

# SCHWEIZERISCHES PRIVATRECHT

XI/2

Daniel Girsberger (Hrsg.)

## Internationales Privatrecht

Besonderer Teil



Helbing Lichtenhahn Verlag



# Internationales Privatrecht

Besonderer Teil

Band XI  
Zweiter Teilband

Daniel Girsberger (Hrsg.)

Andreas Furrer  
Daniel Girsberger  
Kurt Siehr  
Dirk Trüten

Helbing Lichtenhahn Verlag

Das «Schweizerische Privatrecht» wurde begründet von  
Max Gutzwiller – Hans Hinderling – Arthur Meyer-Hayoz – Hans Merz

Frühere Herausgeber

Roland von Büren – Christoph von Greyerz – Jacques-Michel Grossen –  
Ernst Kramer – Paul Piotet – Roger Secrétan – Werner von Steiger –  
Pierre Tercier – Frank Vischer – Wolfgang Wiegand

*Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek*  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der  
Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind  
im Internet unter <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt.  
Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch,  
elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise  
oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen,  
zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung  
in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf  
deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-3997-4

© 2018 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel  
[www.helbing.ch](http://www.helbing.ch)

## Vorwort

Zehn Jahre nach dem Erscheinen des ersten Bandes zu den Allgemeinen Lehren des IPR ist nun der vorliegende Band zum Besonderen Teil des IPR bereit, man möchte hinzufügen: «endlich!». Allerdings: «Gut Ding will Weil' haben». Es war wie im ersten Band unser besonderes Anliegen, das schweizerische IPR in seinem europäischen und darüber hinausgehenden Gesamtzusammenhang darzustellen. Aufgrund der engen Verflechtung der schweizerischen Wirtschaft und Politik mit der EU ist es für schweizerische Juristinnen und Juristen wichtig, diese Zusammenhänge zu erkennen und für die tägliche Arbeit fruchtbar zu machen.

Aber nicht nur dies: Während das neue schweizerische IPRG in den späten achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts als modern konzipiertes Gesetz weltweit starke Beachtung und Anerkennung gefunden hat, steht seit einigen Jahren das grosse Projekt eines europäischen Kollisionsrechts im Mittelpunkt der Wissenschaft und der Praxis. Dieses ist weit fortgeschritten, aber noch nicht abgeschlossen. Wir sind überzeugt, dass das schweizerische IPR im Lichte dieser Entwicklungen überprüft, hinterfragt und ausgelegt werden muss. Neben der Darstellung des Status Quo der beiden Rechtsordnungen war es uns ein Anliegen, hier einen Beitrag zu leisten. Wir sind dankbar, dass wir zur Bewältigung dieser anspruchsvollen Aufgabe Herrn PD Dr. Dirk Trüten beiziehen konnten, der 2016 seine Habilitationsschrift zum europäischen IPR veröffentlicht hatte, und wir damit auf einer grundlegenden Vorarbeit aufbauen konnten.

Unser Dank gilt ausserdem Frau stud. iur. Hanna Schlegel für die wertvolle Unterstützung bei den Formalien sowie den Damen und Herren des Helbing Lichtenhahn Verlags, allen voran Frau Veronica Rohrer.

Für Hinweise auf Unterlassungen und Fehler sind wir wie stets dankbar.

Luzern/Zürich/Hamburg im Mai 2018

Die Autoren



# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Autorenverzeichnis . . . . .	XI
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XIII
Allgemeines Literaturverzeichnis . . . . .	XXXIII
Materialien . . . . .	XXXIX
 <b>Erstes Kapitel: Einleitende Bemerkungen</b> . . . . .	 1
Inhaltsverzeichnis . . . . .	3
§ 1 Allgemeines . . . . .	3
§ 2 Methodik . . . . .	6
§ 3 Internationales Wirtschaftsrecht . . . . .	7
§ 4 Internationales Personen-, Familien- und Erbrecht . . . . .	10
§ 5 Internationales Zivilverfahrensrecht . . . . .	11
 <b>Zweites Kapitel: Natürliche Personen</b> . . . . .	 13
Inhaltsverzeichnis . . . . .	15
Literatur . . . . .	19
§ 1 Personalstatut natürlicher Personen . . . . .	21
§ 2 Rechts- und Handlungsfähigkeit, Geschlecht . . . . .	34
§ 3 Name . . . . .	41
§ 4 Erwachsenenschutz . . . . .	53
§ 5 Verschollenheit . . . . .	61
 <b>Drittes Kapitel: Familienrecht</b> . . . . .	 65
Inhaltsverzeichnis . . . . .	67
§ 1 Eheschliessung . . . . .	72
§ 2 Wirkungen der Ehe im Allgemeinen . . . . .	89
§ 3 Güterrecht von Eheleuten . . . . .	105
§ 4 Auflösung der Ehe . . . . .	116
§ 5 Partnerschaften . . . . .	127
§ 6 Kindesrecht . . . . .	140
 <b>Viertes Kapitel: Internationales Erbrecht</b> . . . . .	 151
Inhaltsverzeichnis . . . . .	153
Literatur . . . . .	155
§ 1 Grundproblematik . . . . .	157
§ 2 Rechtsquellen . . . . .	158
§ 3 Europäische Union . . . . .	159
§ 4 Schweiz . . . . .	173
§ 5 Fazit/Ausblick . . . . .	186

<b>Fünftes Kapitel: Sachenrecht</b> . . . . .	189
Inhaltsverzeichnis . . . . .	191
Literatur . . . . .	193
§ 1 Grundproblematik . . . . .	195
§ 2 Rechtsquellen . . . . .	196
§ 3 Europäische Union . . . . .	196
§ 4 Schweiz . . . . .	200
§ 5 Fazit . . . . .	224
 <b>Sechstes Kapitel: Immaterialgüterrecht</b> . . . . .	227
Inhaltsverzeichnis . . . . .	229
Literatur . . . . .	231
§ 1 Grundproblematik . . . . .	234
§ 2 Rechtsquellen . . . . .	237
§ 3 Europäische Union . . . . .	238
§ 4 Private Regelwerke . . . . .	247
§ 5 Schweiz . . . . .	248
§ 6 Fazit . . . . .	277
 <b>Siebtens Kapitel: Vertragsrecht</b> . . . . .	279
Inhaltsverzeichnis . . . . .	281
Literatur . . . . .	285
§ 1 Grundproblematik . . . . .	293
§ 2 Rechtsquellen . . . . .	295
§ 3 Europäische Union . . . . .	295
§ 4 Schweiz . . . . .	311
§ 5 Fazit . . . . .	366
 <b>Achtes Kapitel: Ungerechtfertigte Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag</b> . . . . .	369
Inhaltsverzeichnis . . . . .	371
Literatur . . . . .	373
§ 1 Ungerechtfertigte Bereicherung . . . . .	375
§ 2 Geschäftsführung ohne Auftrag . . . . .	396
§ 3 Fazit . . . . .	404
 <b>Neuntes Kapitel: Unerlaubte Handlung</b> . . . . .	405
Inhaltsverzeichnis . . . . .	407
Literatur . . . . .	409
§ 1 Grundproblematik . . . . .	411
§ 2 Rechtsquellen . . . . .	412
§ 3 Europäische Union . . . . .	412
§ 4 Schweiz . . . . .	423
§ 5 Fazit . . . . .	451



<b>Zehntes Kapitel: Allgemeines Schuldrecht</b> . . . . .	453
Inhaltsverzeichnis . . . . .	455
Literatur . . . . .	457
§ 1 Grundproblematik . . . . .	461
§ 2 Rechtsquellen . . . . .	462
§ 3 Europäische Union . . . . .	462
§ 4 Schweiz . . . . .	471
§ 5 Fazit . . . . .	503
 <b>Elftes Kapitel: Trusts</b> . . . . .	505
Inhaltsverzeichnis . . . . .	507
Literatur . . . . .	509
§ 1 Grundproblematik . . . . .	510
§ 2 Rechtsquellen . . . . .	518
§ 3 Europäische Union . . . . .	519
§ 4 Schweiz . . . . .	521
§ 5 Fazit . . . . .	533
 <b>Zwölftes Kapitel: Gesellschaftsrecht</b> . . . . .	535
Inhaltsverzeichnis . . . . .	537
Literatur . . . . .	539
§ 1 Grundproblematik . . . . .	543
§ 2 Rechtsquellen . . . . .	549
§ 3 Europäische Union . . . . .	549
§ 4 Schweiz . . . . .	556
§ 5 Fazit . . . . .	591
 <b>Dreizehntes Kapitel: Internationales Insolvenzrecht</b> . . . . .	593
Inhaltsverzeichnis . . . . .	595
Literatur . . . . .	599
§ 1 Übersicht . . . . .	605
§ 2 Rechtsquellen . . . . .	610
§ 3 Grundproblematik . . . . .	610
§ 4 Schweiz . . . . .	615
§ 5 Die EuInsVO aus Sicht der Schweiz . . . . .	641
§ 6 Fazit . . . . .	655
 Sachregister . . . . .	657



- MÜLLER-GRAFF, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in der Lisboner Reform, EuR 2009 (Beiheft 1), 105
- NADELMANN, Conflict of Laws, in: International and Interstate, Selected Essays, Den Haag 1972, 99 ff.
- NABHOLZ, L'état civil et le droit international privé, ZZW 1987, 148
- OTHENIN-GIRARD, Nationalité multiple et apatridie: Conflits positifs et négatifs de nationalités en droit international privé suisse (art. 23 et 24 LDIP), AJP 2000, 1498
- SCHAUB, Kollisionsrechtliche Probleme bei Vorsorgevollmachten, IPRax 2016, 207
- STURM, Ineinandergreifen von IPR und Staatsangehörigkeit, in: Martinek/Schmidt/Wadle (Hrsg.), Festschrift für Günther Jahr zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1993, 497
- VISCHER, Status und Wirkung aus der Sicht des schweizerischen IPR, in: Dieckmann (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, Baden-Baden 1986, 661
- VON OVERBECK, Persons, Int.Enc.Comp.L., Bd. III Kap. 15 (1972)
- WESTENBERG, Staatsangehörigkeit im schweizerischen IPRG, Zürich 1992

## § 1 Personalstatut natürlicher Personen

### I. Grundproblematik

#### 1. Begriff des Personalstatuts

Mit dem Begriff «Personalstatut» wird im IPR dasjenige Recht bezeichnet, das die persönlichen Verhältnisse einer Person regelt. «Statut» hat also nichts mit «Status» oder Zivilstand zu tun, sondern der Begriff leitet sich aus der historischen Einteilung in *statutum personale*, *statutum reale* und *statutum mixtum* ab, also aus der Einteilung der Gesetze, die entweder personal, real oder gemischt angeknüpft wurden.<sup>9</sup> Diese Statutentheorie ist überwunden, der Name «Personalstatut» jedoch geblieben. 36

Das österreichische IPR-Gesetz regelt in seinem § 9 das «Personalstatut einer natürlichen Person». Dort heisst es in Abs. 1 Satz 1: «Das Personalstatut einer natürlichen Person ist das Recht des Staates, dem die Person angehört». Im Folgenden wird bestimmt, welches das Personalstatut für Mehrstaater ist, für Staatenlose und für Flüchtlinge. Bei personalen Anknüpfungen im besonderen Teil des IPR-Gesetzes wird dann nur noch das Personalstatut berufen. Für die Schweiz behandeln die Art. 33 ff. IPRG diese Fragen. 37

#### 2. Staatsangehörigkeits- oder Wohnsitzprinzip

Eine der Hauptdifferenzen im IPR ist es, welcher Anknüpfungspunkt im Verweisungsrecht des internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts massgebend sein soll: die Staatsangehörigkeit, der Wohnsitz (*domicile*) oder der gewöhnliche Aufenthalt (*résidence habituelle*, *habitual residence*) einer Person. Manchmal begegnet man auch 38

---

9 NEUMEYER, 1 ff.

Mischformen, bei denen zwischen Inländern (für sie wird an die Staatsangehörigkeit angeknüpft) und Ausländern (für sie gilt das Wohnsitzprinzip) unterschieden wird,<sup>10</sup> oder die ein Wahlrecht zwischen Heimatrecht und Wohnsitzrecht gewähren.<sup>11</sup> Es können, grob gesehen, vier verschiedene Entwicklungsstufen unterschieden werden: altes IPR bis ca. 1865, von 1865 bis ca. 1956, von 1956 bis 1997 und dann die Zeit danach.

a) *Altes IPR*

- 39 Das IPR vor 1865 knüpfte vorwiegend an den Wohnsitz einer Person an. Das galt in Bayern nach dem Codex Maximilianeus Bavaricus Theil 3, cap. 12 § 1 (1756), in Preussen nach dem Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten (A.L.R.) Einl. § 23 (1794), in Frankreich nach Art. 3 Code civil (1804), in Österreich nach § 34 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) a.F. (1811) und im Kanton Zürich nach § 1 des Zivilgesetzbuches (1854).<sup>12</sup> Auch die Wissenschaft sprach sich zugunsten des Wohnsitzes aus.<sup>13</sup>
- 40 Die Erklärung hierfür ist einfach. Das Staatsangehörigkeitsrecht war noch nicht ausgebildet und mit Heimat wurde der Geburtsort (*lieu d'origine*) einer Person bezeichnet. Ausserdem war der Wohnsitz von Fremden leichter zu bestimmen.

b) *1865 bis ca. 1956*

- 41 Im Jahr 1865 trat der italienische Codice civile in Kraft, dessen Einleitungsartikel (Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale) auch das internationale Privatrecht enthielten.<sup>14</sup> Diese Kollisionsnormen, weitgehend beeinflusst vom damaligen Parlamentsabgeordneten und Professor für «diritto internazionale» Pasquale Stanislao Mancini (1817–1888), bekannten sich im Anschluss an Mancinis Turiner Vorlesung von 1851<sup>15</sup> zum System der «nazionalità» und knüpften an die Staatsangehörigkeit einer Person an.<sup>16</sup> Als Mancini etwas später in seinem Vortrag von 1874 vor dem *Institut de Droit international* die internationale Vereinheitlichung des IPR durch Staatsverträge auf der Grundlage des Staatsangehörigkeitsprinzips vorgeschlagen hatte,<sup>17</sup> folgten dem zahlreiche Nationalstaaten (z.B. Spanien 1889, Deutschland 1896, Japan 1898, Griechenland 1940/46 und Italien 1942) sowie die 1893 gegründete Haager Konferenz für Internationales Privatrecht. Ihre ersten Konventionen zum Personen- und Familienrecht knüpften an die Staatsangehörigkeit an.<sup>18</sup>

---

10 Vgl. etwa Art. 14 und 15 Código civil von Chile (1855) und hierzu SAMTLEBEN, *RabelsZ* 35 (1971), 77 ff.; DERS., *Rechtspraxis*, 344–369, insbes. 350 ff.

11 Vgl. Art. 37 Abs. 2, 52 Abs. 2 und 90 Abs. 2 IPRG zum Namensrecht, Ehegüterrecht und Erbstatut von Ausländern.

12 Vgl. MEILI, 10, 12, 16, 26 und 52.

13 SAVIGNY, *System* VIII, 95 ff.

14 MEILI, 29 ff.

15 JAYME, Pasquale Stanislao Mancini, 19 ff.

16 JAYME, Pasquale Stanislao Mancini, 7 f.

17 MANCINI, *Clunet* 1 (1874), 285 ff.; ebenfalls bei: JAYME, 123 ff.

18 FISCHER, *RabelsZ* 57 (1993), 1 ff.; GUTZWILLER, *SJIR* 2 (1945), 59 ff.; SIEHR, *The Hague Conference*, 132 ff. = *Neth.Int.L.Rev.* 40 (1993), 132 ff.

In der Schweiz war die Situation anders. Das NAG von 1891 sollte nach der Vereinheitlichung des Obligationenrechts im OR von 1881 v.a. *interkantonale* Konflikte auf dem Gebiet des Zivilrechts lösen und knüpfte deshalb an den Wohnsitz einer Person an.<sup>19</sup> Das IPR war nur teilweise geregelt, und zwar – wegen des Fehlens eines internationalen Obligationenrechts – unvollständig.<sup>20</sup> 42

Die am 25. September 1950 in Bern gegründete Internationale Kommission für das Zivilstandswesen (*Commission Internationale de l'État Civil*; CIEC)<sup>21</sup>, der die Schweiz sogleich beigetreten ist, hat sich jedoch hauptsächlich mit dem formalen Zivilstandswesen beschäftigt und nur sporadisch auch IPR-Konventionen ausgearbeitet.<sup>22</sup> Diese IPR-Konventionen hat die Schweiz nie ratifiziert und deswegen ihr Domizilprinzip auch insofern nicht aufgegeben. 43

#### c) 1956 bis 1997

Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs nahm die Haager Konferenz ihre Sitzungen im Vierjahres-Rhythmus wieder auf und bekannte sich zunehmend zum Prinzip des gewöhnlichen Aufenthalts (*résidence habituelle, habitual residence*). Eine Konvention zur Versöhnung des Staatsangehörigkeits- und Wohnsitzprinzips hatte keinen Erfolg.<sup>23</sup> Dafür kam das Prinzip des gewöhnlichen Aufenthalts v.a. im Kindschaftsrecht zum Ausdruck, aber später auch im Ehe- und Erbrecht.<sup>24</sup> Im Jahr 1964 wurden auch die USA Mitglied der Haager Konferenz,<sup>25</sup> was die Anhänger des Aufenthaltsprinzips stärkte. 44

Trotz dieser eindeutigen Tendenz bei der Haager Konferenz bleiben die meisten Kodifikationen des Kontinents beim Staatsangehörigkeitsprinzip. Das gilt zunächst für Ost- und Mitteleuropa,<sup>26</sup> aber z.B. auch für Portugal (1966/67), Österreich (1978), die Türkei (1982), die Bundesrepublik Deutschland (1986), Italien (1995) und Belgien (2004), nicht jedoch für die Schweiz (1987), die beim Wohnsitzprinzip blieb und nur hilfs- oder wahlweise das Heimatrecht beruft. 45

#### d) Seit 1997

Seit dem Vertrag von Amsterdam vom 2. Oktober 1997 ist die Zuständigkeit der Europäischen Union mit dem Ergebnis erweitert worden, dass die EU Massnahmen zur justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen «zum schrittweisen Aufbau eines Raums 46

19 Bundesgesetz vom 25.7.1891 betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (NAG), BS 2737.

20 Vgl. Art. 28 ff. NAG und die mit Wirkung ab 1.1.1912 eingefügten Art. 7a–7i NAG.

21 SR 0.203.

22 SIEHR, CIEC, 899.

23 Vgl. die sog. Renvoi-Konvention: Convention du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile, Recueil Nr. 6; hierzu SAUSER-HALL, SJIR 8 (1951), 113 ff. und 137 ff.

24 Vgl. Art. 1 HUntÜ (1956); Art. 1 und 2 MSA; Art. 4 HUntÜ; Art. 4HGüterÜ; Art. 3 (1) und (2) des Haager Erbrechts-Übereinkommens von 1989; Art. 5 und 15 HKsÜ; Art. 5 und 13 HEsÜ und Art. 3 des Haager Protokolls von 2007 zum Unterhalt.

25 NADELMANN, Law and Contemporary Problems 30 (1965), 304 ff.; DERS., ZZW 1998, 114 ff.

26 KORKISCH, RabelsZ 32 (1968), 605 ff.

der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts» erlassen kann.<sup>27</sup> Seitdem erlässt sie Verordnungen zum IZPR, nimmt aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes die Zuständigkeit für den Abschluss des Lugano II-Übereinkommens in Anspruch<sup>28</sup>, ist der Haager Konferenz im Jahr 2007 beigetreten<sup>29</sup> und ist weiterhin auch auf dem Gebiet des IPR aktiv.

- 47 In der EU gilt das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.<sup>30</sup> Dieses Verbot bedeutet nach verbreiteter Meinung für das IPR, dass eine primäre und ausschliessliche Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit unzulässig ist.<sup>31</sup>

#### e) *Résumé*

- 48 Zusammenfassend lässt sich heute sagen, dass das Staatsangehörigkeitsprinzip nur noch subsidiär und wahlweise gilt. Als Anknüpfungsmerkmal für das Personalstatut dominiert gegenwärtig der Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt einer Person.

## II. Rechtsquellen

49		Recht der Europäischen Union	Recht der Schweiz
	Gemeinsame Quellen	–	–
	Nicht gemeinsame Quellen	nationales IPR	Art. 20, 22–24 IPRG

## III. Europäische Union

- 50 Auf dem Gebiet des Personalstatuts liegt bislang noch kein spezifischer Rechtsakt der EU vor. Wo jedoch im Unterhalts-, Vertrags- und Deliktsrecht das Personalstatut eines oder beider Beteiligten berufen wird, wird an den gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft (Art. 15 EuUnthVO<sup>32</sup> i.V.m. Art. 3 Haager Unterhaltsprotokoll von 2007; Art. 3 ff. Rom I-VO<sup>33</sup>, Art. 4 Abs. 2 Rom II-VO<sup>34</sup>). Auch Art. 8 Rom III-VO<sup>35</sup>, Art. 21

27 JAYME/KOHLER, IPRax 17 (1997), 385; KOHLER, 3 ff.

28 EuGH, Gutachten 1/03, ECLI:EU:C:2006:81, in: Pocar (Hrsg.), The External Competence of the European Union and Private International Law, Padua 2007, 141 ff.

29 Beschluss des Rates vom 5.10.2006 über den Beitritt der Gemeinschaft zur Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, ABl. Nr. L 297 vom 26.10.2006, 1; hierzu BASEDOW, 463 ff.; WAGNER, RabelsZ 73 (2009), 215 ff.

30 Art. 18 Abs. 1 AEUV.

31 So bereits DROBNIG, RabelsZ 34 (1970), 636 ff.; TROGE, 297 ff.

32 Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18.12.2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, ABl. Nr. L 7 vom 10.1.2009, 1.

33 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht («Rom I-VO»), ABl. Nr. L 177 vom 4.7.2008, 6.

34 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 vom 11.7.2007 über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht («Rom II-VO»), ABl. Nr. L 199 vom 31.7.2007, 40.

35 Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20.12.2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts («Rom III-VO»), ABl. Nr. L 343 vom 29.12.2010, 10.

