert, wird ersichtlich, dass die verbesserte Durchsetzbarkeit von internationalen Gerichtsstandsvereinbarungen – und damit eine erleichterte Prozessführung im internationalen Verhältnis – die Beziehungen der Schweiz zum Ausland und insbesondere zu Drittstaaten zu fördern und den Handelsplatz Schweiz insgesamt zu stärken vermag.

Auch auf der staatlichen Ebene machen aus der Sicht der Schweiz abredewidrig geführte Prozesse im Ausland keinen Sinn, sofern die Entscheide aufgrund des Ordre public im Inland nicht anerkannt werden. Zudem ist eine verbesserte Prozessökonomie, d.h. eine effizientere Prozessführung und damit eine Entlastung der Justizapparate auch aus internationaler Perspektive ein erstrebenswertes Ziel.

³²⁹ Siehe <<https://www.hcch.net/de/instruments/conventions/atus-table/?cid=98>> (Abruf 31.1.2020); vgl. auch HEISER (FN 137), 1030.

³³⁰ Gemäss Auskunft von Herrn Dr. iur. NIKLAUS MEIER, LL.M. (Harvard), Co-Chef Fachbereich Internationales Privatrecht beim Bundesamt für Justiz, ist es allerdings durchaus denkbar, dass der Bundesrat einen möglichen Beitritt zum HGÜ in absehbarer Zukunft überprüfen wird, nachdem im Rahmen der Revisionsarbeiten zur ZPO verschiedene Vernehmlassungsteilnehmende den Beitritt zum HGÜ forderten.

³³¹ Art. 6 des Übereinkommens sieht vor: «Ein Gericht eines Vertragsstaats, der nicht der Staat des vereinbarten Gerichts ist, setzt Verfahren, für die eine ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarung gilt, aus oder weist die Klage als unzulässig ab [...]», ausser bspw. im Falle der Ungültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung, eines offensichtlichen Ordre public-Verstosses oder ähnlichen ausserordentlichen Fällen. Siehe dazu MARTINE STUCKELBERG, Lis Pendens and Forum Non Conveniens at the Hague Conference, Brook. J. Int'l L. 26/2001, 949 ff., 967 ff.

³³² Das Übereinkommen geht aufgrund der Supremacy Clause in Art. VI Cl. 2 U.S. Constitution dem Bundes- sowie gliedstaatlichen Recht vor. Vgl. bspw. Volkswagenwerk Aktiengesellschaft v. Schlunk, 486 U.S. 694, 699 (1988). Siehe generell zum Abkommen GARDNER (FN 139), 442 und zur *forum non conveniens*-Doktrin in diesem Zusammenhang GARDNER (FN 139), 453 und STUCKELBERG (FN 331), 967 ff.

³³³ Siehe zum positiven Ergebnis der Analyse aller Vor- und Nachteile des HGÜ STEFAN REUTER/GERHARD WEGEN, Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen vom 30.6.2005 – Entstehung, Charakteristika, Erfolgchancen, ZVglRWiss 2017, 382 ff., 417, vgl. auch AN TOMO (FN 4), 655. Zu einer Analyse aus U.S.-amerikanischer Sicht HEISER (FN 137), 1013 ff.

³³⁴ Vgl. REUTER/WEGEN (FN 333), 417.