	Note
aa) Auflösung . . . . .	427
bb) Nebenfolgen . . . . .	428
c) Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen . . . . .	429
V.    Andere Partnerschaften . . . . .	430
1. Überblick . . . . .	430
2. Anerkennung . . . . .	431
3. Wirkungen . . . . .	433
4. Auflösung von Partnerschaften . . . . .	435
VI. Konflikte . . . . .	436
VII. Ausblick . . . . .	437
§ 6 Kindesrecht . . . . .	438
I. Rechtsquellen . . . . .	438
II. Abstammung . . . . .	439
1. Europäische Union . . . . .	439
2. Schweiz . . . . .	440
a) Internationale Zuständigkeit . . . . .	440
b) Anwendbares Recht . . . . .	442
c) Anerkennung ausländischer Entscheidungen . . . . .	444
III. Anerkennung . . . . .	446
1. Europäische Union . . . . .	446
2. Schweiz . . . . .	447
a) Zuständigkeit . . . . .	447
b) Anwendbares Recht . . . . .	448
c) Anerkennung ausländischer Anerkennungen und Legitimationen . . . . .	450
IV. Adoption . . . . .	452
1. Europäische Union . . . . .	453
2. Schweiz . . . . .	454
a) Internationale Zuständigkeit . . . . .	456
b) Anwendbares Recht und Zusammenarbeit . . . . .	458
c) Anerkennung ausländischer Adoptionen . . . . .	461
aa) Voraussetzungen . . . . .	462
bb) Wirkungen . . . . .	463
cc) Ersetzung . . . . .	464
V. Wirkungen des Kindesverhältnisses . . . . .	465
1. Europäische Union . . . . .	465
a) Unterhalt . . . . .	467
b) Schutz Minderjähriger . . . . .	468
c) Übrige Wirkungen eines Kindesverhältnisses . . . . .	469
2. Schweiz . . . . .	470
a) Unterhalt . . . . .	471
aa) Zuständigkeit . . . . .	471
bb) Anwendbares Recht . . . . .	472
cc) Anerkennung und Vollstreckung . . . . .	473

	Note
b) Kindesschutz . . . . .	474
aa) Kindesschutz im Allgemeinen . . . . .	474
bb) Kindesentführung . . . . .	475
c) Übrige Wirkungen eines Kindesverhältnisses . . . . .	476
VI. Konflikte . . . . .	477

## § 1 Eheschliessung

**Literatur** BÜCHLER (Hrsg.), Eingetragene Partnerschaft, Bern 2007; COESTER-WALTJEN/COESTER, Polygame Verbindungen und deutsches Recht, FamRZ 2016, 1618; DETHLOFF/MASCHWITZ, Ehemündigkeit in Europa. Ein Beitrag zur Entwicklung gemeineuropäischer Prinzipien, StAZ 2010, 162; DUTOIT, La treizième session de la Conférence de La Haye de droit international privé sous le signe du droit de la famille, Riv.dir.int.priv.proc. 14 (1978), 44; FUCHS, Die sogenannten Siebenbürgischen Ehen und andere Arten der Wiederverhehlichung geschiedener österreichischer Katholiken, Wien 1889; HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, 3. Aufl., Bern 1993; HUMMER, Der Bann ist gebrochen: Die ersten Ermächtigungen zur «verstärkten Zusammenarbeit» in der EU, EuZ 2011, 78; JAYME/HAUSMANN, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, Textausgabe, 18. Aufl., München 2016; MANKOWSKY, Verlöbnisbruch, Rückforderung von Geschenken und konkurrierende Deliktsansprüche im Internationalen Privat- und Prozessrecht, IPRax 1997, 173; MEILI/MAMELOK, Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht auf Grund der Haager Konventionen, Zürich 1911; SAMTLEBEN, Rechtspraxis und Rechtskultur in Brasilien und Lateinamerika, Aachen 2010; SIEGENTHALER, Heirat im Überschallknall und andere originelle Einfälle, ZZW 1998, 185; SIEHR, Günstigkeit- und Garantieprinzip, in: Meier et al. (Hrsg.), Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, 409; ZIEGLER/BERTSCHI/CURCHOD/HERZ/MONTINI (Hrsg.), Recht der Lesben und Schwulen in der Schweiz, Bern 2007 (zit. Ziegler et al.-AUTOR/IN)

**Weiterführende Literatur** ALDEEB, Gemischte Ehen zwischen Schweizern und muslimischen Ausländern, Herausforderungen angesichts von Normenkonflikten, ZZW 1996, 269, 305 und separat Lausanne 1996; DERS., Le droit international privé suisse face aux systèmes des pays arabes et musulmans, SZIER 1992, 33; DERS., Ehen zwischen schweizerischen und muslimischen Partnern: Konflikte erkennen und ihnen vorbeugen, 3. Aufl., Lausanne 1998; DERS., Mariages entre partenaires Suisses et musulmans: Connaître et prévenir les conflits, 3. Aufl., Dornigny 1998; ALDEEB/BONOMI (Hrsg.), Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux. Étude de droit comparé sur les aspects de droit international privé liés à l'immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse, Zürich 1999; ANCEL/LEQUETTE (Hrsg.), Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5. Aufl., Paris 2006; ANDRAE, Internationales Familienrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2014; DERS., Nachehelicher Unterhalt bezogen auf eine gescheiterte deutsch-schweizerische Ehe, IPRax 2014, 326; ANGEL, Die internationale Konventionen im Bereich des Personen-, des Familien-, des Zivilstands- und des Staatsangehörigkeitsrechts, ZZW 1995, 52 ff., 82; VON BAR, Die eherechtlichen Konventionen der Haager Konferenz(en), RabelsZ 57 (1993), 64; CASTELLI, Die Arbeit der schweizerischen diplomatischen und konsularischen Vertretungen im Ausland im Bereich des Zivilstandswesens, ZZW 1990, 359; COESTER-WALTJEN, Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht, IPRax 2006, 392; COESTER-WALTJEN/COESTER, Formation of marriage, Int.Enc.Comp.L. III, ch. 3 (1997); DÖBEREINER, Der Kommissionsvorschlag für das internationale Ehegüterrecht, MittBayNot 2011, 463; DUBLER, Les clauses d'exception en droit international privé, Genf 1983; DUTOIT, Das neue Internationale Familienrecht der Schweiz, Kapitel I: Ehe und Scheidung, SJK 942 (1990); DUTTA/HEPTING, Familie und Personenstand, ein Handbuch zum deutschen und internationalen Privatrecht, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 2015; FERRARI, Accord italo-suisse du 1er octobre 1968 sur l'échange des actes de l'état civil et les formalités de mariage:



problèmes pratiques actuels, ZZW 1998, 195; FLAUSS-DIEM/FAURÉ (Hrsg.), Du Pacs aux nouvelles conjugalités: où en est l'Europe?, Mayenne 2005; FRUCHT, Der Pacte civil de solidarité im französischen und deutschen internationalen Privatrecht, München 2005; GERVASONI, Matrimonio civile in Svizzera e successivo matrimonio religioso (concordatario) in Italia, ZZW 1996, 171; DERS., Un altro caso originale che merita citazione, ZZW 1999, 27; GRAHAM-SIEGENTHALER, International Marriage and Divorce Regulation and Recognition in Switzerland, Family Law Quarterly 1995, 685; GUILLAUME/ARN (Hrsg.), Cohabitation non maritale. Evolution récente en droit suisse et étranger, Genf 2000; HASENBÖHLER, Das Familien- und Erbrecht des IPRG, in: Das neue Bundesgesetz über das internationale Privatrecht in der praktischen Anwendung, Zürich 1990, 35; HAUSMANN/HOHLOCH (Hrsg.), Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaften, Berlin 1999; HENRICH, Internationales Scheidungsrecht, einschliesslich Scheidungsfolgen, 3. Aufl., Bielefeld 2012; DERS., Internationales Familienrecht, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 2000; HEUSSLER, Italienische Verkündzeugnisse, ZZW 1993, 155; JÄGER, Prüfung der Ehefähigkeit von Ausländer, ZZW 1992, 43; KNOTT, Die fehlerhafte Ehe im internationalen Privatrecht, Berlin 1997; KOTZUR, Kollisionsrechtliche Probleme christlich-islamischer Ehen, Tübingen 1988; LALIVE, La convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et de la reconnaissance de la validité des mariages, SJIR 34 (1978), 31; LAVA, Le mariage vu sous l'angle du droit international privé, ZZW 1999, 152; MARTINY, Die Kommissionsvorschläge für das internationale Güterrecht, IPRax 2011, 437; MEIER, Zwangsheirat. Rechtslage in der Schweiz. Rechtsvergleich mit Deutschland und Österreich, Bern 2010; OTHENIN-GIRARD, Die Eintragung von ausländischen Entscheidungen und Urkunden in die Zivilstandsregister, ZZW 1998, 381; PÄLSSON, Marriage in Comparative Conflict of Laws – Substantive Conditions, Den Haag/Boston/London 1981; PILLEBOUT, Le PACS. Pacte civil de solidarité, 2. Aufl., Paris 2002; SANDOZ, Mariages fictifs: à la frontière du droit et de l'éthique, ZZW 2000, 413; SCHERPE/YASSARI (Hrsg.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften. The Legal Status of Cohabitants, Tübingen 2005; STURM, Das künftige internationale Familienrecht Italiens, in: Gauch/Schmid/Steinauer/Tercier/Werro (Hrsg.), Familie und Recht – Famille et Droit, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg 1995, 761; SUSS/RING (Hrsg.), Eherecht in Europa, 3. Aufl. Bonn 2017; VON BAR, Die eherechtlichen Konventionen der Haager Konferenz(en), RabelsZ 57 (1993), 64; VON OVERBECK, Le droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé, Rev. crit. 77 (1988), 237; WAGNER, Konturen eines Gemeinschaftsinstruments zum internationalen Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung des Grünbuchs der Europäischen Kommission, FamRZ 2009, 269

## I. Grundproblematik

Jährlich werden Tausende von Ehen eingegangen. Viele von ihnen sind Ehen mit Ausländern. Aber auch Inländer hatten in der Vergangenheit Schwierigkeiten mit der *Wiederheirat*, weil ihr Heimatstaat eine Ehescheidung und damit eine neue Ehe verbot. Erinnert sei an die Gräfin Bauffremont, die in Frankreich von Tisch und Bett geschieden war, aber dort nicht wieder heiraten konnte, und die sich 1874 in Sachsen-Altenburg einbürgern sowie dort scheiden liess, um in Berlin den rumänischen Fürsten Bibesco zu heiraten.<sup>146</sup> Zur gleichen Zeit erwirkten katholische Österreicher, die sich in Österreich nicht scheiden lassen konnten, aber wieder heiraten wollten, ihre Entlassung aus dem österreichischen Staatsverband, liessen sich in Ungarn einbürgern und in eine protestantische Gemeinde aufnehmen, damit sie dort von einem Kir-

194

<sup>146</sup> Diese deutsche Ehe wurde in Frankreich für nichtig erklärt: Cass 18.3.1878, Sirey 1878.1.193 und bei ANCEL/LEQUETTE, Nr. 4.

chengericht geschieden werden und in Siebenbürgen (Klausenburg) wieder heiraten konnten.<sup>147</sup>

- 195 Es war also kein Wunder, dass die *Haager Konferenz* für IPR schon Anfang des 20. Jahrhunderts eine Konvention (vom 12. Juni 1902) zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze auf dem Gebiete der Eheschliessung ausgearbeitet hat,<sup>148</sup> die in der Schweiz vom 15. September 1905 bis zum 31. Mai 1974 galt.<sup>149</sup> Dieses Übereinkommen wurde durch das Haager Übereinkommen vom 14. März 1978 über die Eheschliessung und die Anerkennung der Gültigkeit von Eheschliessungen ersetzt,<sup>150</sup> das allerdings die Schweiz nie gezeichnet hat und heute nur zwischen Australien, Luxemburg und den Niederlanden gilt.
- 196 Noch unter dem alten Haager Übereinkommen von 1902 suchten Staatsangehörige von Staaten, die keine Ehescheidung kannten und deshalb das inländische Scheidungsurteil nicht anerkannten und eine Wiederverheiratung ablehnten, ausländische *Heiratsparadiese* auf, heirateten dort nach dem dort geltenden Wohnsitzrecht und beantragten anschliessend im Inland die Registrierung ihrer Ehe.<sup>151</sup> Diesem Spuk bereiteten höchste Gerichte bald ein Ende und entschieden, dass ausländische Parteien, die im Inland geschieden sind, auch im Inland wieder heiraten können, und zwar selbst dann, wenn ihr Heimatrecht die neue Ehe wegen des Ehehindernisses des bestehenden Ehebandes der ersten Ehe nicht anerkennt.<sup>152</sup> Heute wird nur noch deshalb im Ausland geheiratet, weil z.B. im Inland (Israel) lediglich eine religiöse Eheschliessung zulässig ist, man aber weltlich heiraten möchte, oder weil man im Inland keine Doppelhehe eingehen kann, aber nach dem Heimatrecht der Beteiligten (Muslims aus Ägypten, Pakistan oder Saudi-Arabien). Im Übrigen – und dies ist die soziale Änderung<sup>153</sup> – lebt man heute ohne Skandal mit seinem Partner in einer registrierten oder freien Partnerschaft zusammen und erspart sich eine Eheschliessung, sei sie im Inland oder sei sie im Ausland zelebriert.
- 197 International gesehen gibt es im Wesentlichen *zwei Modelle*, das internationale Eheschliessungsrecht zu regeln. Entweder wird die inländische Zuständigkeit für die Eheschliessung bestimmt, die von der zuständigen Stelle dann nach der *lex fori* beurteilt wird, oder die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Eheschliessung werden dem Personalstatut der Brautleute unterworfen und die Form wird separat geregelt. Beispiel für das erste Modell ist die Schweiz (Art. 43–44 IPRG). Für das zweite Modell haben sich u.a. Belgien (Art. 45 Code DIP), Deutschland (Art. 13 EGBGB), Frankreich (Art. 3 Abs. 3 CC), Italien (Art. 27–28 Legge DIP), Liechtenstein (§§ 17–18

147 Vgl. FUCHS, 21 ff.

148 BS 11, 795; ebenfalls bei MEILI/MAMELOK, 373 mit Kommentar auf 73 ff.

149 BS 11, 795 und AS 1972, 1652.

150 Recueil des Convention Nr. 26 = SJIR 34 (1978) 456 mit Aufsatz LALIVE, 31–46. Hierzu auch DUTOIT, Riv.dir.int.priv.proc. 14 (1978), 465 ff.

151 BGE 80 I 427 (Caliaro) und 94 II 65 (Cardo): keine Registrierung einer in Tondern (Dänemark) geschlossenen Ehe; R v. Brentwood Superintendent Registrar of Marriages, [1968] 2 Q.B. 956: keine Wiederheirat in England, weil das Wohnsitzrecht (Schweiz) auf die Eheschliessung anwendbar ist und dieses auf das Heimatrecht des Antragstellers (Italien) verweist und dieses die Wiederverheiratung nach nicht erkannter Scheidung im Ausland nicht zulässt.

152 BVerfG, 4.5.1971, BVerfGE 31, 58 = IPRspr. 1971, Nr. 39 (Spanier-Entscheidung); BGE 97 I 389 (Dal Bosco) und 102 Ib 1 (Paiano).

153 Ziegler et al.-AUBERT, V. ff.; Büchler-ZÜRCHER Rz 50 ff.

IPRG) und Österreich (§ 16 Abs. 1–17 IPR-Gesetz) entschieden. Aber auch das Vereinigte Königreich und die Vereinigten Staaten von Amerika beurteilen die Ehesfähigkeit nach dem Personalstatut der Brautleute.<sup>154</sup>

Ausserdem sei noch die neueste Entwicklung erwähnt: die *Ehe von gleichgeschlechtlichen Partnern*, die es in ca. 20 Staaten (u.a. den drei Benelux-Staaten Belgien, Luxemburg und Niederlande, Frankreich, fünf skandinavischen Staaten [Dänemark, Finnland, Island, Norwegen und Schweden], Spanien, dem Vereinigten Königreich, den USA und in Deutschland<sup>155</sup>) gibt und die im Inland nicht oder nur als eingetragene Partnerschaften anerkannt werden (vgl. z.B. Art. 45 Abs. 3 IPRG). Schliesslich ist noch die Polygamie zu nennen, eine sehr alte Form der Lebensgestaltung, die auch heute noch verbreitet ist und wegen zunehmender Mobilität auch europäische Rechtsordnungen beschäftigt.<sup>156</sup>

## II. Rechtsquellen

	Recht der Europäischen Union	Recht der Schweiz
Gemeinsame Quellen	–	–
Nicht gemeinsame Quellen	nationales IPR	CIEC-Übereinkommen über die Ausstellung von Ehesfähigkeitszeugnissen Niederlassungsabkommen CH-Persien Abkommen mit Deutschland, Österreich und Italien über die Ausstellung von Ehesfähigkeitszeugnissen Art. 43–45a IPRG ZStV

## III. Europäische Union

### 1. Übersicht

In der Europäischen Union gibt es für das internationale Familienrecht fünf Verordnungen:

- Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (EuEheVO oder Brüssel IIa-VO);<sup>157</sup>

<sup>154</sup> Für das U.K. vgl. DICEY/MORRIS/COLLINS, Rule 74 (Rn. 17R-057); für die USA vgl. HAY/BORCHERS/SYMEONIDES, Conflict of Law, 636 f.

<sup>155</sup> Neu seit 1.10.2017.

<sup>156</sup> COESTER/COESTER-WALTJEN, FamRZ 2016, 1618–1627.

<sup>157</sup> ABL Nr. L 338 vom 23.12.2003, 1 = JAYME/HAUSMANN, Nr. 162.

- Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 19. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen (EuUnthVO);<sup>158</sup>
  - Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts (Rom III-VO);<sup>159</sup>
  - Verordnung (EU) Nr. 2016/1103 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterrechts (EuGüVO);<sup>160</sup>
  - Verordnung (EU) Nr. 2016/1104 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften (EuPartVO).<sup>161</sup>
- 201 Die Zuhilfenahme einer Verstärkten Zusammenarbeit (vgl. Art. 20 EUV und Art. 326 ff. AEUV) bei den zuletzt genannten drei Verordnungen zeigt, dass einige Mitgliedstaaten einerseits weiter, andererseits noch nicht so weit sind für eine IPR-Vereinheitlichung im Eherecht oder im Recht eingetragener Partnerschaften.

## 2. Rechtsquellen der EU

- 202 In den vergangenen Jahren hat die Europäische Union die Vereinheitlichung des internationalen Eherechts weit vorangetrieben. Regelt die Brüssel IIa-VO das internationale Zivilverfahrensrecht in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und die EuUnthVO das gesamte Unterhaltsrecht, enthält die Rom III-VO einheitliche Regeln zur Bestimmung des anwendbaren Rechts für die Scheidung bzw. Trennung der Ehe und die EuGüVO sowie die EuPartVO Vorschriften zu den güterrechtlichen Wirkungen einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft. Eine Verordnung zur Eheschliessung fehlt.
- 203 Jedoch regelt die Brüssel IIa-VO nur die Zuständigkeit für die Ungültigerklärung einer Ehe und die Anerkennung ausländischer Ungültigerklärungen. Nach Art. 1 Abs. 2 lit. c Rom III-VO, die das anwendbare Recht auf die Ehescheidung und Ehetrennung regelt, gilt die Rom III-VO ausdrücklich nicht für die Ungültigerklärung einer Ehe. Insoweit gilt also weiterhin nationales IPR.

---

158 ABl. Nr. L 7 vom 10.1.2009, 1 = JAYME/HAUSMANN, Nr. 161.

159 ABl. Nr. L 343 vom 29.12.2010 = JAYME/HAUSMANN, Nr. 34.

160 ABl. Nr. L 183 vom 8.7.2016, 1 = JAYME/HAUSMANN, Nr. 33.

161 ABl. Nr. L 183 vom 8.7.2016, 30 = JAYME/HAUSMANN, Nr. 39.

### 3. Eheschliessung in der EU

Weiterhin gilt auf dem Gebiet der Eheschliessung das nationale IPR der Mitgliedstaaten. In den letzten fünfzig Jahren hat sich das Eheschliessungsrecht in Europa jedoch erheblich gewandelt.<sup>162</sup> Eheverbote sind verschwunden, das Ehehindernis der bestehenden Ehe hat durch Zulassung der Scheidung in allen Mitgliedstaaten der EU (Italien 1970, Spanien 1981 und Irland 1996, Malta 2011) an Bedeutung eingebüsst und Heiratsparadiese wie Tondern (Dänemark) und Gretna Green (Schottland) sind ausgetrocknet. Lediglich bei der Ehe gleichgeschlechtlicher Partner gibt es noch erhebliche Unterschiede (vgl. unten N 226 ff.). Angesichts dieser Situation hat es von der EU bisher keine Vorschläge gegeben, das internationale Recht der Eheschliessung durch Verordnung zu regeln. Die Niederlassungsfreiheit innerhalb der EU wird durch nationales IPR nicht beeinträchtigt. Sollte jedoch einmal auch des Eheschliessungsrecht auf dem Programm der EU stehen, empfiehlt sich die schweizerische Lösung, die zwischen Eheschliessungen im Inland und der Anerkennung ausländischer Eheschliessungen unterscheidet und die schon vorher von der Haager Eheschliessungskonvention von 1978 vertreten wurde. Diese Differenzierung hat sich in der Schweiz bewährt.

Eine Ehe kann gültig, aber scheidbar oder trennbar sein (zur Scheidung und Trennung s. unten N 339 ff.); sie kann ungültig sein, bis ein Gericht sie wegen mangelhafter Eheschliessung (vgl. z.B. Art. 104 ff. ZGB) für ungültig erklärt hat oder sie kann als Nichtehe nichtig sein, weil z.B. ein Verstoss gegen das Gebot der Zivilehe (vgl. Art. 97 Abs. 3 ZGB) verstossen wurde. Nach der Brüssel IIa-VO sind dieselben Gerichte für die Ungültigerklärung einer Ehe zuständig, die auch über eine Ehescheidung zu befinden haben (s. unten N 206 ff.). Das auf die Ungültigerklärung anwendbare Recht bestimmt jedoch das nationale IPR des jeweiligen Forumstaates.

### 4. Ungültigerklärung einer Ehe

#### a) Internationale Zuständigkeit

Die EuEheVO enthält eine umfassende, für alle Mitgliedstaaten der EU mit Ausnahme Dänemarks (Art. 2 Nr. 3 EuEheVO) geltende Regelung über die Zuständigkeit sowie die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen. Sie erfasst sämtliche zivilgerichtlichen Verfahren der Ungültigerklärung von Ehen *ex nunc* oder *ex tunc*<sup>163</sup> und gilt für alle entsprechenden staatlichen Verfahren in den Mitgliedstaaten, gleichgültig ob sie formell vor einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde stattfinden. Kirchliche und private Scheidungen sind dagegen nach Art. 2 Nr. 1 EuEheVO nicht erfasst.<sup>164</sup> Nach h.A. bezieht sich der Begriff der Ehe i.S.v. Art. 1 EuEheVO aus-

<sup>162</sup> Vgl. DETHLOFF/MASCHWITZ, StAZ 2010, 162–173.

<sup>163</sup> Ehescheidung, Trennung ohne Auflösung des Ehebandes und Ungültigerklärung der Ehe; diese Termini sind autonom auszulegen. Die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes betrifft formalisierte Verfahren vor Gerichten oder Behörden, die regelmässig eine Vorstufe zur Scheidung bilden und ein Recht zum Getrenntleben geben, Art. 1 Abs. 1 lit. a EuEheVO.

<sup>164</sup> Im Hinblick auf eine Privatscheidung, die von einer geistlichen Stelle in einem Drittstaat ausgesprochen wurde, vgl. EuGH, Beschluss vom 12.5.2016, Rs. C-281/15, ECLI:EU:C:2016:343.

schliesslich auf verschiedengeschlechtliche Verbindungen. Dementsprechend sind gleichgeschlechtliche Verbindungen vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgeschlossen.<sup>165</sup> Die Verordnung geht in Art. 3 Abs. 1 lit. a und in Art. 8 Abs. 1 EuEheVO von der Zuständigkeit der Gerichte im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts aus. Die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts erfolgt autonom. Nur die örtliche Zuständigkeit beurteilt sich weiterhin nach nationalem Recht. Damit soll der wachsenden Mobilität der Bevölkerung Rechnung getragen und gleichzeitig durch eine Vielzahl von Aufenthaltsanknüpfungen hinreichende Rechtssicherheit geboten werden.<sup>166</sup>

*b) Anwendbares Recht*

- 207 Zwar verfügte die Union bereits früh über ein gemeinsames IZVR im Bereich des internationalen Ehescheidungsrechts. Lange Zeit fehlte es aber an einheitlichen Regeln zur Bestimmung des anwendbaren Rechts für die Scheidung bzw. Trennung der Ehe. Diese «hinkende» Rechtsvereinheitlichung begünstigte das forum shopping, da auch das materielle Scheidungsrecht in Europa nach wie vor auf nationaler Ebene geregelt ist. Daher sah bereits der Wiener Aktionsplan von 1998 den Erlass eines Rechtsaktes innerhalb einer Frist von fünf Jahren vor.<sup>167</sup> Diesem Auftrag kam die Kommission im Jahre 2006 mit ihrem Vorschlag für eine «Rom III»-Verordnung nach<sup>168</sup>, welcher sich jedoch angesichts der unterschiedlichen Grundauffassungen der Mitgliedstaaten als nicht konsensfähig erwies. Vor diesem Hintergrund verzichtete die Union auf ein gemeinsames Vorgehen aller Mitgliedstaaten und verabschiedete im Jahr 2010 die von lediglich 16 Mitgliedstaaten<sup>169</sup> getragene Rom III-VO im Rahmen des Verfahrens der Verstärkten Zusammenarbeit<sup>170</sup>. Auf diese Weise wurde das geltende IZVR in Gestalt der EuEheVO nicht angetastet.
- 208 Die Rom III-VO gilt nach ihrem Art. 1 Abs. 1 nur für Sachverhalte mit Auslandsbezug, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen. Dies ist bspw. der Fall, wenn die Eheleute nicht dieselbe Staatsangehörigkeit besitzen, in verschiedenen Mitgliedstaaten leben oder wenn mindestens ein Ehegatte nicht die Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaats besitzt, in dem das Ehepaar lebt. Die Verordnung betrifft nach Art. 1 Abs. 1 Rom III-VO die Ehescheidung und die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes. Nicht betroffen sind dagegen nach Art. 1 Abs. 2 lit. c

<sup>165</sup> RAUSCHER-RAUSCHER, Art. 1 Brüssel IIa-VO N 6.

<sup>166</sup> BORRÁS, Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen aufgrund von Artikel K. 3 des Vertrags über die Europäische Union über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Ehesachen, ABl. Nr. C 221 vom 16. 7. 1998, Rz 27.

<sup>167</sup> Vgl. bereits den Wiener Aktionsplan Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. Nr. C 19 vom 23. 1. 1999, Rz 41.

<sup>168</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 im Hinblick auf die Zuständigkeit in Ehesachen und zur Einführung von Vorschriften betreffend das anwendbare Recht in diesem Bereich, KOM (2006) 399 endg. vom 17. 7. 2006.

<sup>169</sup> Folgende Staaten nehmen teil: Belgien, Bulgarien, Deutschland, Frankreich, Griechenland, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Österreich, Portugal, Rumänien, Slowenien, Spanien und Ungarn.

<sup>170</sup> Art. 20 EUV sowie Art. 326 ff. AEUV; vgl. dazu HUMMER, EuZ 2011, 79.

Rom III-VO die Verfahren zur Ungültigerklärung einer Ehe. Hier gilt nach wie vor das nationale IPR. Auf die Ungültigerklärung gilt nach den wohl meisten nationalen Rechtsordnungen das Recht, das auf die Eheschliessung anwendbar ist (vgl. ausdrücklich z.B. § 17 Abs. 1 österr. IPRG; Art. 214 Abs. 1 rumän. IPRG).

*c) Anerkennung von Entscheidungen aus Mitgliedstaaten*

Die Regelungen der EuEheVO über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und über die elterliche Verantwortung sind grundsätzlich denjenigen der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 nachgebildet, enthalten also auch (noch) Vorschriften über das Exequaturverfahren (vgl. Art. 21 ff. und 28 ff. EuEheVO). Neben Entscheidungen sind auch öffentliche Urkunden, die in einem Mitgliedstaat aufgenommen und vollstreckbar sind, sowie Vereinbarungen zwischen den Parteien, die im Ursprungsmitgliedstaat vollstreckbar sind, nach Art. 46 EuEheVO der Anerkennung und Vollstreckung zugänglich. Soweit Ungültigerklärungen aus Drittstaaten vorliegen, erfolgt die Anerkennung nach autonomem nationalen Anerkennungsrecht. 209

## **IV. Schweiz**

### **1. Rechtsquellen in der Schweiz**

Das internationale Recht der Eheschliessung ist in der Schweiz fast ausschliesslich nationales IPR. Es gelten: 210

- Niederlassungsabkommen vom 25. April 1934 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Kaiserreich Persien<sup>171</sup> für die Eheschliessung von ausschliesslich iranischen Brautleuten;
- CIEC-Übereinkommen vom 5. September 1980 über die Ausstellung von Ehefähigkeitszeugnissen;<sup>172</sup>
- bilaterale Abkommen mit Deutschland, Österreich und Italien über die Ausstellung von Ehefähigkeitszeugnissen;<sup>173</sup>
- Art. 43–45a IPRG;
- Zivilstandsverordnung (ZStV) vom 28. April 2004.<sup>174</sup>

### **2. Eheschliessung im Inland**

Die Schweiz, ein Land mit obligatorischer Zivilehe (Art. 97 Abs. 3 ZGB), regelt zunächst die Zuständigkeit inländischer Behörden (Art. 43 IPRG) und bestimmt dann das anwendbare Recht (Art. 44 IPRG). 211

---

171 SR 0.142.114.362.

172 SR 0.211.112.15.

173 SR 0.211.112.413.6, 0.211.112.416.3 und 0.211.112.445.4.

174 SR 211.112.2.

*a) Zuständigkeit: Art. 43 IPRG*

*aa) Regel: Art. 43 Abs. 1 IPRG*

- 212 Nach Art. 43 Abs. 1 IPRG sind die schweizerischen Behörden für eine Eheschliessung zuständig, wenn die Braut oder der Bräutigam in der Schweiz Wohnsitz hat oder das Schweizer Bürgerrecht besitzt. Das örtlich zuständige schweizerische Zivilstandsamt bestimmt der Art. 62 ZStV. Dieses Zivilstandsamt führt das Vorbereitungsverfahren durch, und zwar in aller Regel unter Zugrundelegung der schweizerischen lex fori (s. unten N 216 ff.).

*bb) Ausnahme: Art. 43 Abs. 2 IPRG*

- 213 Ausnahmsweise kann auch Ausländern ohne Wohnsitz in der Schweiz (z.B. nicht Asylbewerber ohne rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz: Art. 98 Abs. 4 ZGB) die Eheschliessung in der Schweiz nach Art. 43 Abs. 2 IPRG bewilligt werden, wenn die inländische Eheschliessung im Wohnsitz- oder Heimatstaat beider Brautleute anerkannt wird. Dafür müssen sie Eheanerkennungserklärungen dieser Staaten vorlegen (Art. 73 Abs. 2 lit. a ZStV). Dieses Erfordernis ist notwendig, um hinkende Ehen (d.h. Ehen, die im Inland gültig sind, im Ausland aber nicht) zu vermeiden.
- 214 In unseren Nachbarstaaten können Ausländer ohne Wohnsitz in diesen Staaten immer heiraten. Es kann ein Ehefähigkeitszeugnis des ausländischen Heimatstaates verlangt werden. Dieses Zeugnis ist aber nicht notwendig, wenn das zuständige inländische Zivilstandsamt selbst feststellen kann, dass die Ehe nach ausländischem Recht geschlossen werden kann.

**Beispiel:**

Dürfen ägyptische Staatsangehörige ohne Wohnsitz im Inland heiraten, obwohl Ägypten die Eheschliessung zwischen dem muslimischen Bräutigam und der koptischen (d.h. christlichen) Braut wegen des ägyptischen Ehehindernisses der Religionsverschiedenheit nicht anerkennen würde? Bei nur geringer Inlandsbeziehung (hier: Ausländer mit Wohnsitz im Ausland) wenden wir normalerweise den Ordre public nicht an und beachten, dass die inländische Eheschliessung in Ägypten nicht anerkannt würde. Eine inländische Eheschliessung wird deshalb abgelehnt.

- 215 Die Schweiz will kein Heiratsparadies sein.

*b) Anwendbares Recht*

*aa) Normale Ehevoraussetzungen: lex fori: Art. 44 Abs. 1 IPRG*

- 216 Das zuständige schweizerische Zivilstandsamt wendet in aller Regel schweizerisches Recht auf die Eheschliessung an (Art. 44 IPRG). Schwierigkeiten können hierbei dann auftauchen, wenn gewisse Vorfragen (vorbestehende Ehe, Abstammung) nach ausländischem Recht zu beurteilen sind (s. unten N. 219 ff. hinten IV.2.c).



Die Schweiz sollte nicht dem europäischen<sup>412</sup> und deutschen Beispiel<sup>413</sup> folgen und eine Rückverweisung als Sachnormverweisung abbrechen. Wenn unser Recht nicht angewandt werden will und auf ausländisches Recht verweist, besagt das, dass allein das ausländische Recht bestimmen soll, was mit dem Fall passiert. Wir überlassen es dem ausländischen Recht, die Verweisung abzuberechnen oder nicht. Wir sollten der «foreign court-theory» folgen und das machen, was die von uns berufene Rechtsordnung anordnet. 561

b) *Professio iuris*

Verstirbt ein Ausländer mit letztem Wohnsitz in der Schweiz, kann er nach Art. 90 Abs. 2 Satz 1 IPRG seinen Nachlass durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag einem seiner Heimatrechte unterstellen. Diese Unterstellung muss allerdings deutlich erkennbar sein. 562

**Beispiele:**

Der Engländer Cohen hat seinen letzten Wohnsitz in der Schweiz, wählt sein englisches Heimatrecht als Erbstatut, setzt seinen Lieblingsneffen Edward als Erben ein und enterbt dadurch seine Tochter Emily, die nach englischem Recht keinen Pflichtteilsanspruch hat und nur – im Falle der Bedürftigkeit – *family provisions* beantragen kann. Die Rechtswahl ist gültig.<sup>414</sup>

Ein deutsch-türkischer Doppelstaater mit letztem Wohnsitz in der Schweiz bestimmt in seinem Testament das türkische Recht als Erbstatut. Dies erlaubt Art. 90 Abs. 2 Satz 1 IPRG. Eine deutsche Erblasserin mit letztem Wohnsitz im Tessin verfasst während eines Aufenthalts in Deutschland ein Testament vor einem deutschen Notar, in dem sie – trotz der Existenz einer pflichtteilsberechtigten Tochter – ihre Bekannte A als «Alleinerbin» einsetzt. Die Wahl des in der deutschen Terminologie gängigen Begriffs «Alleinerbin» weist auf eine Wahl deutschen Rechts gem. Art. 90 Abs. 2 Satz 1 IPRG hin.<sup>415</sup>

Ein in der Schweiz wohnhafter US-Bürger aus New York errichtet in der Schweiz ein Testament und darin einen testamentary trust zugunsten seiner Angehörigen. Er hat damit das Recht seines amerikanischen Heimatstaates New York gewählt.<sup>416</sup>

Verliert der Ausländer die Staatsangehörigkeit des Staates, dessen Recht er gewählt hat, oder wird er Schweizer Bürger, fällt die *professio iuris* dahin.<sup>417</sup> 563

Ein Schweizer Bürger, der mit letztem Wohnsitz im Ausland verstirbt, kann nach Art. 87 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 91 Abs. 2 IPRG sein in der Schweiz belegenes Vermögen oder seinen gesamten Nachlass testamentarisch oder durch Erbvertrag seinem schweizerischen Heimatrecht unterstellen. 564

**Beispiele:**

Ein Schweizer Bürger mit letztem Wohnsitz in Deutschland hat seinen gesamten Nachlass in einem Testament dem schweizerischen Recht nach Art. 87 Abs. 2 i.V.m. Art. 91 Abs. 2 IPRG unterstellt. Die zuständigen deutschen Nachlassbehörden ignorieren die schweizerische Zuständigkeit nach Art. 87 Abs. 2 Satz 1 IPRG. Sie wenden aber in der

412 Art. 34 Abs. 1 lit. b EuErbVO e contrario.

413 Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB.

414 BGE 102 II 136 mit Bespr. SUCHER, ZBGR 69 (1988) 146, 149; HANISCH, FS Flattet, 473; HAUSHEER, ZBJV 113 (1978), 193; LALIVE, SJIR 33 (1977), 338.

415 BGE 109 II 406; 125 III 39; BGer, 24.6.2002, 5P.198/2002; SCHWANDER, AJP 1999, 489.

416 BGE 125 III 39.

417 Art. 90 Abs. 2 Satz 2 IPRG.

## II. Anwendbares Recht

### 1. Allgemeines

#### a) Grundsatz

- 651 Im Gegensatz zu Gebieten des IPR, die lange vom Nebeneinander unterschiedlicher Anknüpfungsprinzipien wie dem Aufenthalts- und dem Staatsangehörigkeitsprinzip geprägt wurden, ist die Situs-Regel insbesondere im Immobiliarsachenrecht nahezu unbestritten geblieben.<sup>504</sup>
- 652 Alle Beteiligten können sich darauf einstellen, dass für Verfügungsgeschäfte das Recht des Staates gilt, in dem sich die betreffende Sache zur Zeit des jeweiligen Vorgangs befindet.<sup>505</sup> Aus praktischer Perspektive spricht für die *lex rei sitae*, dass dingliche Rechte nur am Lageort der Sache erfüllt und durchgesetzt werden können.<sup>506</sup>
- 653 Diese Vorteile kommen allerdings nur im Hinblick auf ruhende Sachen in vollem Umfang zum Tragen: Je stärker der Bezug zum Lageort, desto offensichtlicher reflektiert das Lagerecht den sachlich engsten Bezug; umgekehrt kann der Lageort desto weniger als natürlicher Schwerpunkt bezeichnet werden, je mobiler eine Sache ist.<sup>507</sup>
- 654 Im Hinblick auf das Mobiliarsachenrecht ist die Situs-Regel deshalb nicht mehr unangefochten, da sie bei einem oder mehreren Wechseln des Lageorts aufgrund des damit verbundenen Statutenwechsels nicht immer zu befriedigenden Ergebnissen führt. Moderne IPR-Gesetze ergänzen sie daher meistens um Sonderanknüpfungen für einzelne Fallgruppen, bei denen die jeweilige Zweckbestimmung der Sache zwangsläufig zu Lageortwechseln führt (insbesondere Transportmittel, *res in transitu*, persönliche Habe von Reisenden).<sup>508</sup>
- 655 Das IPRG folgt dieser Tendenz und knüpft direkt oder subsidiär an das Recht des Bestimmungsstaates,<sup>509</sup> des gewöhnlichen Lageorts,<sup>510</sup> des Aufenthalts des Pfandgläubigers<sup>511</sup> oder der Niederlassung des Ausstellers<sup>512</sup> an. Eine weitere Auflockerung des Lageortsprinzips bewirkt zudem die parteiautonome akzessorische Anknüpfung an ein zugrundeliegendes Schuldverhältnis.<sup>513</sup> Sonderregelungen, welche unbefriedigende Ergebnisse der Grundanknüpfung korrigieren, bestehen ausserdem im Rahmen des Kulturgütertransfergesetzes (KGTG)<sup>514</sup> und des Haager Wertpapierüberein-

---

504 Botschaft IPRG, Ziff. 271; BSK IPRG-FISCH, Vor Art. 97–108 N 2; ZK IPRG-HEINI, Vor Art. 97–108 N 1; vgl. auch Art. 43 Abs. 1 EGBGB, Art. 31 IPRG; RÖTHEL, JZ 2003, 1030; SCHNYDER/LIATOWITSCH, N 138; MÜLLER-CHEN, *AJP* 2005, 274; CR LDIP-GAILLARD, Art. 99 N 1.

505 KROPHOLLER, IPR, § 54 I.1.

506 FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, 346.

507 BSK IPRG-FISCH, Vor Art. 97–108 N 6; CHK IPRG-GÖKSU, Art. 99 N 1.

508 Vgl. z.B. Art. 33 IPRG, Art. 45 EGBGB.

509 Art. 101, 102 Abs. 1, 103 IPRG.

510 Art. 107 IPRG; Verweisung auf Spezialgesetze.

511 Art. 105 Abs. 2 IPRG.

512 Art. 106 Abs. 1 IPRG.

513 Art. 104 Abs. 1 IPRG.

514 Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer vom 20.6.2003, SR 444.1.

kommens.<sup>515</sup> Diese Beispiele belegen einen Trend weg von der alleinigen Herrschaft der *lex rei sitae* im Mobiliarsachenrecht, der sich in Zukunft fortsetzen dürfte.<sup>516</sup>

#### b) *Umfang des Sachenstatuts*

Bei der Anwendung der einschlägigen Bestimmungen ist zunächst zu prüfen, ob die fraglichen Rechte und Ansprüche sachenrechtlicher Natur sind. Dies erfolgt auf dem Wege einer funktionalen Qualifikation *lege fori*.<sup>517</sup> Nach schweizerischer *lex fori* ist dabei u.a. darauf zu achten, dass sachenrechtliche Ansprüche, zugrunde liegendes Kausalgeschäft (z.B. ein Grundstückskaufvertrag), deliktsrechtliche Aspekte sowie Fragen der Rechts- und Geschäftsfähigkeit jeweils separat angeknüpft werden.<sup>518</sup> Im Zusammenhang mit einer Herausgabeklage stehende Ansprüche (wie etwa auf Finderlohn) unterstehen dagegen grundsätzlich dem Sachenstatut.<sup>519</sup> Auch der Besitz ist nach schweizerischem Verständnis sachenrechtlich anzuknüpfen.

##### **Beispiel:**

Das Sachenstatut bestimmt, ob der Erbe mit dem Tod des Besitzers automatisch Besitz erwirbt oder nicht.

Das sachenrechtliche Statut regelt dingliche Rechte grundsätzlich vollumfänglich. Es bestimmt sowohl, welche Arten dinglicher Rechte es gibt (*numerus clausus*) und welchen Inhalt diese haben, als auch die Voraussetzungen und die Wirksamkeit dinglicher Verfügungen.

##### **Beispiele:**

Das dingliche Statut bestimmt, ob für die Eigentumsübertragung eine Übergabe der Sache erforderlich ist oder ob hierfür schon die blosser Einigung reicht und ob für die Verfügung eine bestimmte Form vorgeschrieben ist. Ausserdem regelt das dingliche Statut, ob die Verfügung abstrakt oder akzessorisch ist oder ob ein Nutzungsrecht bestimmten Beschränkungen unterliegt.<sup>520</sup>

#### c) *Gesamt- und Sachenstatut*

Werden Rechte als Folge einer (erbrechtlichen) Gesamtnachfolge erworben oder gehen einzelne Rechte als Teil eines gesamten Vermögenskomplexes über (Ehegüterrecht), ist das Sachenstatut vom Vermögensstatut (Gesamtstatut) abzugrenzen. Das auf die Ursache des Rechtsüberganges anwendbare Recht enthält oftmals Bestimmungen, die bereits sachenrechtliche Wirkungen anordnen. Zugunsten einer einheitlichen Behandlung von Rechtsverhältnissen geht das Vermögensstatut dem Sachenstatut grundsätzlich vor.<sup>521</sup> Dies gilt jedoch nur insoweit, als nicht das ausländische Sachrecht Ausschliesslichkeit beansprucht und die Begründung dinglicher Rechte

515 Art. 108a–d IPRG; vgl. dazu unten N 702.

516 SIEHR, ZvglRWiss 2005, 162.

517 Vgl. allgemein zur Qualifikation im IPR FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, N 390 ff.

518 Für Verträge über Grundstücke oder deren Gebrauch vgl. Art. 119 IPRG.

519 BSK IPRG-FISCH, Vor Art. 97–108 N 11.

520 FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, 346; BSK IPRG-FISCH, Vor Art. 97–108 N 11.

521 KELLER/SIEHR, 341.

nicht anerkennt. In diesem Fall gebührt ausnahmsweise dem Sachenstatut Vorrang («Vetorecht des Lagestaates»).

<sup>522</sup>

## 2. Dingliche Rechte an Immobilien

### a) Grundsatz

- 659 Dingliche Rechte an Immobilien unterstehen gem. Art. 99 Abs. 1 IPRG ausnahmslos dem Recht am Ort der gelegenen Sache. Diese strikte Anknüpfung berücksichtigt das hohe Bedürfnis nach Rechtssicherheit sowie den durch die verbreitete Praxis der Grundbucheintragung stark im Vordergrund stehenden Publizitätsgrundsatz. Daher lässt das IPRG im Immobiliarsachenrecht auch keine Rechtswahl zu.
- <sup>523</sup>
- 660 Zwar handelt es sich bei Art. 99 IPRG um eine allseitige Kollisionsnorm; in der Praxis kommt sie jedoch einer einseitigen Verweisung nahe, da schweizerische Gerichte – abgesehen von Vorfragen – nur für Klagen im Hinblick auf im Inland gelegene Immobilien zuständig sind.
- <sup>524</sup>

### b) Erwerb und Verlust dinglicher Rechte

- 661 Das Immobiliarsachenstatut umfasst den Erwerb und Verlust dinglicher Rechte an Immobilien. Hierzu zählen auch Grunddienstbarkeiten und andere beschränkte dingliche Rechte.
- <sup>525</sup>
- Handelt es sich um eine in der Schweiz gelegene Immobilie, muss aufgrund des hier geltenden Kausalitätsprinzips das dem Erwerb des dinglichen Rechts unterliegende obligatorische Rechtsverhältnis gültig sein. Die Frage nach der Gültigkeit des unterliegenden Rechtsverhältnisses bildet eine Vorfrage zur Hauptfrage nach dem Erwerb des dinglichen Rechts an Immobilien. Die Vorfrage ist in aller Regel selbständig über das IPR des Forums anzuknüpfen.
- <sup>526</sup>
- Liegt die Immobilie in Deutschland, so verbietet sich unter dem dort vorherrschenden Abstraktionsprinzip die vorfrageweise Prüfung der Gültigkeit des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses.

### c) Von Immobilien ausgehende Immissionen

- 662 Für Ansprüche aus Immissionen, die von einer Immobilie ausgehen, verweist Art. 99 Abs. 2 IPRG auf die Bestimmungen des IPRG über unerlaubte Handlungen, speziell Art. 138 IPRG. Als allseitige Kollisionsnorm umfasst Art. 99 Abs. 2 IPRG Tatbestände, bei denen Immissionen von schweizerischen Immobilien im Ausland wirken und solche, bei denen Immissionen ausländischer Grundstücke im Inland wirken.

---

<sup>522</sup> BSK IPRG-FISCH, Vor Art. 97–108 N 15; KELLER/SIEHR, 341; SCHNYDER/LIATOWITSCH, N 694; CR LDIP-UCHER, Art. 97–108, N 7 ff; Botschaft IPRG, 395.

<sup>523</sup> Arg. aus Art. 104 e contrario.

<sup>524</sup> Art. 97 IPRG.

<sup>525</sup> BSK IPRG-FISCH, Art. 99 N 9; CHK IPRG-GÖKSU, Art. 99 N 8; KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 1883.

<sup>526</sup> BSK IPRG-FISCH, Art. 99 N 7; ebenso MÜKO-WENDEHORST, Art. 43 EGBGB N 83; Staudinger-STOLL (2015), IntSachenR, N 159, 296.

#### d) Grundstücksverträge

Obligatorische Verträge über Grundstücke und deren Gebrauch sind demgegenüber nach Art. 119 IPRG zu beurteilen. Da diese Vorschrift ebenfalls die *lex rei sitae* zur Anwendung beruft, ist bei Fehlen einer Rechtswahl nach Art. 119 Abs. 2 IPRG eine Rechtsordnung gesamthaft auf Verfügung und Kausalgeschäft anwendbar.<sup>527</sup> Machen die Parteien von der Möglichkeit der Rechtswahl Gebrauch, gilt diese naturgemäss nur für den obligatorischen Teil des Rechtsgeschäfts. 663

Mittels Rechtswahl können jedoch zwingende Bestimmungen des schweizerischen Rechts i.S.v. Art. 18 IPRG nicht umgangen werden.<sup>528</sup> 664

#### Beispiele:

Ein Amerikaner kauft ein Ferienhaus im Wallis; die Parteien unterstellen den Vertrag dem Recht von New York. Hinsichtlich des Eigentumserwerbs an der Immobilie müssen die Voraussetzungen des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG)<sup>529</sup> erfüllt sein.

Landwirt B will seinen im Kanton Thurgau gelegenen Kleinbauernhof an einen interessierten Grossbetrieb veräussern. Mit der Wahl deutschen Rechts können die Parteien das nach Art. 42 ff. BGG<sup>530</sup> bestehende Vorkaufsrecht der ungeliebten Verwandten des Landwirts nicht umgehen.

### 3. Dingliche Rechte an Mobilien

#### a) Struktur der Regelung

Auch im Bereich des Mobiliarsachenrechts geht das internationale Privatrecht der Schweiz von der Situs-Regel aus. Da Mobilien naturgemäss an verschiedene Orte verbracht werden können, ist es hier aber wichtig, den Zeitpunkt zu fixieren, in welchem der für die Bestimmung des anwendbaren Rechts massgebliche Lageort der Sache eruiert wird.<sup>531</sup> Insoweit sieht Art. 100 IPRG eine differenzierende Lösung vor: Während es hinsichtlich des Erwerbs und Verlusts dinglicher Rechte an Mobilien auf den Lageort zum Zeitpunkt des Rechtserwerbs bzw. -verlusts ankommt,<sup>532</sup> spielt dieser Zeitpunkt im Hinblick auf den Inhalt und die Ausübung dinglicher Rechte keine Rolle.<sup>533</sup> Die Situs-Regel erfährt in Art. 104 IPRG ausserdem insoweit eine Auflockerung, als das IPRG hinsichtlich dinglicher Rechte an Mobilien eine beschränkte Rechtswahl erlaubt. 665

Abweichungen von der Situs-Regel finden sich in Bezug auf *res in transitu*,<sup>534</sup> Sachen, 666 die in die Schweiz gelangen,<sup>535</sup> die Verpfändung von Forderungen, Wertpapieren und

527 FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, 347 f.

528 Vgl. dazu FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, Art. 18 IPRG N 825 ff.

529 SR 211.412.41.

530 Bundesgesetz vom 4.10.1991 über das bäuerliche Bodenrecht, SR 211.412.11.

531 BSK IPRG-FISCH, Art. 100 N 5; CHK IPRG-GÖKSU, Art. 100 N 4; DUTOIT, Art. 100 IPRG N 3.

532 Art. 100 Abs. 1 IPRG.

533 Art. 100 Abs. 2 IPRG.

534 Art. 101 IPRG.

535 Art. 102 IPRG.

anderen Rechten,<sup>536</sup> Wertpapiere<sup>537</sup> sowie Transportmittel<sup>538</sup>. Alle diese Sonderanknüpfungen gehen der allgemeinen Regel des Art. 100 IPRG vor.<sup>539</sup> Spezialregelungen finden sich ausserdem im Hinblick auf Sachen auf staatsfreiem Gebiet (insbesondere an Bord von Schiffen und Flugzeugen) und Kulturgütern.<sup>540</sup>

*b) Rechtswahl*

667 Im Hinblick auf die Zulassung einer Rechtswahl im internationalen Sachenrecht kam dem IPRG eine Vorreiterrolle zu.<sup>541</sup> Angesichts der stark ausgeprägten Schutzinteressen in diesem Rechtsgebiet hat der Gesetzgeber die Wahlmöglichkeiten jedoch eingeschränkt: So kann in Bezug auf Sachen, die ihren Lagestaat wechseln, nur zwischen der alten und der neuen *lex rei sitae* gewählt werden. Die Rechtswahl betrifft zudem nur den Erwerb und Verlust dinglicher Rechte an beweglichen Sachen (Art. 104 Abs. 1 IPRG).

668 Als echte Ausnahme von der Situs-Regel besteht daneben die Möglichkeit der akzessorischen Anknüpfung an das Statut des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts, Art. 104 Abs. 1 Var. 2 IPRG. Dies erscheint sinnvoll, da die Parteien auf diese Weise den schuld- und sachenrechtlichen Teil ihres Geschäfts der gleichen Rechtsordnung unterwerfen können. Die Rechtswahl kann in Bezug auf sämtliche dingliche Rechte getroffen werden, über die rechtsgeschäftlich verfügt werden kann,<sup>542</sup> und hat den Anforderungen des Art. 116 Abs. 2 IPRG zu entsprechen.<sup>543</sup> Somit muss die Rechtswahl ausdrücklich sein oder sich eindeutig aus dem Vertrag oder aus den Umständen ergeben:

**Beispiel:**

K aus Luzern erwirbt von V aus Basel einen seltenen Oldtimer. Der Vertrag soll nach dem Willen der Parteien «in seiner Gesamtheit» deutschem Recht unterstehen. Fraglich ist, ob damit auch eine Rechtswahl in Bezug auf den Eigentumsübergang getroffen wurde. Beim Fehlen besonderer Umstände umfasst die Rechtswahlklausel hier nur das obligatorische Geschäft.<sup>544</sup> In der Praxis kann eine solche «Unterlassung» durchaus Folgen haben, da das schweizerische Recht vom Kausalprinzip ausgeht, das deutsche Recht aber dem Abstraktionsprinzip folgt.

669 Die Bedeutung der Rechtswahl im internationalen Mobiliarsachenrecht wird jedoch dadurch stark relativiert, als sie Dritten nicht entgegengehalten werden kann, Art. 104 Abs. 2 IPRG. Dies steht zwar im Einklang mit dem Schutzgedanken des inter-

<sup>536</sup> Art. 105 IPRG.

<sup>537</sup> Art. 106 IPRG.

<sup>538</sup> Art. 107 IPRG.

<sup>539</sup> ZK IPRG-HEINI, Art. 100 N 6; BSK IPRG-FISCH, Art. 100 N 4; CR LDIP-GAILLARD, Art. 100 N 4.

<sup>540</sup> BSK IPRG-FISCH, Art. 100 N 1a; vgl. dazu unten N 680 ff.

<sup>541</sup> Da Art. 104 Abs. 1 IPRG im Vergleich zu ausländischen Kollisionsrechten immer noch eine ungewöhnliche Rechtswahlmöglichkeit enthält, kann ihre Anwendung im Ausland, wenn ein dortiges Gericht zu urteilen hat, auf Schwierigkeiten stossen.

<sup>542</sup> Botschaft IPRG, Ziff. 273.6; ZK IPRG-HEINI, Art. 104 N 5; BSK IPRG-FISCH, Art. 104 N 5; CR LDIP-BUCHER, Art. 104 N 1.?

<sup>543</sup> Vgl. dazu unten Siebtes Kapitel N 1076 ff.

<sup>544</sup> ZK IPRG-HEINI, Art. 104 N 9; FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, 349; BGer, 27.6.2006, 6P.28/2008, E. 7.3.

Die nur teilweise Vereinheitlichung des IPR auf dem Gebiet des Immaterialgüterrechts führte dazu, dass sich in den vergangenen Jahren weltweit zahlreiche Experten mit dem Thema beschäftigten. Bereits im Jahr 2007 veröffentlichte das American Law Institute (ALI) seine «Intellectual Property Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes» (ALI-Principles). Auch in Japan wurden Ende 2008 «Principles on Private International Law on Intellectual Property (Japanese Proposal)» präsentiert, die im Rahmen des Global-Centers of Excellence (COE) Projects von der WASEDA Universität erarbeitet wurden. Schliesslich setzte auch die Max-Planck-Gesellschaft eine Arbeitsgruppe ein (European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property), die im Dezember 2011 die «Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property» (CLIP Principles) veröffentlichte.<sup>630</sup>

Das vorliegende Kapitel behandelt v.a. die internationale Zuständigkeit und das anwendbare Recht im Hinblick auf Immaterialgüter an sich. Die kollisionsrechtliche Anknüpfung von Verträgen über Immaterialgüter (Art. 122 IPRG) wird in Kapitel 7 (Vertragsrecht) erörtert.<sup>631</sup>

## § 2 Rechtsquellen

	<b>Recht der Europäischen Union</b>	<b>Recht der Schweiz</b>	<b>Private Regelwerke</b>
Gemeinsame Quellen	LugÜ Anerkennungsprotokoll zum EPÜ	LugÜ Anerkennungsprotokoll zum EPÜ	ALI Principles CLIP Principles
Nicht gemeinsame Quellen	Brüssel Ia-VO Rom II-VO EuPatVO UMVO GeschMVO SortenschutzVO VO über Qualitätsregelungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel	Art. 109–111 IPRG	

<sup>630</sup> Vgl. unten N 764 ff.

<sup>631</sup> Vgl. unten Siebtes Kapitel N 1157 ff.

## § 3 Europäische Union

### I. Allgemeines

- 733 Das internationale Zivilprozessrecht der Immaterialgüterrechte fällt in den Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO (EU) Nr. 1215/2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen,<sup>632</sup> während das anwendbare Recht im Wesentlichen in Art. 8 Rom II-VO geregelt ist.<sup>633</sup>
- 734 Von Bedeutung sind weiterhin die vereinheitlichten Rechtsinstitute des gewerblichen Rechtsschutzes wie die Unionsmarke (bis 23. März 2016 Gemeinschaftsmarke)<sup>634</sup> und das Gemeinschaftsgeschmacksmuster.<sup>635</sup> Diese bieten den Vorteil eines einheitlichen Schutzes in allen EU-Mitgliedstaaten. Erforderlich hierfür ist ein einziges Eintragsverfahren beim Amt der Europäischen Union für Geistiges Eigentum in Alicante. Obgleich es sich um vereinheitlichtes Sachrecht handelt, enthalten die jeweils einschlägigen Rechtsakte eigenständige Bestimmungen im Hinblick auf die internationale Zuständigkeit und das anwendbare Recht, die den allgemeinen Bestimmungen der Brüssel Ia-VO und der Rom II-VO grundsätzlich vorgehen.<sup>636</sup>
- 735 Darüber hinaus versucht die EU seit geraumer Zeit, einen einheitlichen Patentschutz für das gesamte Unionsgebiet zu schaffen.<sup>637</sup> Dazu wurde in jüngerer Zeit das sog. EU-Patentpaket ausgearbeitet. Dieses besteht aus zwei Verordnungen<sup>638</sup> (eine zur Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes und eine zu den Übersetzungsregelungen) sowie einem internationalen Übereinkommen zur Schaffung eines einheitlichen Patentgerichts.<sup>639</sup> Wegen des v.a. sprachenpolitisch motivierten Widerstandes Spaniens und Italiens beschlossen Ende 2010 die übrigen Mitgliedstaaten, auf die Mitwirkung dieser Staaten zu verzichten und das EU-Patentpaket im Wege der Verstärkten Zusammenarbeit auf den Weg zu bringen. Dieses Verfahren erlaubt es einer Gruppe von Mitgliedstaaten, unter bestimmten Voraussetzungen einheitliche Regelungen zu schaffen, ohne dass alle Mitgliedstaaten daran teilnehmen.<sup>640</sup>

632 Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. Nr. L 351 vom 20.12.2012, 1; vgl. dazu unten N 740 ff. und 761 ff.

633 Vgl. dazu unten N 748 ff.

634 Verordnung (EU) 2015/2424 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2015 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates über die Gemeinschaftsmarke, ABl. Nr. L 341 vom 24.12.2015, 21.

635 Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12.12.2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. Nr. L 3 vom 5.1.2002, 1.

636 Vgl. dazu unten N 745 ff. und 759 f.

637 Vgl. z.B. den nicht umgesetzten Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Rates über das Gemeinschaftspatent vom 1.8.2000, KOM (2000) 412 endg.

638 Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.12.2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes, ABl. Nr. L 361 vom 31.12.2012, 1; Verordnung (EU) Nr. 1260/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.12.2012 über die Umsetzung der verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes im Hinblick auf die anzuwendenden Übersetzungsregelungen, ABl. Nr. L 361 vom 31.12.2012, 89.

639 <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=DE&f=ST%2016351%202012%20INIT>.

640 Art. 20 EUV, 326 ff. AEUV, Erwägungsgrund 3 EuPatVO.



Das Übereinkommen über das einheitliche Patentgericht wurde 2012 durch das Europäische Parlament gebilligt<sup>641</sup> und wurde bislang von 25 EU-Mitgliedstaaten unterzeichnet und von 15 Mitgliedstaaten ratifiziert (Stand Februar 2018).<sup>642</sup> Zwar bedarf es für eine Inkraftsetzung der Ratifikation durch lediglich 13 Vertragsstaaten, jedoch hat das deutsche Bundesverfassungsgericht den Inkraftsetzungsprozess im Rahmen einer Verfassungsklage vorläufig faktisch gestoppt.<sup>643</sup> Eine endgültige Entscheidung steht noch aus (Stand Februar 2018).

736

Ziel des Patentpakets ist es, die Kosten, die durch die Validierung Europäischer Patente, insbesondere deren Übersetzung, in den einzelnen Mitgliedstaaten entstehen, zu senken.<sup>644</sup> Zentraler Baustein des europäischen Patentsystems ist die Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 zur Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes (EuPatVO)<sup>645</sup>, mit der zwar kein eigentliches Unionspatent geschaffen, aber den Europäischen Patenten in den einzelnen Mitgliedstaaten einheitliche Wirkung verliehen wird (sog. «Europäisches Patent mit einheitlicher Wirkung»<sup>646</sup>). Diese Verordnung wird gleichzeitig mit dem Inkrafttreten des Übereinkommens über das einheitliche Patentgericht Geltung erlangen.<sup>647</sup>

737

Bislang entschieden nationale Gerichte und andere Behörden der EPÜ-Vertragsstaaten autonom über die Verletzung und die Rechtsgültigkeit europäischer Patente. Dies kann in der Praxis zu Problemen führen, wenn ein Patentinhaber in mehreren Staaten ein europäisches Patent durchsetzen möchte oder ein Dritter in mehreren Staaten den Widerruf eines europäischen Patents erwirken will. Hohe Kosten, die Gefahr voneinander abweichender Entscheidungen und mangelnde Rechtssicherheit sind die Folgen. Darüber hinaus besteht insoweit ein Anreiz zu Forum shopping, als Beteiligte versucht sein können, die Unterschiede in der Auslegung des harmonisierten europäischen Patentrechts durch nationale Gerichte und im jeweiligen Verfahrensrecht sowie in der Geschwindigkeit der Verfahren und der Zuerkennung von Schadenersatzzahlungen zu ihren Gunsten auszunutzen.

738

Das Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht<sup>648</sup> will die vorgenannten Probleme durch die Einrichtung eines Einheitlichen Patentgerichts (EPG) mit der ausschliesslichen gerichtlichen Zuständigkeit für Streitigkeiten in Bezug auf europäische Patente und europäische Patente mit einheitlicher Wirkung («einheitliche Patente») lösen. Das EPG soll ein Gericht erster Instanz, ein Berufungsgericht und eine

739

641 Mitteilung des EU-Parlaments vom 11.12.2012, abrufbar unter <<http://www.europarl.europa.eu/news/de/pressroom/content/20121210IPR0450>>.

642 Vgl. den Stand der Ratifikationen unter <<http://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/agreements-conventions/agreement/?aid=2013001>>.

643 Az. 2 BvR 739/17.

644 Vorschlag der Kommission vom 13.4.2011 für eine Verordnung des Rates über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit bei der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes im Hinblick auf die anzuwendenden Übersetzungsregelungen, KOM (2011) 216 endg., die für das Europäische Patent mit einheitlicher Wirkung keine über die Regelung von Art. 14 EPÜ hinausgehende Übersetzung mehr verlangt.

645 Vgl. oben N 735.

646 Art. 5 EuPatVO.

647 Art. 18 Abs. 2 EuPatVO.

648 Das Übereinkommen steht nur EU-Mitgliedstaaten zur Ratifikation offen (Entschliessung EU Parlament 11.12.2012, N 8).

Kanzlei umfassen. Das Gericht erster Instanz soll aus einer Zentralkammer mit Sitz in Paris und zwei Aussenstellen in München und London (die britische Regierung erklärte im November 2016, trotz des Brexit-Votums am EPG teilzunehmen) sowie mehreren örtlichen und regionalen Kammern in den Vertragsstaaten bestehen. Das Berufungsgericht soll seinen Sitz in Luxemburg haben.

## II. Zuständigkeit

### 1. Allgemeine Zuständigkeit

- 740 Die internationale Zuständigkeit innerhalb der EU richtet sich im Wesentlichen nach der Brüssel Ia-VO. Da für den Bereich des Immaterialgüterrechts weiterhin weitgehend Parallelität herrscht, kann grundsätzlich auf die unten stehenden Ausführungen zum LugÜ verwiesen werden.<sup>649</sup> In Art. 24 Ziff. 4 Brüssel Ia-VO (Art. 22 Ziff. 4 Brüssel I-VO) wurde neben sprachlichen Änderungen auch die GAT/LuK-Rechtsprechung des EuGH<sup>650</sup> aufgenommen. Die materielle Rechtslage wird dadurch präzisiert, ändert sich aber nicht. Auch für die subjektive Klagenhäufung (Art. 8 Ziff. 1 Brüssel Ia-VO) und die vorsorglichen Massnahmen (Art. 35 Brüssel Ia-VO) ist keine neue Regelung vorgesehen.

### 2. Zuständigkeit des einheitlichen Patentgerichts

- 741 Im Hinblick auf die Zuständigkeit sowie die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen des Einheitlichen Patentgerichts (EPG, s.o. N 739) sind die Art. 71a–71d Brüssel Ia-VO zu beachten.<sup>651</sup> Diese Vorschriften wurden 2014 im Rahmen des «Europäischen Patentpakets»<sup>652</sup> in die Verordnung eingefügt und beinhalten u.a. eine ausschliessliche internationale Sonderzuständigkeit über die Rechtsgültigkeit von europäischen Patenten und den Schutz bei Patentverletzungen.<sup>653</sup>
- 742 Als gemeinsames Gericht mehrerer EU-Mitgliedstaaten konnte das Einheitliche Patentgericht – anders als ein Gericht eines Mitgliedstaats – gegenüber Beklagten, die ihren Wohnsitz nicht in einem Mitgliedstaat haben, keine gerichtliche Zuständigkeit auf der Grundlage nationalen Rechts ausüben. Die Vorschriften der Brüssel Ia-VO sind daher in Bezug auf Angelegenheiten, die in die Zuständigkeit des Einheitlichen Patentgerichts fallen, insoweit geändert worden, dass sie auch für Beklagte gelten, die ihren Wohnsitz in Drittstaaten haben.<sup>654</sup>

---

649 Vgl. dazu unten N 772 ff.

650 Vgl. dazu N 773 f.

651 Verordnung (EU) Nr. 542/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 bezüglich der hinsichtlich des Einheitlichen Patentgerichts und des Benelux-Gerichtshofs anzuwendenden Vorschriften, ABl. Nr. L 163 vom 29.5.2014, 1.

652 Vgl. dazu oben N 735 ff.

653 Saenger-Saenger, Art. 71d EuGVVO N 2.

654 Erwägungsgrund 6 der Verordnung (EU) Nr. 542/2014.

Nach Art. 71b Ziff. 1 Brüssel Ia-VO ist das EPG zuständig, wenn die Gerichte eines EU-Mitgliedstaats, der am Übereinkommen über das Einheitliche Patentgericht teilnimmt, gem. der Brüssel Ia-VO in einem unter das Übereinkommen fallenden Rechtsgebiet zuständig wären. In Fällen, in denen der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Drittstaat hat und die Verordnung die ihn betreffende gerichtliche Zuständigkeit nicht anderweitig begründet, finden die Zuständigkeitsbestimmungen der Brüssel Ia-VO – soweit einschlägig – ungeachtet des Wohnsitzes des Beklagten Anwendung.<sup>655</sup> Ist das EPG hinsichtlich eines Beklagten mit Wohnsitz in einem Drittstaat (z.B. in der Schweiz) in einem Rechtsstreit über eine Verletzung eines europäischen Patents, die zu einem Schaden innerhalb der Union geführt hat, zuständig, kann dieses Gericht seine Zuständigkeit auch hinsichtlich eines (aufgrund einer solchen Verletzung) ausserhalb der Union entstandenen Schadens ausüben. Diese Zuständigkeit kann jedoch nur begründet werden, wenn dem Beklagten gehörendes Vermögen in einem Mitgliedstaat belegen ist, der Vertragspartei der Übereinkunft zur Errichtung des gemeinsamen Gerichts ist und der Rechtsstreit einen hinreichenden Bezug zu einem solchen Mitgliedstaat aufweist.<sup>656</sup>

743

Demgegenüber begnügt sich das Übereinkommen über das Einheitliche Patentgericht selbst mit der Feststellung, dass die internationale Zuständigkeit des Gerichts «im Einklang mit der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 oder gegebenenfalls auf Grundlage des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen) bestimmt» wird.<sup>657</sup>

744

### 3. Sonderregelungen

Die Anwendung der Zuständigkeitsvorschriften der Brüssel Ia-VO wird durch die Verordnung über die Unionsmarke (UMVO) und die Verordnung über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster (GeschMVO) eingeschränkt.<sup>658</sup>

745

Gemäss Art. 122 Abs. 2 lit. a UMVO finden Art. 4 und 6, Artikel 7 Ziff. 1, 2, 3 und 5 sowie Art. 35 Brüssel Ia-VO auf Verfahren nach Art. 124 UMVO<sup>659</sup> keine Anwendung. An ihre Stelle tritt Art. 125 UMVO, der in erster Linie den Wohnsitz oder, mangels Wohnsitz, die Niederlassung des Beklagten, dann den Wohnsitz bzw. die Niederlassung des Klägers und schliesslich die Gerichte in Alicante (Spanien) am Sitz des Gemeinschaftsmarkenamtes vorsieht. Für die GeschMVO vgl. die entsprechenden Regeln in Art. 79 ff. GeschMVO.

746

<sup>655</sup> Art. 71b Ziff. 2 Brüssel Ia-VO.

<sup>656</sup> Art. 71b Ziff. 3 Brüssel Ia-VO.

<sup>657</sup> Art. 31 des Übereinkommens über ein Einheitliches Patentgericht.

<sup>658</sup> Vgl. KROPHOLLER/VON HEIN, Art. 22 EuGVO N 58 m.w.H.; RAUSCHER-MANKOWSKI, Art. 22 Brüssel I-VO N 51 f.

<sup>659</sup> Art. 124 UMVO lautet: «Die Unionsmarkengerichte sind ausschliesslich zuständig a) für alle Klagen wegen Verletzung und – falls das nationale Recht dies zulässt – wegen drohender Verletzung einer Unionsmarke; b) für Klagen auf Feststellung der Nichtverletzung, falls das nationale Recht diese zulässt; c) für Klagen wegen Handlungen im Sinne des Artikels 11 Absatz 2; d) für die in Artikel 128 genannten Widerklagen auf Erklärung des Verfalls oder der Nichtigkeit der Unionsmarke.»

- 747 Die genannten Bestimmungen gehen nicht nur der Brüssel Ia-VO, sondern auch dem LugÜ vor (Art. 1 Protokoll 3 i.V.m. Art. 67 LugÜ).

### III. Anwendbares Recht

#### 1. Ausservertragliches Schuldrecht

##### a) Grundsatz

- 748 Für das internationale Immaterialgüterrecht von besonderem Interesse ist die Verordnung (EG) Nr. 864/2007 über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II-VO).<sup>660</sup> Auf ausservertragliche Schuldverhältnisse aus einer Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums ist nach Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO das Recht des Staates anzuwenden, für den der Schutz beansprucht wird (*lex protectionis*). Hiermit bleibt die Verordnung im Rahmen der seit langem anerkannten Grundsätze.
- 749 Probleme stellen sich allenfalls bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts bei ubiquitären Schutzrechtsverletzungen wie dem illegalen Herunterladen von Musikstücken im Internet. Insoweit ist grundsätzlich auf das Mosaikprinzip zurückzugreifen.<sup>661</sup> Danach kann der Kläger an den verschiedenen Erfolgsorten nur denjenigen Schaden geltend machen, der im Staatsgebiet des jeweiligen Erfolgsortes eingetreten ist.<sup>662</sup> Der notwendige Aufwand bei der Anwendung des Mosaikprinzips führt in der Praxis oftmals zu erheblichen Kostensteigerungen bei der Rechtsverfolgung. Im Schrifttum sind daher unterschiedliche Lösungsansätze entwickelt worden, die von einer Anknüpfung an den Handlungsort der wirtschaftlich gravierendsten Verletzungshandlung bis zur Liquidation des Gesamtschadens nach dem Recht der Niederlassung des Beklagten reichen.<sup>663</sup> Aufgrund des insoweit eindeutigen Wortlauts von Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO werden sich diese – z.T. erwägenswerten – Vorschläge allerdings nur de lege ferenda realisieren lassen.<sup>664</sup>
- 750 Wird ein EU-weit harmonisiertes Schutzrecht (z.B. eine Unionsmarke) verletzt, gilt primär der einschlägige EU-Rechtsakt. «Schutzland» ist dann der gesamte Binnenmarkt. Oftmals weisen die entsprechenden Bestimmungen aber Lücken auf. Für einen solchen Fall verweist Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO auf das Recht des Staates, in dem die Verletzung begangen wurde. Daher ist es durchaus möglich, dass insofern das Recht eines EU-Drittstaates anzuwenden ist.

660 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 vom 11.7.2007 über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht («Rom II-VO»), ABl. Nr. L 199 vom 31.7.2007, 40.

661 LEIBLE/LEHMANN, RIW 2007, 731; UNBERATH/CZIUPKA, in: Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bearbeitung 2011, Art. 8 Rom II-VO N 25; EuGH, Urteil vom 3.10.2013, Rs. 170/12, ECLI:EU:C:2013:635, Pinckney.

662 EuGH, Urteil vom 7.5.1995, Rs. C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61, Shevill.

663 SCHACK, FS Kropholler, 659 ff.

664 UNBERATH/CZIUPKA, in: Rauscher (Hrsg.), Art. 8 Rom II-VO N 26.

**Beispiel:**

Eine in der Schweiz domizilierte Gesellschaft vertreibt über das Internet unter Verletzung einer Unionsmarke Produkte nach Österreich und Deutschland. Ein mit der Streitsache konfrontiertes deutsches Gericht müsste somit die in der UMVO nicht geregelte Frage des Schadenersatzanspruchs nach der *lex loci delicti commissi* anknüpfen, d.h. schweizerisches Recht anwenden.

Die Anwendung drittstaatlichen Rechts ist im IPR an sich nicht ungewöhnlich, sie ist in Art. 3 Rom II-VO sogar explizit vorgesehen und dürfte in der beschriebenen Konstellation aufgrund der Rechtsschutzmöglichkeiten des schweizerischen Rechts zu keinerlei grösseren Problemen führen. Nicht zu übersehen ist jedoch, dass die EU keinerlei Möglichkeiten hat, das Sanktionensystem in Drittstaaten zu beeinflussen, was bei ungenügender Ausgestaltung zu unbefriedigenden Ergebnissen führen kann. 751

*b) Ausschluss der Rechtswahl*

Eine Rechtswahl ist unter der Rom II-VO zwar grundsätzlich möglich. Hiervon ausgeschlossen sind jedoch sämtliche Ansprüche aus der Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums (Art. 8 Abs. 3, 13 Rom II-VO). Hierfür wird v.a. das Argument der territorialen Gebundenheit derartiger Rechte ins Feld geführt. Das Rechtswahlverbot wird insoweit teilweise als Fortsetzung des Schutzlandprinzips interpretiert.<sup>665</sup> 752

Dem restriktiven Ansatz der Verordnung liegt wohl auch der Gedanke zugrunde, die staatliche Gewährung von Immaterialgüterrechten bedinge stets eine – wirtschaftspolitisch begründete – Beschneidung des Wettbewerbs, weshalb ein Marktteilnehmer, der sich gegen eine angebliche Verletzung von Immaterialgüterrechten wehrt, zugleich die Freiheit des Wettbewerbs und damit überindividuelle Interessen verteidige. Die Allgemeinbezogenheit der involvierten Interessen rechtfertige daher die Versagung der Rechtswahlfreiheit.<sup>666</sup> 753

Dem ist jedoch zunächst entgegenzuhalten, dass ein Ausschluss der Rechtswahl weder im Interesse der Parteien noch der Gerichte liegt und v.a. im Hinblick auf Verletzungen in multiplen Schutzländern zu einer distributiven Anwendung des Rechts unterschiedlicher Staaten nach Art des Mosaikprinzips zwingt.<sup>667</sup> Ausserdem wird die Territorialität von Schutzrechten durch die Möglichkeit einer Rechtswahl für ausservertragliche Ansprüche aus einer Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums nicht grundsätzlich in Frage gestellt. 754

Sowohl Inhalt und Umfang des betroffenen Rechts als auch die Voraussetzungen einer Verletzungshandlung unterstehen auch nach einer Rechtswahl weiterhin dem Recht des Schutzlands.<sup>668</sup> Orientierung für die Weiterentwicklung des europäischen Rechts kann insoweit Art. 110 Abs. 2 IPRG geben, nach dem die Parteien für Ansprüche aus Verletzung von Immaterialgüterrechten nach Eintritt des schädigenden Er- 755

<sup>665</sup> OBERGFELL, IPRax 2005, 9.

<sup>666</sup> BASEDOW/METZGER, FS Boguslavskij, 160.

<sup>667</sup> SCHACK, FS Kropholler, 656.

<sup>668</sup> In der Literatur wird teilweise vertreten, dass nicht nur die Frage der Rechtsfolgen, sondern auch die Frage der Verletzung der Rechtswahl zugänglich ist; vgl. BSK IPRG-JEGHER/VASELLA, Art. 110 N 31; SCHACK, GRUR Int. 1985, 524.

eignisses das Recht am Gerichtsort vereinbaren können.<sup>669</sup> Praktische Vorteile böte eine solche Möglichkeit auch auf europäischer Ebene insbesondere bei der Konzentration von Verletzungsprozessen am Wohnsitz des Beklagten.

c) *Verweisungsbegriff «Rechte des geistigen Eigentums»*

- 756 Der Begriff des geistigen Eigentums ist autonom und weit auszulegen.<sup>670</sup> Neben den in Erwägungsgrund 26 Rom II-VO beispielhaft aufgezählten Immaterialgüterrechten (Urheberrechte, verwandte Schutzrechte, das Schutzrecht sui generis für Datenbanken und gewerbliche Schutzrechte) fallen darunter sämtliche durch internationale Übereinkommen geschützten Ausschliesslichkeitsrechte sowie die in Art. 8 Abs. 2 Rom II-VO speziell erwähnten Gemeinschaftsrechte.<sup>671</sup> Im Gegensatz zur Zuständigkeitsvorschrift von Art. 22 Ziff. 4 LugÜ fallen unter Art. 8 Rom II-VO somit auch nicht registrierungsbedürftige Immaterialgüterrechte.

d) *Umfang des Immaterialgüterrechtsstatuts*

- 757 Welche Rechtsfragen vom Immaterialgüterrechtsstatut umfasst werden, ist Art. 15 Rom II-VO zu entnehmen, der den Geltungsbereich des anzuwendenden Rechts für deliktsrechtliche Ansprüche in allgemeiner Weise definiert.<sup>672</sup> Schon aus der Formulierung der Vorschrift als beispielhafte Aufzählung («insbesondere») ergibt sich, dass der europäische Gesetzgeber den Kollisionsnormen der Verordnung einen möglichst umfassenden Geltungsbereich zuerkennen wollte. Allerdings ist die Vorschrift nicht im Hinblick auf die Besonderheiten des internationalen Immaterialgüterrechts konzipiert worden. Daher gilt Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO weder für die Anknüpfung der Rechteinhaberschaft noch für den Bestand des Rechts.<sup>673</sup> Hierüber entscheidet das nationale Kollisionsrecht. Dieses wird für die eingetragenen Rechte ebenfalls auf das Recht des Schutzlandes verwiesen, soweit man nicht bereits davon ausgeht, dass dem Inländerbehandlungsgrundsatz der PVÜ eine entsprechende völkerrechtliche Klausel zu entnehmen ist. Nur für das formlos geschützte Urheberrecht besitzt der nationale Gesetzgeber Spielraum.<sup>674</sup>

## 2. Vertragsrecht

- 758 Bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit immaterialgüterrechtlichen Verträgen (insbesondere Lizenz- und Übertragungsverträgen) ist zudem die Rom I-VO<sup>675</sup> zu berücksichtigen. Zwar ist das Immaterialgüterrecht Gegenstand zahlreicher sachrechtsvereinheitlichender Rechtsakte auf internationaler<sup>676</sup> und europä-

669 Vgl. dazu näher unten N 152 ff.

670 MüKo-DREXL, IntImmGR N 152; Huber-ILLMER, Art. 8 Rom II-VO N 5.

671 Bariatti-BARIATTI, 67 f.; BeckOK Rom II-VO-SPICKHOFF, Art. 8 N 2.

672 DICKINSON, N 8.47; Leible/Ohly-LEISTER, 102.

673 MüKo-DREXL, IntImmGR N 174; BARIATTI, 83.

674 MüKo-DREXL, IntImmGR N 174.

675 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht («Rom I-VO»), ABl. Nr. L 177 vom 4.7.2008, 6.

676 Vgl. dazu N 725.

ischer<sup>677</sup> Ebene. Dies gilt jedoch nicht für Schuldverträge, die Immaterialgüterrechte betreffen, so dass die Frage der anwendbaren Rechtsordnung insoweit von grosser praktischer Bedeutung bleibt. Anders als das IPRG<sup>678</sup> enthält die Rom I-VO keine besonderen Anknüpfungsregeln für schuldrechtliche Verträge über geistiges Eigentum, so dass insoweit primär die allgemeine Anknüpfung an die vertragscharakteristische Leistung gem. Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO zur Anwendung gelangt.<sup>679</sup> Im Unterschied zur Rechtslage unter der Rom II-VO unterliegt die Rechtswahl bei schuldrechtlichen Verträgen über geistiges Eigentum keinerlei Beschränkungen.

### 3. Sonstiges Unionsrecht

Wie die internationalen Konventionen haben auch die Unionsrechtsakte auf dem Gebiet des Immaterialgüterrechts in erster Linie zum Ziel, das materielle Recht zu vereinheitlichen. Dennoch finden sich in ihnen auch vereinzelt kollisionsrechtliche Bestimmungen. Dazu enthält die Rom II-VO folgende allgemeine Bestimmung:

**Art. 27 Rom II-VO:**

*Verhältnis zu anderen Gemeinschaftsrechtsakten*

Diese Verordnung berührt nicht die Anwendung von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, die für besondere Gegenstände Kollisionsnormen für ausservertragliche Schuldverhältnisse vorsehen.

Von Bedeutung sind insbesondere folgende Verordnungen:

- Verordnung (EU) 2017/1001 über die Unionsmarke (UMVO),<sup>680</sup>
- Verordnung (EG) Nr. 6/2002 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster (GeschMVO),<sup>681</sup>
- Verordnung (EG) Nr. 2100/94 über den gemeinschaftlichen Sortenschutz (SortenschutzVO),<sup>682</sup>
- Verordnung (EU) Nr. 1151/2012 über Qualitätsregelungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel.<sup>683</sup>

Mit der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums<sup>684</sup> wurde zudem ein Instrument geschaffen, um die Massnahmen, Verfahren und Rechtsmittel bei Verletzung von Immaterialgüterrechten in den Mitgliedstaaten zu vereinheitlichen.

<sup>677</sup> Vgl. dazu N 734.

<sup>678</sup> Art. 122 IPRG; vgl. dazu unten Siebtes Kapitel N 1157 ff.

<sup>679</sup> Rauscher-THORN, Art. 4 Rom I-VO N 120 ff.

<sup>680</sup> Verordnung (EU) 2017/1001 des Rates vom 14.6.2017 über die Unionsmarke, ABl. Nr. L 154 vom 16.6.2017, 1.

<sup>681</sup> Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12.12.2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. Nr. L 3 vom 5.1.2002, 1.

<sup>682</sup> Verordnung (EG) Nr. 2100/94 vom 27.7.1994 über den gemeinschaftlichen Sortenschutz, ABl. Nr. L 227 vom 1.9.1994, 1.

<sup>683</sup> Verordnung (EU) Nr. 1151/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.11.2012 über Qualitätsregelungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel, ABl. Nr. L 343 vom 14.12.2012, 1.

<sup>684</sup> Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. Nr. L 157 vom 30.4.2004, 45.

#### IV. Anerkennung und Vollstreckung

- 761 Wie im Bereich der Zuständigkeit kann auch für die Anerkennung und Vollstreckung grundsätzlich auf die Ausführungen zum LugÜ als paralleles Übereinkommen zur EuGVO verwiesen werden.<sup>685</sup> Mangels Sonderbestimmungen in der UMVO bzw. der GeschMVO findet die Brüssel Ia-VO insbesondere auch auf die Vollstreckung von Urteilen von Unionsmarkengerichten sowie Gemeinschaftsgeschmacksmustergerichten Anwendung.<sup>686</sup>
- 762 Im Hinblick auf die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen des Europäischen Patentgerichts, die in einem EU-Mitgliedstaat, der nicht Vertragspartei der Übereinkunft zur Errichtung des gemeinsamen Gerichts ist, anerkannt und vollstreckt werden müssen, gelten die allgemeinen Bestimmungen der Brüssel Ia-VO. Dasselbe gilt für Entscheidungen der Gerichte eines EU-Mitgliedstaats, der nicht Vertragspartei der Übereinkunft zur Errichtung des gemeinsamen Gerichts ist, die in einem Mitgliedstaat, der Vertragspartei dieser Übereinkunft ist, anerkannt und vollstreckt werden müssen.<sup>687</sup> Wird die Anerkennung und Vollstreckung einer Entscheidung des gemeinsamen Patentgerichts jedoch in einem Mitgliedstaat beantragt, der Vertragspartei der Übereinkunft zur Errichtung des gemeinsamen Gerichts ist, gelten anstelle der Brüssel Ia-VO die einschlägigen Bestimmungen des Übereinkommens über das einheitliche Patentgericht.<sup>688</sup> Nach Art. 82 Abs. 1 des Übereinkommens sind die Entscheidungen und Anordnungen des Gerichts in allen Vertragsmitgliedstaaten vollstreckbar. Davon unabhängig unterliegt das Vollstreckungsverfahren dem Recht des Vertragsmitgliedstaates, in dem die Vollstreckung erfolgt. Entscheidungen des Gerichts werden unter den gleichen Bedingungen vollstreckt wie Entscheidungen, die in dem Vertragsmitgliedstaat, in dem die Vollstreckung erfolgt, ergangen sind.<sup>689</sup>
- 763 Im Gegensatz zu den in Art. 24 Ziff. 4 Brüssel Ia-VO vorgesehenen formellen Änderungen hat die Abschaffung des Exequaturverfahrens durchaus einen Einfluss auf Entscheide zu immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten. Gemäss Art. 35 Abs. 1 der früher geltenden Brüssel I-VO wurden Entscheide, die unter Verletzung der zwingenden Zuständigkeitsvorschriften von Art. 22 Brüssel I-VO ergangen sind, nicht anerkannt. Eine Überprüfung der ausschliesslichen Zuständigkeit ist weiterhin möglich, jedoch nur auf Verlangen einer interessierten Partei (Art. 45 Ziff. 1 Brüssel Ia-VO) bzw. auf Antrag derjenigen Person, die von der Vollstreckung betroffenen ist (Art. 46 i.V.m. Art. 45 Ziff. 1 lit. e Brüssel Ia-VO).

685 Vgl. unten N 160 f.; s.a. FAWCETT/TORREMANS, N 19.01 ff.

686 Vgl. zur Zuständigkeit oben N 740 ff.

687 Art. 71d Abs. 1 lit. a und b Brüssel Ia-VO.

688 Vgl. oben N 741.

689 Art. 82 Abs. 3 des Übereinkommens über das Einheitliche Patentgericht.



## § 4 Private Regelwerke

### I. Allgemeines

Im Bereich des internationalen Immaterialgüterrechts spielen neben den nationalen und supranationalen Gesetzesbestimmungen zunehmend auch private Regelwerke («Prinzipien») eine Rolle, die in der Tradition der Vereinheitlichung von Privatrecht durch Soft law stehen und als Inspirationsquelle zur Fortentwicklung des Rechts, als Grundlage für den Gesetzgeber zur Reform des nationalen Kollisionsrechts sowie als Grundlage für internationale Übereinkommen dienen sollen. Unmittelbare Rechtswirkungen kommen ihnen aber nicht zu. 764

### II. ALI Principles

Lange wurde das IPR des Immaterialgüterrechts auf das Territorialitätsprinzip reduziert, so dass sich international-privatrechtliche Fragen nur selten stellten. Dies sollte sich mit der zunehmenden Verbreitung des Internets ändern, so dass das American Law Institute sich Anfang des 21. Jahrhunderts veranlasst sah, nach Lösungen zu suchen.<sup>690</sup> Nach mehrjähriger Arbeit wurde im Mai 2007 ein Vorschlag zur Regelung des internationalen Immaterialgüterrechts unter dem Titel «Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes» (ALI Principles) verabschiedet.<sup>691</sup> 765

Die ALI Principles formulieren Regeln, die für die Anwendung des Immaterialgüterrechts insgesamt konzipiert sind, aber insbesondere auf die Probleme des Internets reagieren sollen. Während nach der anerkannten Schutzlandanknüpfung die Beschränkung anwendbarer Rechtsordnungen im Internet auf der Ebene der Anwendung territorial beschränkter Sachnormen des nationalen Immaterialgüterrechts zu erreichen ist, verfolgen diese Prinzipien dasselbe Ziel über Kollisionsregeln, die von der traditionellen Schutzlandanknüpfung abweichen. Dabei sind die Prinzipien durch das amerikanische Kollisionsrechtsdenken geprägt, das dem zuständigen Gericht weitreichenden Abwägungsspielraum bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts einräumt.<sup>692</sup> 766

### III. CLIP Principles

Seit 2004 beschäftigte sich die European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP) mit Problemen des internationalen Immaterialgüterrechts. Im April 2008 präsentierte sie einen ersten Entwurf der «Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property» (CLIP Principles). Nach mehrmaliger Überarbei- 767

690 Vgl. Bariatti-GINSBURG, 3 ff.; vgl. zur Entstehungsgeschichte der ALI Principles auch die Zusammenfassung bei BIRKMANN, 239 ff. m.w.H.

691 Abgedruckt in BARIATTI (Hrsg.), 263 ff.; vgl. ferner Basedow/Kono/Metzger-DESSEMONTET, 31 ff.

692 MüKo-DREXL, IntImmGR N 331 ff.; zum Ganzen vgl. DREYFUSS, 30 Brook. J. Int'l L., 819 ff.

tung konnten die Arbeiten Ende 2011 abgeschlossen werden.<sup>693</sup> Im Gegensatz zu den ALI Principles sind sie dem europäischen Rechtsdenken verpflichtet und folgen grundsätzlich dem Schutzlandprinzip.<sup>694</sup> Mit einer gesonderten Regelung für «ubiquitäre Medien» wird eine Vorschrift vorgeschlagen, die es ermöglichen soll, von der ansonsten vorgesehenen Mosaikbetrachtung abzuweichen und einheitlich am Recht des Staates oder der Staaten anzuknüpfen, mit dem oder mit denen die engste Verbindung besteht.<sup>695</sup>

#### IV. Weitere Regelungen

- 768 Ausser in den USA und Europa ist das internationale Immaterialgüterrecht auch in Asien ein Thema:
- 2008 veröffentlichte – wie gezeigt – die WASEDA Universität die Principles on Private International Law on Intellectual Property (Japanese Proposal).<sup>696</sup>
  - 2009 wurde von der Japanese Transparency Group das Transparency Proposal on Jurisdiction, Choice of Law, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Intellectual Property (October, 2009) publiziert.<sup>697</sup>
  - 2010 publizierte die WASEDA Universität den Commentary on Principles of Private International Law on Intellectual Property Rights (Joint Proposal Drafted by Members of the Private International Law Association of Korea and Japan).<sup>698</sup>

### § 5 Schweiz

#### I. Zuständigkeit

- 769 Die internationale Zuständigkeit für immaterialgüterrechtliche Streitigkeiten hängt einerseits davon ab, ob es (auch) um den Bestand, d.h. die (Nicht-)Existenz des Schutzrechts an sich geht oder (nur) um dessen Verletzung. Andererseits spielen ein vorbestehendes Rechtsverhältnis wie etwa ein Lizenzvertrag zwischen den Parteien, und eine allfällige Gerichtsstands- bzw. Schiedsvereinbarung eine zentrale Rolle bei der Beurteilung der internationalen Zuständigkeit.

---

693 Conflict of laws in intellectual property: the CLIP principles and commentary, Oxford 2013; vgl. ferner Basedow/Kono/Metzger-HEINZE, 53 ff.; Basedow/Kono/Metzger-METZGER, 157 ff.; Basedow/Kono/Metzger-DE MIGUEL ASENSIO, 239 ff.; zum Vergleich der ALI und CLIP Prinzipien vgl. Bariatti-KUR/UERTAZZI, 89.

694 Art. 3:102 CLIP Principles.

695 Art. 3:603 CLIP Principles; zum Ganzen vgl. KUR, GRUR Int. 2012, 857 ff.

696 <http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org/activity/pdf/19/21.pdf>.

697 <http://www.tomeika.jur.kyushu-u.ac.jp/ip/pdf/Transparency%20RULES%20%202009%20Nov1.pdf>; auch abgedruckt in: Basedow/Kono/Metzger, 394 ff.; vgl. auch Basedow/Kono/Metzger-CHAEN/KONO/YOKOMIZO, 77 ff.

698 <http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org/activity/pdf/28/08.pdf>.

- SCHULZE, Die Kodifikation des Vertragsstatuts im internationalen Privatrecht, Schriftenreihe des Instituts für Internationales Recht und Internationale Beziehungen, Heft 30, Basel u. Frankfurt am Main 1980
- SCHWANDER, Zur Anknüpfung der Schuldverträge im IPR bei Fehlen einer Rechtswahl (objektive Anknüpfung), in: Bohnet/Knoepfler (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de François Knoepfler*, Basel 2005, 66
- DERS., Die Gerichtszuständigkeiten im Lugano-Übereinkommen, in: Schwander (Hrsg.), *Das Lugano Übereinkommen*, St. Gallen 1990, 61
- DERS., Zur heutigen Rolle des Erfüllungsortes im IPR, in: Stoffel/Volken (Hrsg.), *Conflicts et Harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Fribourg 1990, 681
- DERS., Internationales Vertragsschuldrecht – Direkte Zuständigkeit und objektive Anknüpfung, in: Schwander (Hrsg.), *Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts: Festschrift für Rudolf Moser*, Zürich 1987, 79
- DERS., in: Koller (Hrsg.) *Der Grundstückskauf*, 2. Aufl., Bern 2001, 453 (zit. SCHWANDER, Grundstückskauf)
- SCHWARZ, The Law Applicable to Voluntary Agency in a Comparative Perspective, *RabelsZ* 2007, 729
- SCHWENZER, Das UN-Abkommen zum internationalen Warenkauf, *NJW* 1990, 602
- SERICK, Die Sonderanknüpfung von Teilfragen im internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 22 (1958) 633
- SIEHR, Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht, in: Forstmoser/Giger/Heini/Schlupe (Hrsg.), *Festschrift für Max Keller*, Zürich 1989, 485
- DERS., Gemeinsame Kollisionsnormen für das Recht der vertraglichen und ausservertraglichen Schuldverhältnisse, in: Schwander (Hrsg.), *Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts: Festschrift für Rudolf Moser*, Zürich 1987, 10
- DERS., UN-Kaufrecht von 1980 und der Handel mit Kulturgütern, Bern 2011 (zit. SIEHR, UN-Kaufrecht)
- SIMITIS, Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht, *JuS* 1966, 209
- SOLOMON, Verbraucherverträge, in: Ferrari/Leible (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena 2007, 89
- STAUDINGER, Erfolgshonorare und quota litis-Vereinbarungen im Internationalen Privatrecht, *IPRax* 2005, 129
- STEINLE, Konkludente Rechtswahl und objektive Anknüpfung nach altem und neuem deutschen Internationalen Vertragsrecht, *ZvglRWiss* 1994, 310
- STOLL, Rechtliche Inhaltskontrolle bei Internationalen Handelsgeschäften, in: Musielak/Schurig (Hrsg.), *Festschrift für Gerhard Kegel*, Stuttgart 1987
- STRICKLER, Gerichtsstand am vertraglichen Erfüllungsort – Auswirkungen der Revision des Lugano-Übereinkommens auf das Prozessrecht der Schweiz, in: Fahrländer/Heizmann (Hrsg.), *Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung (APA-RIUZ Band 15, 2013)*, 161
- TRÜTEN, Die Mobilität von Gesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft, Zürich 2005 (zit. TRÜTEN, Mobilität von Gesellschaften)
- UMBRICHT, Die immanenten Schranken der Rechtswahl im internationalen Schuldvertragsrecht, Zürich 1963

Gerichtsstaat umgesetzten Form.<sup>923</sup> Faktische Auswirkung ist die Berechnung der Entschädigung nach dem Brutto- und nicht nach dem Nettoprinzip.

- 927 Obwohl das Grundkonzept der Binnenmarktklausel aus dem Bereich des Verbraucherschutzes stammt, beschränkt sich Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO nicht hierauf. In der Praxis kommen internrechtlich zwingende Vorschriften gemeinschaftsrechtlichen Ursprungs ausserhalb des Verbraucherrechts allerdings selten vor.

## 5. Objektive Anknüpfung

- 928 Im Rahmen der objektiven Anknüpfung ist es grundsätzlich bei der aus dem EVÜ bekannten Anwendung des Aufenthaltsrechts der die charakteristische Leistung erbringenden Partei geblieben. Neu ist jedoch die Konkretisierung dieses Prinzips durch Listenbildung im Sinne vertragstypischer Anknüpfungsregeln. Beispiele:
- «Kaufverträge über bewegliche Sachen unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Verkäufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat» (Art. 4 Abs. 1 lit. a Rom I-VO);
  - «Dienstleistungsverträge unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Dienstleister seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat» (Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO);
  - «Franchiseverträge unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Franchisenehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat» (Art. 4 Abs. 1 lit. e Rom I-VO);
  - «Vertriebsverträge unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Vertriebshändler seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat» (Art. 4 Abs. 1 lit. f Rom I-VO).
- 929 Diese Methode soll dazu dienen, das objektiv anwendbare Recht so präzise und berechenbar wie möglich bestimmen zu können.<sup>924</sup>
- 930 Die Liste des Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO enthält auch von der Grundanknüpfung abweichende Regeln. So unterwirft sie Verträge über unbewegliche Sachen dem Recht des Lageorts der Immobilie, ohne dass es auf den Aufenthaltsort der Parteien ankommt.<sup>925</sup> Dies entspricht auch der Lösung des schweizerischen IPRG<sup>926</sup> und ist insofern gerechtfertigt, als die Verordnung hiermit den grundsätzlichen Gleichlauf mit den entsprechenden verfahrensrechtlichen Vorschriften herstellt.
- 931 Unter dem EVÜ fehlte eine klare Regel zur Anknüpfung von Franchise- und Vertriebsverträgen. Die Rom I-VO hat sich insoweit – wie aufgezeigt – für die Anwendung des Rechts des Franchisenehmers und des Vertriebshändlers entschieden und begründet diese Wahl damit, dass das materielle Unionsrecht den Franchisenehmer und den Vertriebshändler als die schwächere Partei ansieht.<sup>927</sup>
- 932 Unter dem EVÜ kam dem gewöhnlichen Aufenthaltsort des Erbringers der charakteristischen Leistung entscheidende Bedeutung zu. Dies ist nunmehr nur noch dann be-

---

923 Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl. Nr. L 82 vom 31.12.1986, 17; vgl. zur Umsetzung in Deutschland § 84 ff. HGB.

924 KOM 2005 (650 endg.), 6.

925 Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I-VO.

926 Art. 119 Abs. 1 IPRG; vgl. dazu unten N 1123 ff.

927 KOM 2005 (650 endg.), 6.

deutsam, wenn der Vertrag keinem der in der Liste des Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO genannten Typ unterfällt oder er aus verschiedenen solcher Typen zusammengesetzt ist.<sup>928</sup>

Zu begrüßen ist die Beibehaltung einer Ausnahmeklausel zugunsten des Rechts der engsten Verbindung, nachdem der Vorschlag der Kommission bereits die Streichung dieser Regelung vorgesehen hatte.<sup>929</sup> Da dem europäischen Kollisionsrecht ein Allgemeiner Teil bislang fehlt, verfügt es – im Gegensatz zum schweizerischen IPRG<sup>930</sup> – nicht über eine allgemeine Ausnahmeklausel. Wäre der Gesetzgeber dem Kommissionsvorschlag gefolgt, würde es sich bei den Anknüpfungsregeln nicht mehr nur um widerlegliche Vermutungen, sondern um strikte, ausnahmslose Tatbestände handeln. Damit wäre die Balance zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit zu undifferenziert zugunsten der Rechtssicherheit und der einheitlichen Anwendung des Rechts in allen Mitgliedstaaten verlagert worden. 933

Neben den in Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO geregelten Grundanknüpfungen enthält die Verordnung ein Anzahl weiterer Anknüpfungsregeln für besondere Vertragstypen, die im Fall ihrer Anwendbarkeit Vorrang gegenüber den allgemeinen Bestimmungen beanspruchen. Im Einzelnen handelt es sich um Kollisionsregeln im Hinblick auf Beförderungsverträge, Verbraucherverträge, Versicherungsverträge sowie Individualarbeitsverträge. 934

## 6. Sonderanknüpfungen

### a) *Beförderungsverträge*

Art. 5 Rom I-VO regelt das anwendbare Recht für Verträge zur Beförderung sowohl von Gütern als auch von Personen. Er gilt ausser für Pauschalreisen uneingeschränkt; die besonderen Kollisionsvorschriften für Verbraucher sind insoweit nicht zu beachten.<sup>931</sup> 935

Neu gegenüber dem EVÜ ist die Regelung des anwendbaren Rechts bei Personenbeförderungsverträgen.<sup>932</sup> Die Vorschrift schränkt die Rechtswahlmöglichkeit auf die Rechtsordnungen bestimmter Staaten ein: Soweit eine Rechtswahl nicht getroffen wurde, ist das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der zu befördernden Person anwendbar. Gleiches dürfte gelten, wenn eine Rechtswahl ungültig ist. 936

Das Recht des Aufenthaltsstaats der zu befördernden Person findet jedoch nur Anwendung, wenn sich dort auch der Absende- oder der Zielort befindet. Andernfalls ist das Recht des Beförderers anzuwenden.<sup>933</sup> Ob die Regelung den beabsichtigten verbraucherschützenden Effekt tatsächlich entfalten kann, erscheint fraglich. In der Praxis wird sie vielfach vom Einheitsrecht der transportrechtlichen 937

928 Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO.

929 Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO.

930 Art. 15 IPRG.

931 Art. 6 Abs. 4 lit. b Rom I-VO.

932 Art. 5 Abs. 2 Rom I-VO.

933 Art. 5 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 2 Rom I-VO.

c) *Zeitpunkt*

- 1083 Nach Art. 116 Abs. 3 IPRG kann die Rechtswahl jederzeit getroffen oder geändert werden. Wird sie nach Vertragsabschluss getroffen oder geändert, so wirkt sie auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurück.

**Beispiel:**

Berufen sich die Parteien während des Prozesses übereinstimmend auf das Recht am Gerichtsort, kann dies als nachträgliche stillschweigende Rechtswahl interpretiert werden. Ein solches Verhalten kann u.U. weitreichende Folgen haben, da die Parteien hiermit nicht nur das vorher geltende Recht im Hinblick auf die eingeklagten Ansprüche, sondern auch hinsichtlich aller sonstigen zum Vertragsstatut gehörigen Fragen ersetzen (z.B. Verjährung).

Für eine ausdrückliche nachträgliche Wahl der *lex fori* kann allerdings die Erwägung sprechen, dass das zu erwartende Urteil in vollem Umfang vom höchsten Gericht des entsprechenden Staates nachgeprüft werden kann, denn ausländisches Recht ist oftmals nicht revisibel.<sup>1123</sup>

d) *Materielle Gültigkeit*

- 1084 Ob eine gültige Willenserklärung der Parteien vorliegt, ob diese angefochten werden kann oder ob sonstige Hindernisse für eine Einigung vorliegen, richtet sich gem. Art. 116 Abs. 2 Satz 2 IPRG nach dem «gewählten Recht». Diese Formulierung ist insofern missverständlich, als vor einer gültigen Einigung noch kein Recht gewählt sein kann. Massgebend ist daher das Recht, das die Parteien für ihren Vertrag bei den Verhandlungen als Vertragsstatut in Aussicht genommen haben. Dieses Recht bestimmt auch, ob eine Offerte bindend ist und ob sie widerrufen werden kann.<sup>1124</sup>

e) *Wählbare Rechte*

- 1085 Das schweizerische und das europäische Recht stimmen weiterhin insoweit überein, als beide eine kollisionsrechtliche Wahl nichtstaatlicher Regelwerke grundsätzlich ausschliessen.<sup>1125</sup> Das Bundesgericht hat dies zumindest im Hinblick auf Regelwerke privatrechtlich organisierter Vereinigungen angenommen. Dies gilt auch, wenn sie sehr detailliert und ausführlich sind, wie bspw. die SIA-Normen oder die Verhaltensregeln eines internationalen Fussballverbandes.<sup>1126</sup> Zur Begründung wird auf die Lückenhaftigkeit und mangelnde Voraussehbarkeit nichtstaatlichen Rechts hingewiesen.<sup>1127</sup>
- 1086 Die Lehre argumentiert dagegen differenzierter: So komme eine kollisionsrechtliche Wahl bestimmter Kodifikationen, die von einer anerkannten internationalen Organi-

---

1123 SIEHR, Das IPR der Schweiz, 235.

1124 SIEHR, Das IPR der Schweiz, 234.

1125 CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 116 N 4.

1126 BGE 132 III 285 E. 1.3.

1127 DUTOIT, Supplément, Art. 116 IPRG N 4; SIEHR, FS Keller, 500 ff.; PATOCCHI, Vertragsrecht, 36; BUCHER, Transnationales Recht 11 ff.; BSK IPRG-AMSTUTZ/WANG, Art. 116 N 21; SCHWANDER, Int. Privatrecht BT, N 489; BRULHART, 254; VISCHER, BJM 1989, 197 f.; HEINI, FS Moser, 71 f.; KNOEPFLER, 87.

trag und ähnliche Dienstleistungsverträge<sup>1145</sup>, Verwahrungsverträge<sup>1146</sup> sowie Garantie- oder Bürgschaftsverträge<sup>1147</sup>.

Für den praktisch wichtigen Bereich des Kaufs beweglicher Sachen verweist Art. 118 IPRG auf die Regeln des Haager Übereinkommens betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht (HKaufÜ; vgl. dazu unten N 1103 ff.).<sup>1148</sup> 1094

### c) Problembereiche

Das Konzept des Art. 117 IPRG hat den Vorteil, dass es ein klares und zumeist einfach festzustellendes Anknüpfungssystem bietet und somit den Bedürfnissen der Rechtssicherheit entgegenkommt. Bemängelt wird jedoch teilweise eine zu wenig ausgeprägte Anpassungsfähigkeit an die Veränderungen im Wirtschaftsleben und die damit einhergehende wachsende Anzahl komplexer Verträge.<sup>1149</sup> 1095

Indes führt die Bestimmung der charakteristischen Leistung bereits zu Schwierigkeiten, wenn gleichwertige Leistungen vorliegen, z.B. wenn sich beide Parteien zur Erbringung einer persönlichen Leistung, Sach- oder Erfolgsgewährleistung verpflichten. Art. 117 IPRG zwingt in solchen Fällen dazu, eine der beiden Leistungen als die wichtigere zu qualifizieren. Diese Verträge sind dann gem. Art. 117 Abs. 1 IPRG nach dem Grundsatz des engsten Zusammenhangs zu qualifizieren. Hierfür gibt es aber keine konkrete Regel, so dass die Rechtssicherheit nicht immer gewährleistet ist. 1096

Es herrscht insbesondere keine Einigkeit, wer etwa beim Leasing-, Franchising- und Sponsoringvertrag sowie bei Verträgen über das Erlöschen einer Forderung die charakteristische Leistung erbringt.<sup>1150</sup> Geht man von der Ratio des Prinzips der engsten Verbindung aus, stehen etwa beim Leasing das Nutzen eines Objekts und beim Franchising das Betreiben eines Geschäfts im Vordergrund. Da beide Parteien gleichwertige Leistungen erbringen, ist keines der beteiligten Aufenthalts- oder Niederlassungsrechte der Parteien dem jeweils anderen vorzuziehen. Vielmehr besteht der engste Zusammenhang primär zur Rechtsordnung des Staates, «in dessen Gesellschaft sich die Funktion des Vertrags verwirklicht».<sup>1151</sup> 1097

Beim Leasingvertrag ist dies dort, wo das Leasingobjekt genutzt, und beim Franchisingvertrag der Ort, an dem das Franchisinggeschäft betrieben wird. Dieses Ergebnis steht in den meisten Fällen im Einklang mit der Rom I-VO, allerdings ohne auf deren methodisch fragwürdige Herleitung (Schutz der schwächeren Vertragspartei) zurückgreifen zu müssen. Sind die Vertragsverhältnisse so ausgestaltet, dass in mehreren Staaten ein Leasingobjekt eingesetzt oder ein Franchisegeschäft betrieben wird, kommt eine kumulative Anknüpfung des Aufenthalts- bzw. Niederlassungsrechts bei- 1098

1145 Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG.

1146 Art. 117 Abs. 3 lit. d IPRG.

1147 Art. 117 Abs. 3 lit. e IPRG.

1148 SR 0.221.211.4.

1149 GUNST, 106 f.

1150 MARK NDUE, 120.

1151 MARK NDUE, 124.

der Parteien unter Beachtung der zwingenden Bestimmungen des Rechts in den Staaten in Betracht, wo der Vertrag seine Funktion entfaltet.<sup>1152</sup>

- 1099 Bei gesellschaftsrechtlichen Verträgen steht oftmals kein Leistungsaustausch, sondern gemeinsame Zweckerreichung im Vordergrund. Bei diesen kann – mit Ausnahme des Aktionärsbindungsvertrags, mit dem sich nur ein Aktionär bindet – nach herrschender Lehre und Rechtsprechung keine charakteristische Leistung bestimmt werden und nicht nach der Anknüpfungsregel von Art. 117 Abs. 2 IPRG vorgegangen werden.<sup>1153</sup> In diesen Fällen ist auf das allgemeine Kriterium des engsten Zusammenhangs nach Art. 117 Abs. 1 IPRG auszuweichen. Als Indizien bieten sich insoweit das gemeinsame Aktivitätszentrum, der gemeinsame Aufenthaltsort der Gesellschafter oder das Gesellschaftsstatut an. Ist kein engster Zusammenhang mit einer Rechtsordnung erkennbar, wird teilweise auch für eine kumulative Anknüpfung plädiert.<sup>1154</sup>

*d) Inhalt und Anwendungsbereich*

- 1100 Nach dem Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung (vgl. oben N 1090) unterstehen alle Fragen des Vertragsrechts dem Vertragsstatut. Ausnahmen bestehen lediglich im Hinblick auf die Form, Erfüllung, Schweigen auf einen Antrag sowie die Stellvertretung (vgl. dazu unten N 1165 ff.).
- 1101 Das (beabsichtigte) Vertragsstatut bestimmt insbesondere, ob die Parteien sich wirksam geeinigt haben, ein Dissens vorliegt oder eine Anfechtung wegen Irrtums zulässig ist. Es gibt weiterhin darüber Auskunft, welchen Inhalt der Vertrag hat und welche Rechte und Pflichten sich daraus für die Parteien ergeben. Das Vertragsstatut regelt also auch,
- ob Dritte Rechte aus dem Vertrag herleiten können,
  - wo sich der Erfüllungsort befindet,<sup>1155</sup>
  - wie der Vertrag auszulegen ist und
  - ob der Vertrag formbedürftig ist.<sup>1156</sup>
- 1102 Auch die Folgen von Leistungsstörungen unterstehen dem Vertragsstatut. Dieses gibt insbesondere Auskunft darüber, welche Sanktionen greifen (z.B. Schadenersatz, Aufhebung des Vertrags oder Vertragsanpassung).<sup>1157</sup> Zu den durch das Vertragsstatut beherrschten Fragen zählt auch die Verjährung, die in Art. 148 Abs. 1 IPRG für sämtliche Schuldverhältnisse gesondert geregelt ist.<sup>1158</sup>

---

1152 SCHWANDER, FS Knoepfler, 66.

1153 MARK NDUE, 129 f.

1154 WISMER, 361.

1155 Bedeutsam für Art. 5 Ziff. 1 LugÜ und Art. 113 IPRG; vgl. oben N 972 ff.

1156 Ob die Form *in casu* eingehalten wurde, richtet sich nach Art. 124 IPRG; vgl. unten N 1165 ff.

1157 SIEHR, Das IPR der Schweiz, 254.

1158 Vgl. dazu unten Zehntes Kapitel N 1700 ff.



#### 4. Sonderanknüpfungen

##### a) Kauf beweglicher körperlicher Sachen

##### aa) Allgemeines

Im Hinblick auf Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen verweist Art. 118 IPRG auf das Haager Übereinkommen vom 15. Juni 1955 betreffend das auf internationale Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen anzuwendende Recht (HKaufÜ).<sup>1159</sup> Die Bestimmung hat lediglich klarstellenden Charakter, weil Staatsverträge auf Grund des allgemeinen Vorbehalts von Art. 1 Abs. 2 IPRG ohnehin vorgehen. 1103

Als *erga omnes* geltender Staatsvertrag findet das Übereinkommen auch dann Anwendung, «(...) wenn der Käufer oder Verkäufer seinen gewöhnlichen Aufenthalt bzw. seine Niederlassung in einem Land hat, das der Konvention nicht beigetreten ist, sofern nur der Forumstaat der Konvention angehört».<sup>1160</sup> International hat das HKaufÜ nicht allzu weite Verbreitung gefunden; Vertragsstaaten sind ausser der Schweiz nur Dänemark, Finnland, Frankreich, Italien, Norwegen und Schweden.<sup>1161</sup> 1104

##### bb) Anwendungsbereich

Das Übereinkommen enthält keine eigenständige Definition des Kaufvertrages. Qualifikationsprobleme werden dennoch selten auftreten, da unter einem Kaufvertrag in sämtlichen betroffenen Rechtsordnungen nahezu derselbe Kontrakttypus verstanden wird.<sup>1162</sup> Im Gegensatz zu reinen Werkverträgen sind sog. Werklieferungsverträge, bei denen sich der Verkäufer der noch herzustellenden Waren zur Beschaffung des hierfür erforderlichen Rohstoffes verpflichtet, vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausdrücklich mitumfasst.<sup>1163</sup> Damit ist eine der schwierigsten Abgrenzungsfragen klar geregelt. 1105

Zur Frage der Internationalität eines Kaufvertrags bezieht das Übereinkommen nicht näher Stellung. Immerhin stellt Art. 1 Abs. 4 HKaufÜ klar, dass eine Erklärung der Parteien über das anzuwendende Recht oder über die Zuständigkeit eines Richters oder eines Schiedsrichters nicht genügt, um dem Kaufvertrag die Eigenschaft eines internationalen Vertrages zu geben. 1106

##### **Beispiel:**

Ein Kaufvertrag zwischen Parteien mit Sitz in der Schweiz über Ware, die sich im Inland befindet, wird nicht dadurch international, dass die Parteien deutsches Recht vereinbart haben, aber in der Schweiz klagen. Haben dagegen Parteien aus Deutschland für ihren rein deutschen Vertrag die Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich vereinbart und klagen sie hier, muss das Vertragsstatut nach dem HKaufÜ bestimmt werden.

1159 SR 0.221.211.4; für die Schweiz in Kraft seit 27.10.1972.

1160 VISCHER, SJIR 1964, 55; VISCHER/HUBER/OSER, N 315; SCHWANDER, FS Moser, 89; KELLER, FS von Overbeck, 280.

1161 <<http://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=31>>.

1162 BSK IPRG-AMSTUTZ/WANG, Art. 118 N 5; ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 118 N 29; CR LDIP-BONOMI, Art. 118 N 3; DUTOIT, Art. 118 IPRG N 3.

1163 Art. 1 Abs. 3 HKaufÜ, vgl. dazu OGER Thurgau, SJZ 1984, 359 f.

- 1107 Da das Übereinkommen nur Kaufverträge über «bewegliche körperliche Sachen» beschlägt, fallen Veräusserungsgeschäfte über Grundstücke, Forderungen und andere Rechte ausser Betracht.<sup>1164</sup> Ausdrücklich ausgenommen sind zudem Kaufverträge über Wertpapiere, eingetragene See- und Binnenschiffe sowie Luftfahrzeuge.<sup>1165</sup> Schliesslich findet das HKaufÜ gem. dem Vorbehalt von Art. 118 Abs. 2 IPRG auch keine Anwendung auf Konsumentenverträge.

cc) Subjektive Anknüpfung

- 1108 Wie auch das IPRG geht das Übereinkommen vom Primat der Parteiautonomie aus.<sup>1166</sup> Insoweit kann grundsätzlich auf das zu Art. 116 IPRG Gesagte verwiesen werden (vgl. oben N 1076 ff.). Schranken bestehen nur insoweit, als sie ausdrücklich im Übereinkommen vorgesehen sind.<sup>1167</sup> Insoweit ist v.a. Art. 2 Abs. 1 HKaufÜ hervorzuheben, wonach nur auf innerstaatliches materielles Recht verwiesen werden darf. Die Vereinbarung einer IPR-Verweisung ist daher ausgeschlossen.<sup>1168</sup>

dd) Objektive Anknüpfung

- 1109 Fehlt eine gültige Rechtswahl, verweist Art. 3 Abs. 1 HKaufÜ auf das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort oder am Niederlassungsort des Verkäufers.<sup>1169</sup> Grundsätzlich stimmt das Übereinkommen somit sowohl mit Art. 117 IPRG als auch mit Art. 4 Rom I-VO überein. Im Unterschied zu den beiden moderneren Rechtsakten fehlt dem HKaufÜ jedoch eine Ausnahmeklausel zu Gunsten des engsten Zusammenhangs. Im Interesse der Rechtssicherheit lässt das Übereinkommen somit abweichende Lösungen bei «noch engerem Zusammenhang» des Vertrages zur Rechtsordnung eines anderen Staates nicht zu.<sup>1170</sup>
- 1110 Gemäss Art. 3 Abs. 1 Satz 1 HKaufÜ ist bei der Anknüpfung auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem der Verkäufer die Bestellung empfängt. Jedoch kommt das Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts oder der Niederlassung des Käufers zur Anwendung, wenn in diesem Staat die Bestellung entgegengenommen wurde: sei es vom Verkäufer oder durch seinen Vertreter, Agenten oder Handelsreisenden.<sup>1171</sup> Damit wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass nicht der Käufer, sondern der Verkäu-

1164 CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 118, N 5; KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2360; CR LDIP-BONOMI, Art. 118 N 4.

1165 Art. 1 Abs. 2 HKaufÜ.

1166 VON SPRECHER, 66 ff.; VISCHER, SJIR 1964, 55 f.; BSK IPRG-AMSTUTZ/WANG, Art. 118 N 8; CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 118 N 7.

1167 CZERWENKA, 65; VISCHER, SJIR 1964, 56 f.

1168 ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 118 N 31; BSK IPRG-AMSTUTZ/WANG, Art. 118 N 8; CZERWENKA, 67.

1169 Vgl. dazu BGer, 18.5.2009, 4A\_68/2009, E. 10.2; 11.3.2002, 4C.302/2001, E. 1b/bb; OGer LU, LGVE 1990 I, 35.

1170 CR LDIP-BONOMI, Art. 118 N 11; BSK IPRG-AMSTUTZ/WANG, Art. 118 N 10.

1171 Art. 3 Abs. 1 Satz 2 HKaufÜ; CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 118 N 11.

fer das Rechtsanwendungsrisiko tragen soll, wenn sich dieser in das Land des Käufers begibt.<sup>1172</sup>

Börsen- und Versteigerungskäufe unterstellt Art. 3 Abs. 3 HKaufÜ dem Recht des Börsenplatzes bzw. des Versteigerungsortes. 1111

**Beispiel:**

Der in Genf wohnhafte X offerierte im Juli 2005 zur Ersteigerung über ebay.de einen Oldtimer. Der in Deutschland wohnhafte Y vergewisserte sich brieflich bei X, dass der Wagen wirklich rostfrei sei, und ersteigerte den Wagen zum Preis von € 20 550. Bei der Übernahme des Wagens in Genf wurde ein schriftlicher Kaufvertrag abgeschlossen, in dem auf Gewährleistungsrechte verzichtet wurde. Eine kurz darauf erstellte private Expertise listete Mängel auf, die Y zum Rücktritt vom Vertrag veranlasste. Er klagte gegen X in Genf auf Rückerstattung des Kaufpreises gegen Rückgabe des Autos. Nach Auffassung des Bundesgerichts ist bei einer Versteigerung über das Internet kein präziser Versteigerungsort i.S.v. Art. 3 Abs. 3 HKaufÜ auszumachen. Daher griff das Gericht insoweit auf die Grundregel des Art. 3 Abs. 1 HKaufÜ zurück und wandte schweizerisches Recht an.<sup>1173</sup>

In Übereinstimmung mit der Regelung des IPRG (vgl. oben N 1089 ff.) unterstellt das HKaufÜ den Kaufvertrag grundsätzlich einer einheitlichen Rechtsordnung. Diese gilt für das Zustandekommen, die Gültigkeit und die Wirkungen des Vertrages und insbesondere für die Gefahrtragung.<sup>1174</sup> 1112

ee) Untersuchungsmodalitäten

Fragen im Hinblick auf die Untersuchungsmodalitäten werden nach Art. 4 HKaufÜ gesondert angeknüpft. Fehlt eine ausdrückliche anderslautende Abrede, so ist auf die Form und die Fristen der Untersuchung sowie der entsprechenden Mitteilung das Recht des Staates anwendbar, in dem die Prüfung der Kaufgegenstände zu erfolgen hat. Abweichend von Art. 125 IPRG, der auf die tatsächlich erfolgte Untersuchung abstellt (vgl. dazu unten N 1182 ff.), ist somit der vertragsrechtliche oder gesetzliche Prüfungsort massgebend.<sup>1175</sup> 1113

ff) Verhältnis zum CISG

Neben dem HKaufÜ beansprucht mit dem UNCITRAL-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenverkauf (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, «CISG») vom 11. April 1980 ein weiterer den grenzüberschreitenden Warenkauf betreffender Staatsvertrag Geltung für die 1114

1172 BSK IPRG-AMSTUTZ/WANG, Art. 118 N 11; KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2364; CR LDIP-BONOMI, Art. 118 N 12; ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 118 N 37; VISCHER, SJIR 1964, 61, 63; DUTOIT, Art. 118 IPRG N 6.

1173 BGer, 28.4.2008, 4A\_58/2008, E. 2; vgl. dazu DUTOIT, Supplément, Art. 118 IPRG N 1.

1174 Art. 5 Ziff. 3 Satz 2 und Ziff. 4 *e contrario* HKaufÜ.

1175 CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 118 N 13; BSK IPRG-AMSTUTZ/WANG, Art. 118 N 13; CZERWENKA, 68; DUTOIT, Art. 118 IPRG N 8; krit. VISCHER, SJIR 1964, 65 f.; VISCHER/HUBER/OSER, N 398.

Schweiz.<sup>1176</sup> Dieser bedeutenden Übereinkunft gehören mittlerweile 84 Staaten an.<sup>1177</sup>

1115 Im Unterschied zum HKaufÜ enthält das CISG keine Kollisions-, sondern ausschliesslich Sachnormen, die bei Anwendbarkeit des Übereinkommens die Regeln des nationalen materiellen Kaufrechts (teilweise) verdrängen.<sup>1178</sup>

1116 Im Hinblick auf den räumlichen Anwendungsbereich bestimmt Art. 1 Abs. 1 CISG, dass das Übereinkommen auf Kaufverträge über Waren anzuwenden ist, wenn die Parteien ihre Niederlassungen in verschiedenen Staaten haben.<sup>1179</sup> Dabei unterscheidet das Übereinkommen zwei Fälle:

- (1) Nach Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG findet das Übereinkommen Anwendung, wenn diese Staaten Vertragsstaaten sind (autonome Anwendung).

**Beispiel:**

Verkauft ein schweizerischer Zulieferbetrieb Teile an einen deutschen Automobilhersteller, untersteht dieser Vertrag dem CISG, denn beide Parteien haben ihre Niederlassung in verschiedenen Vertragsstaaten.

- (2) Nach Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG findet das Übereinkommen Anwendung, wenn die Regeln des Internationalen Privatrechts zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaates führen (kollisionsrechtliche Anwendung bzw. Vorschaltlösung).

**Beispiel:**

Verkauft ein schweizerischer Lieferant Ausrüstungsgegenstände für eine Ölbohrplattform nach Aserbeidschan, ist Art. 1 Abs. 1 lit. a CISG zunächst nicht anwendbar, da Aserbeidschan nicht Vertragsstaat ist. Das inländische IPR in Form von Art. 118 IPRG, Art. 3 Abs. 1 HKaufÜ verweist jedoch auf das Recht des Vertragsstaates Schweiz; daher ist das CISG gem. Art. 1 Abs. 1 lit. b CISG anwendbar.

1117 Dies stellt somit eine den Geltungsbereich des CISG erheblich erweiternde Vorschaltlösung dar. Diese Bestimmung war auf der Wiener Konferenz denn auch eine der umstrittensten Regelungen des gesamten Übereinkommens.<sup>1180</sup> Art. 95 CISG eröffnet daher den Staaten die Möglichkeit, einen entsprechenden Vorbehalt anzubringen, so dass die Bestimmung in diesen Staaten keine Anwendung findet. Davon haben insbesondere die USA und China Gebrauch gemacht. Die Schweiz hat auf einen entsprechenden Vorbehalt verzichtet.

1118 Da das CISG lediglich fordert, dass sich die Niederlassungen bzw. gewöhnlichen Aufenthalte der Parteien in verschiedenen Staaten befinden, erfasst das Übereinkommen auch Geschäfte, bei denen die Ware von der Herstellung bis zum Verbrauch ihren Ursprung nicht verlassen hat.<sup>1181</sup>

---

1176 SR 0.221.211.1, für die Schweiz in Kraft getreten am 1.3.1991; vgl. dazu etwa SCHWANDER, Int. Privatrecht BT, N 555 ff.; VISCHER/HUBER/OSER, N 320 ff.; DUTOIT, Supplément, Art. 118 IPRG N 2; OTHENIN-GIRARD, AJP 2013, 611; ISLER, N 462 ff.; SIEHR, Das IPR der Schweiz, 263; SCHWENZER, NJW 1990, 602.

1177 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>>.

1178 KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2372.

1179 BGer, 23.4.2013, 4A\_24/2013, E. 3; 11.12.2000, 4C.272/2000; SIEHR, UN-Kaufrecht, Art. 1 N 6 ff.

1180 SCHWENZER, NJW 1990, 603.

1181 VON CAEMMERER/SCHLECHTRIEM, 128; VOLKEN, 88; ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 118 N 10.

**Beispiele:**

A mit Niederlassung in Zürich verkauft B mit Niederlassung in Stuttgart einen Lastwagen, wobei die Übergabe in der Schweiz stattfindet, was zur Anwendung des CISG führt. Umgekehrt findet das CISG keine Anwendung, wenn ein in Basel niedergelassener Händler seinem in St. Gallen ansässigen Abnehmer eine Ladung Tee verkauft, die von China nach Hamburg geliefert werden soll.

Das letztgenannte Beispiel zeigt, dass sich der Begriff des «internationalen Sachverhalts» des CISG nicht unbedingt mit demjenigen des HKaufÜ deckt. Hier liegt kein internationaler Sachverhalt i.S.d. CISG vor, weil beide Vertragsparteien in demselben Staat niedergelassen sind, da er aber international i.S.d. schweizerischen Rechts zu qualifizieren ist, bestimmt sich das anwendbare Recht nach Art. 118 IPRG i.V.m. dem HKaufÜ.

Hat eine Partei mehrere Niederlassungen, ist gem. Art. 10 lit. a CISG diejenige massgebend, welche die engste Beziehung zum Vertrag und zu seiner Erfüllung hat. Blosses Adressen, «Briefkastenfirmen» oder rein formale Kriterien wie ein Registereintrag sind nicht ausreichend.<sup>1182</sup> 1119

Das CISG schränkt seinen Anwendungsbereich in mehrfacher Hinsicht ein: Zum einen gilt es nicht für die in Art. 2 lit. a–f CISG genannten Verträge. Hierzu zählen Verträge über den Kauf: 1120

- von Waren für den persönlichen Gebrauch oder den Gebrauch in der Familie oder im Haushalt; dies betrifft v.a. Konsumentenverträge i.S.v. Art. 120 IPRG;<sup>1183</sup> Voraussetzung ist, dass der Verkäufer vor oder bei Vertragsabschluss weder wusste noch wissen musste, dass die Ware für einen solchen Gebrauch gekauft wurde;
- bei Versteigerungen (z.B. privaten Auktionen);
- aufgrund von Zwangsvollstreckungs- oder anderen gerichtlichen Massnahmen;
- von Wertpapieren und Zahlungsmitteln; gemeint sind in erster Linie Aktien, Inhaberschuldverschreibungen, Wechsel, Checks; der Kauf von Wertpapieren i.S.v. Art. 106 IPRG unterfällt dagegen dem CISG;
- von Seeschiffen, Binnenschiffen, Luftkissenfahrzeugen oder Luftfahrzeugen und
- von elektrischer Energie.

Vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ebenfalls nicht erfasst sind Verträge über Grundstücke sowie allgemein über Sachen, denen das Attribut der Körperlichkeit fehlt (z.B. Forderungen, Wertrechte, Immaterialgüterrechte). Ausserdem ist es nicht auf Verträge anzuwenden, bei denen der überwiegende Teil der Pflichten der Partei, welche die Ware liefert, in der Ausführung von Arbeiten oder anderen Dienstleistungen besteht.<sup>1184</sup> 1121

Gemäss Art. 6 CISG können die Parteien Anwendung des Übereinkommens ausschliessen oder von seinen Bestimmungen abweichen oder deren Wirkung ändern. Das Übereinkommen folgt somit dem opt out-Modell: Wird das CISG nicht ausdrücklich ausgeschlossen, gilt es automatisch und bedarf keiner ausdrücklichen Vereinbarung.<sup>1185</sup> 1122

1182 KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2381.

1183 Vgl. dazu unten N 1132 ff.

1184 Art. 3 Abs. 2 CISG.

1185 KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2386.

**Beispiel:**

Heisst es in einem Vertrag: «Anwendbar ist schweizerisches Recht», ist damit das CISG nicht ausgeschlossen, denn dieses ist Bestandteil des schweizerischen Rechts. Stattdessen muss ausdrücklich das autonome staatliche Recht eines Landes gewählt werden. Wollen die Parteien also schweizerisches Recht wählen und gleichzeitig das CISG ausschliessen, müsste es heissen: «anwendbar ist das Kaufrecht des schweizerischen Obligationenrechts».

*b) Grundstücke*

- 1123 Verträge über Grundstücke oder deren Gebrauch unterstehen gem. Art. 119 Abs. 1 IPRG dem Recht des Staates, in dem sich die Grundstücke befinden. Erfasst werden alle schuldrechtlichen Verträge, die eine dingliche oder obligatorische Berechtigung an einem Grundstück zum Gegenstand haben, so insbesondere:
- Grundstücksverkauf und Erwerb von Stockwerkseigentum;
  - Tausch von Grundstücken;
  - Dienstbarkeitsverträge;
  - Miete und Pacht, Leasing.<sup>1186</sup>
- 1124 Die Anknüpfung an die *lex rei sitae* entspricht dem Prinzip des engsten Zusammenhangs und stimmt mit dem Sachstatut<sup>1187</sup> überein, sodass ein Gleichlauf von Vertrags- und Sachstatut erreicht wird.<sup>1188</sup> Die gleiche Lösung hat auch der europäische Gesetzgeber in Art. 4 Abs. 1 lit. c Rom I-VO gewählt.
- 1125 Die Anwendung der *lex rei sitae* auf Grundstücke ist insbesondere auch deshalb sinnvoll, weil dieses Recht oftmals Einschränkungen vorsieht, welche durch die lokalen Gegebenheiten bedingt sind. Im Zusammenhang mit schweizerischen Grundstücken zu erwähnen sind bspw. das BGGB<sup>1189</sup>, die Lex Koller<sup>1190</sup>, die Lex Weber<sup>1191</sup>, das Raumplanungsgesetz<sup>1192</sup> sowie die öffentlich-rechtlichen Regeln in Zusammenhang mit dem Grundbuchverkehr<sup>1193</sup>, welche alle nach dem Territorialitätsprinzip anwendbar sind.<sup>1194</sup>
- 1126 Zum Teil wird vertreten, die Anknüpfung von Art. 119 Abs. 1 IPRG stelle nur eine widerlegbare Vermutung dar, falls andere Umstände eine Verbindung zu einer anderen Rechtsordnung nahelegten.<sup>1195</sup> Dem ist jedoch nicht zu folgen, denn als Sonderanknüpfung zu Art. 117 IPRG und aufgrund ihrer eindeutigen Formulierung erfor-

---

1186 BGer, 27.1.2010, 4A\_155/2009; 27.4.2010, 4A\_46/2010.

1187 Art. 99 Abs. 1 IPRG; vgl. dazu oben Fünftes Kapitel N 659 ff.

1188 SCHWANDER, Grundstückkauf, N 14.

1189 Bundesgesetz vom 4.10.1991 über das bäuerliche Bodenrecht, SR 211.412.11.

1190 Bundesgesetz vom 16.12.1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG), SR 211.412.41.

1191 Bundesgesetz vom 20.3.2015 über Zweitwohnungen (ZWG), SR 702.

1192 SR 700.

1193 Vgl. etwa die Regelungen der Grundbuchverordnung vom 23.9.2011 (GBV), SR 211.432.1.

1194 BSK IPRG-PANNATIER KESSLER, Art. 119 N 16; Botschaft IPRG, 399, Ziff. 282.24; CR LDIP-BONOMI, Art. 119 N 4.

1195 ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 119 N 11; VISCHER/HUBER/OSER, N 680; DUTOIT, Art. 119 IPRG N 4.

dert die Bestimmung eine am Wortlaut orientierte Handhabung.<sup>1196</sup> Diese engere Auslegung schliesst die Anwendung der Ausnahmeklausel von Art. 15 IPRG indes nicht aus.

**Beispiel:**

Bei kurzfristigen Mietverträgen über den vorübergehenden Gebrauch einer Ferienwohnung im Ausland zwischen Personen mit Wohnsitz in der Schweiz kommt dem Belegenheitsort des Grundstückes weniger Bedeutung als der Wohnsitz der Parteien oder andere Verhältnisse im Zusammenhang mit der Gebrauchsüberlassung. In einem solchen Fall ist ausnahmsweise schweizerisches Recht anzuwenden.<sup>1197</sup>

Nach Art. 119 Abs. 2 IPRG kann das anwendbare Recht auch bei Verträgen über Immobilien grundsätzlich frei gewählt werden. Dies gilt jedoch nur für die *causa*, nicht aber für den Erwerb, Verlust und Inhalt dinglicher Rechte, welche sich zwingend nach der *lex rei sitae* richten.<sup>1198</sup> Schranken können insbesondere aus der Anwendung in- oder ausländischer Eingriffsnormen resultieren. 1127

**Beispiel:**

Ein Engländer möchte ein Anwesen in Meggen bei Luzern erwerben. Die Parteien unterstellen den Vertrag englischem Recht. Aufgrund von Art. 18 IPRG müssen die schweizerischen Bestimmungen über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (*Lex Koller*)<sup>1199</sup> beachtet werden.

Weiterhin können bei einem Geschäft über ein in der Schweiz gelegenes Grundstück mit einer Rechtswahl die hiesigen Formvorschriften nicht umgangen werden; dies gebietet Art. 119 Abs. 3 Satz 2 IPRG. Eigentumsübertragungsverträge, Vorverträge und andere Verträge über Grundstücke wie die Errichtung eines Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrechtes benötigen für ihre Gültigkeit somit eine öffentliche Beurkundung gem. Art. 216 OR. 1128

Bei Verträgen über im Ausland gelegene Grundstücke richtet sich die Form grundsätzlich nach der *lex rei sitae*.<sup>1200</sup> Etwas anderes kann jedoch gelten, wenn das Kollisionsrecht des Belegenheitsstaates die Anwendung eines anderen als des eigenen Rechts zulässt und die Form jenem Recht entspricht; vgl. Art. 119 Abs. 3 Satz 1 IPRG. Hierbei handelt es sich um eine bedingte IPR-Verweisung, die dem Gedanken Rechnung trägt, dass es dem Kollisionsrecht des Lageortes überlassen werden soll, ob auch im internationalen Verhältnis ausschliesslich seine eigenen Formvorschriften gelten sollen.<sup>1201</sup> 1129

Anders als bei Verträgen über schweizerische Grundstücke, ist eine (Teil-)rechtswahl betreffend die anwendbaren Formvorschriften im Hinblick auf Verträge über im Ausland gelegene Grundstücke grundsätzlich nicht gestattet. Dies ist jedoch ausnahmsweise möglich, wenn das ausländische Recht des Belegenheitsortes dies zulässt.<sup>1202</sup> 1130

1196 So auch CR LDIP-BONOMI, Art. 119 N 6; BUCHER/BONOMI, N 998; CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 119 N 4; CORNUT, 72; BSK IPRG-PANNATIER KESSLER, Art. 119 N 17.

1197 ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 119 N 11; BUCHER/BONOMI, N 998; BSK IPRG-PANNATIER KESSLER, Art. 119 N 17; vgl. auch BGer, 11.7.2002, 4C.99/2002.

1198 Art. 99 Abs. 1 IPRG; SCHWANDER, Grundstückkauf, N 17.

1199 BewG, SR 211.412.41.

1200 Vgl. dazu BGE 135 III 295, 298.

1201 ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 119 N 59; SCHNYDER/LIATOWITSCH, N 775.

1202 BSK IPRG-PANNATIER KESSLER, Art. 119 N 24.

- 1131 Die allgemeine Bestimmung des IPRG über die Formgültigkeit von Verträgen ist auf Grundstückverträge nicht anwendbar.<sup>1203</sup> Art. 119 Abs. 3 IPRG ist insoweit *lex specialis*.

c) Verträge mit Konsumenten

aa) Allgemeines

- 1132 Als *lex specialis* zu Art. 117 IPRG<sup>1204</sup> unterstellt Art. 120 Abs. 1 IPRG Konsumentenverträge dem Recht des Staates, in dem der Konsument<sup>1205</sup> seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Massgebend ist der Aufenthalt zur Zeit des Vertragsabschlusses. Ein späterer Wechsel des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthaltes ist unerheblich.<sup>1206</sup>
- 1133 Die Anknüpfung dient dem Schutz des Konsumenten, da die allgemeine Bestimmung des Art. 117 Abs. 2 IPRG in der Regel zur Anwendung des Rechts am Wohnsitz bzw. Sitz der Gegenpartei führen würde.<sup>1207</sup> Diesem Gedanken folgt grundsätzlich auch Art. 6 Rom I-VO, wenn auch im Einzelnen einige Unterschiede bestehen, auf die nachfolgend eingegangen wird.<sup>1208</sup>

bb) Subjektive Anknüpfung

- 1134 Abweichend von der europäischen Lösung des Günstigkeitsvergleichs soll das Ziel des Konsumentenschutzes in der Schweiz u.a. durch einen Ausschluss jeglicher Rechtswahlmöglichkeiten erreicht werden.<sup>1209</sup> Ob dies dem Zweck von Art. 120 IPRG in jedem Fall dient, kann jedoch bezweifelt werden. Denn angesichts der Tatsache, dass das EU-Konsumentenrecht heutzutage in vielen Bereichen weiter geht als das schweizerische Sachrecht, kann der Ausschluss der Rechtswahl zur Konsequenz haben, dass sich ein schweizerischer Konsument in einem Rechtsstreit mit einem Unternehmer aus dem EU-Gebiet vor einem heimischen Gericht nicht auf eine ihn begünstigende EU-Regelung berufen kann.<sup>1210</sup>

**Beispiel:**

Der schweizerische Konsument K bestellt im Internet beim französischen Weinhändler L eine Kiste «Chateau Le Robinet Grand Cru 2009» zum Preis von € 500. Da er seinen Alkoholkonsum einschränken möchte, schickt K die Ware innerhalb von 14 Tagen nach Erhalt kommentarlos zurück. L klagt in der Schweiz erfolgreich auf Zahlung, denn nach Art. 120 Abs. 1 IPRG, Art. 40b OR steht K kein Widerrufsrecht zu. Wäre aufgrund einer gültigen Rechtswahl französisches Recht anwendbar, stünde ihm das Widerrufsrecht zu,

1203 Art. 124 IPRG; vgl. dazu unten N 290 ff.; Botschaft IPRG, 412.

1204 BGE 130 III 417; vgl. dazu Anm. PFISTER/VON DER CRONE, SZW 2005, 276 ff., und Anm. GIRSBERGER/SCHRAMM, SJZ 2005, 95.

1205 Das europäische Recht benützt insoweit den aus dem deutschen Recht geläufigen Begriff des Verbrauchers; Unterschiede in der Sache gehen damit nicht einher.

1206 AmtlBull SR 1987, 188; SCHWANDER, Int. Privatrecht, BT, N 571.

1207 CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 120 N 1; BSK IPRG-BRUNNER, Art. 120 N 10; KELLER, 175 ff.; KREN KOSTKIEWICZ, ZvglRWiss 1989, 48 ff.

1208 Vgl. zum europäischen Recht oben N 983 ff.

1209 Art. 120 Abs. 2 IPRG.

1210 BGE 130 III 417; zum Begriff des Anbieters vgl. ZivGer BS, 12.12.1996, BJM 1998, 31–36 E. 3.



da das europäische Verbraucherrecht dem Konsumenten die Möglichkeit einräumt, den Vertrag innerhalb von 14 Tagen ohne Angabe von Gründen zu widerrufen.<sup>1211</sup>

*De lege ferenda* sollte eine Rechtswahl daher im Sinne eines *favor consumatoris* auch in der Schweiz zugelassen werden. In Anlehnung an Art. 6 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO darf diese aber nicht dazu führen, dass dem Konsumenten der durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts, das nach objektiver Anknüpfung anwendbar wäre, gewährte Schutz entzogen wird.<sup>1212</sup> 1135

#### cc) Anwendungsbereich

Während das IPRG im Rahmen der allgemein-vertraglichen Anknüpfung nach Art. 117 Abs. 2 und 3 IPRG auf die vertragliche Leistung abstellt, kommt es bei Art. 120 IPRG darauf an, ob die sachliche oder persönliche Leistung des professionell handelnden Anbieters funktional für die privaten Zwecke des Konsumenten bestimmt ist.<sup>1213</sup> 1136

Das Gesetz enthält somit keine eigentliche Begriffsbestimmung, sondern definiert den Konsumenten aus seiner Rolle heraus: Konsument ist, wer den Vertrag zu persönlichen oder familiären Zwecken abschliesst.<sup>1214</sup> Das Gesetz bekräftigt dies mit dem – streng genommen überflüssigen – negativ formulierten Hinweis, dass die vertraglichen Leistungen «nicht im Zusammenhang mit der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Konsumenten stehen» dürfen. Eine Differenz zum europäischen Recht, welches nur die negative Umschreibung kennt, folgt hieraus jedenfalls nicht.<sup>1215</sup> 1137

Da es nach dem Konzept von Art. 120 IPRG nur auf die Rollenverteilung zwischen den Parteien ankommt, können grundsätzlich sämtliche Vertragstypen Konsumentenverträge sein, so etwa: 1138

- Barkäufe, Abzahlungs- und fremdfinanzierte Warenkäufe;
- Mietverträge betreffend bewegliche Sachen;
- Dienstleistungsverträge;
- Werkverträge über die Herstellung neuer Sachen oder Reparaturen;
- Beförderungsverträge;
- Spitalaufnahmeverträge;
- Beherbergungsverträge;
- Ehemäklerverträge.

1211 Vgl. Art. 9 der Richtlinie 2011/83/EU vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, ABl. Nr. L 304 vom 22.11.2011, 64.

1212 SIEHR, Das IPR der Schweiz, 279.

1213 BSK IPRG-BRUNNER, Art. 120 N 10.

1214 CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 120 N 3; ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 N 25; SIEHR, Das IPR der Schweiz, 277.

1215 WEBER-STECHER, 46 mit Hinweis auf die damaligen Art. 13 Abs. 1 LugÜ, Art. 5 Abs. 1 EVÜ, Art. 29 Abs. 1 EGBGB.

- 1139 Während Art. 6 Rom I-VO ausdrücklich den Verbraucher als «natürliche Person» definiert, trifft das IPRG insoweit keine Aussage. Lediglich in der Botschaft wird – allerdings ohne nähere Begründung – erwähnt, dass es sich beim Konsumenten um eine natürliche Person handeln muss, da nur sie von etwas persönlichen oder familiären Gebrauch machen könne.<sup>1216</sup>
- 1140 Art. 120 Abs. 1 IPRG engt den Anwendungsbereich im Vergleich zum europäischen Recht weiter ein, indem der Vertrag nicht nur persönlichen oder familiären Zwecken dienen muss, sondern darüber hinaus nur Leistungen «des üblichen Verbrauchs» betreffen darf. Was hierunter zu verstehen ist, wird im Gesetz und den Materialien nicht näher erläutert. Bis heute hat sich dazu auch keine gefestigte Rechtsprechung entwickelt.
- Beispiel:**  
A, der im Bereich der professionellen Vermögensverwaltung tätig gewesen war, eröffnete im September 2000 bei der Bank X in Genf ein Konto und Depot. Nachdem zwischen A und der Bank bezüglich eines Auftrags Differenzen entstanden waren, hatte das Bundesgericht u.a. zu entscheiden, ob ein Konsumentenvertrag vorlag. Das Gericht verneinte ein Vertragsverhältnis im Rahmen des üblichen Gebrauchs, da beim Kläger die dadurch gezogene wertmässige Schranke überschritten worden sei. Auch sprächen die Umstände der Depoteröffnung und der Vertragsabwicklung gegen einen Vertrag im Rahmen des üblichen Geschäftsganges eines Privathaushaltes, denn die Mittel dazu stammten aus dem Verkauf des Unternehmens des Klägers an die Bank.<sup>1217</sup>
- 1141 Anders als die Rom I-VO enthält das IPRG keine besondere Regelung über Versicherungsverträge. Unter dem Aspekt des «üblichen Verbrauchs» können diese aber in den Anwendungsbereich von Art. 120 IPRG fallen. Bejaht wird dies mehrheitlich im Hinblick auf Haushalt-, Privathaftpflicht- und Haftpflichtversicherungen für private Autohalter, private Kranken- und Unfallversicherungen. Nicht zu den Leistungen des üblichen Verbrauchs sollen dagegen gemischte Lebensversicherungen zählen.<sup>1218</sup> Die – zumindest teilweise – Unterstellung der Versicherungsverträge unter Art. 120 IPRG scheint jedoch fragwürdig, insbesondere auf Grund des generellen Ausschlusses der Rechtswahl in Art. 120 Abs. 2 IPRG.<sup>1219</sup>
- 1142 Was Verträge mit Rechtsanwälten betrifft, so liegt der Beizug eines Anwalts grundsätzlich nicht im Rahmen des Üblichen.<sup>1220</sup>
- 1143 Auch der Erwerb von «Luxusgütern» fällt nach schweizerischer Auffassung nicht in den Bereich der Konsumentenverträge.<sup>1221</sup> Gemeint sind Geschäfte, die selbst bei einem gehobenen Lebensstil «über das Normale hinausgehen».<sup>1222</sup>

1216 Botschaft IPRG, Ziff. 282.25.

1217 BGE 132 III 268.

1218 SCHWANDER, SZIER 2006, 350 (Anm. zu BGer vom 12.1.2006, 5C.222/2005); VISCHER/HUBER/OSER, N 729; WEBER-STECHER, 51.

1219 ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 N 24.

1220 KGer SG, 13.2.2008, GVP 2008 Nr. 68 (Anwaltsverträge im Rahmen eines Bauvorhabens); ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 N 23.

1221 Kantonsgerichtspräsidium ZG, 30.6.2004, ZGGVP 2004, 189–191; BSK IPRG-BRUNNER, Art. 120 N 54; ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 N 21.

1222 SIEHR, Das IPR der Schweiz, 277.

Das Kriterium des üblichen Verbrauchs ist aber zu vage formuliert, schwierig zu konkretisieren und somit letztlich verzichtbar. 1144

**Beispiele:**

Der Winterthurer Industrielle Werwirbt in London ein Gemälde von Claude Monet für \$ 27 Mio. Demgegenüber ist diese Qualifikation unklar, wenn W eine seltene Meissener Porzellangruppe zum Preis von «nur» € 2700 kauft.

Eine weitere Schwachstelle von Art. 120 IPRG (wie im Übrigen auch des europäischen Verbraucherrechts) liegt darin begründet, dass Verträge, die KMU oder Gewerbetreibende im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit bspw. mit Lieferanten abschliessen, nicht erfasst werden, obgleich das dem Konzept des Verbraucherschutzes zugrundeliegende strukturelle Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien in diesen Fällen ebenfalls vorliegen kann.<sup>1223</sup> 1145

Anwendungsvoraussetzung von Art. 120 IPRG ist ein grenzüberschreitender Sachverhalt. Ein solcher liegt vor, wenn eine der drei Fallkonstellationen von Art. 120 Abs. 1 lit. a–c IPRG erfüllt ist: 1146

- Das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Konsumenten ist zunächst anzuwenden, wenn der Anbieter die Bestellung in diesem Staat entgegengenommen hat (Art. 120 Abs. 1 lit. a IPRG). Als «Bestellung» ist dabei jede auf Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung (Angebot, *invitatio ad offerendum*, Akzept) zu verstehen. Sie gilt als entgegengenommen, wenn der Anbieter die Bestellung persönlich erhalten hat oder, wenn ihm die Erklärung zugegangen ist; ein Vertragsschluss im Aufenthaltsstaat des Konsumenten ist jedoch nicht erforderlich.<sup>1224</sup> 1147
- Bei Bestellungen im Internet ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein ausländischer Anbieter die Bestellungen innerhalb seines Wohnsitz- oder Sitzstaates entgegennimmt, ausser er hat sein Angebot eigens auf einer Internetseite im Staat des Konsumenten unterbreitet, was allerdings selten vorkommen dürfte.<sup>1225</sup>
- Das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Konsumenten ist darüber hinaus auch anzuwenden, wenn in diesem Staat dem Vertragsabschluss ein Angebot oder eine Werbung vorausgegangen ist und der Konsument in diesem Staat die zum Vertragsabschluss erforderlichen Rechtshandlungen vorgenommen hat (Art. 120 Abs. 1 lit. b IPRG). Massgebend ist hier, im Unterschied zu lit. a, der Ort der Abgabe der Erklärung und nicht derjenige des Empfangs. Mit dieser Bestimmung zielt das IPRG v.a. auf den internationalen Versandhandel.

**Beispiel:**

Schweizerische Skischulen werben per TV-Spot in den Niederlanden für ihre Kurse. Wer sich von Rotterdam aus für einen solchen Kurs verbindlich anmeldet, schliesst nach Art. 120 Abs. 1 lit. b IPRG einen Vertrag nach niederländischem Recht ab.

Bei Werbung im Internet muss der Anbieter damit rechnen, dass er mit seiner Botschaft weltweit wahrgenommen wird. In diesem Fall wird die Voraussetzung von Art. 120 Abs. 1 lit. b IPRG praktisch immer erfüllt sein, ausser wenn der Anbieter aus- 1148

<sup>1223</sup> ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 N 14; vgl. auch BGE 121 III 336.

<sup>1224</sup> VISCHER/HUBER/OSER, N 740; KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2420; CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 120 N 10.

<sup>1225</sup> ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 N 36; PESTALOZZI, 246.

drücklich auf einen bestimmten Kundenkreis verweist oder einen Ausschluss vorsieht.<sup>1226</sup>

- 1149 Die Bestimmung verlangt weiterhin, dass sowohl das Angebot als auch die Werbung kausal für den Vertragsschluss sind.<sup>1227</sup>
- 1150 Das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Konsumenten ist schliesslich auch anzuwenden, wenn der Anbieter den Konsumenten veranlasst hat, sich ins Ausland zu begeben und seine Bestellung dort abzugeben (Art. 120 Abs. 1 lit. c IPRG). Hiermit wird insbesondere der Fall der sog. «Kaffeefahrten» angesprochen, bei denen der Konsument ins Ausland «gelockt» wird, um dort die zum Vertragsabschluss führende Annahmeerklärung abzugeben.<sup>1228</sup>
- 1151 Im Hinblick auf die in Art. 120 Abs. 1 lit. a–c IPRG enthaltenen Modalitäten entspricht das IPRG im Wesentlichen noch dem älteren Ansatz des EVÜ, welches das schweizerische internationale Konsumentenvertragsrecht massgeblich beeinflusst hat.<sup>1229</sup> Im Rahmen des revidierten LugÜ wurde im Bereich der Zuständigkeit von Klagen aus Verträgen mit Konsumenten das Erfordernis des Binnenmarktbezugs durch eine offenere, zugleich aber auch gezieltere Formulierung ersetzt. Diese steht gleichzeitig im Einklang mit Art. 6 Rom I-VO. Daher drängt sich eine Anpassung an den moderneren Wortlaut dieser Bestimmungen inzwischen geradezu auf. Damit könnte zudem dem auch vom schweizerischen Bundesgericht verfolgten Ziel des Gleichlaufs von Kollisions- und Verfahrensrecht<sup>1230</sup> entsprochen und insbesondere Übereinstimmung zwischen dem IPRG und dem neuen LugÜ auch in diesem Bereich hergestellt werden.

#### *d) Arbeitsverträge*

- 1152 Gemäss Art. 121 Abs. 1 IPRG untersteht der Arbeitsvertrag grundsätzlich dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Eine Rechtswahl ist nur möglich zugunsten des Rechts, in dem der Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder in dem der Arbeitgeber seine Niederlassung, seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.<sup>1231</sup>
- 1153 Die vorübergehende Entsendung eines Arbeitnehmers in einen anderen Staat vermag das anwendbare Recht grundsätzlich nicht zu verdrängen. Somit würde ein in die Schweiz entsandter Arbeitnehmer für seine hiesige Tätigkeit den gewohnten ausländischen Lohn- und Arbeitsbedingungen unterstehen, was die Gefahr eines Sozialdumpings mit sich bringt. In Anlehnung an die EU-Entsenderichtlinie<sup>1232</sup> gilt daher in

---

1226 ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 120 N 39; CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 120 N 11; ROSENTHAL, 345.

1227 Botschaft IPRG, Ziff. 282.25.

1228 «Little Red Riding Hood-clause».

1229 BSK IPRG-BRUNNER, Art. 120 N 54.

1230 BGE 121 III 336 E. 5c.

1231 Art. 121 Abs. 3 IPRG.

1232 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. Nr. L 18 vom 21.1.1997, 1.

der Schweiz das Entsendegesetz<sup>1233</sup>, welches als international zwingende Norm zu qualifizieren ist, die aufgrund von Art. 18 IPRG zur Anwendung gelangt.<sup>1234</sup> Insofern stimmen europäisches und schweizerisches Recht überein.

Unterschiede bestehen dagegen im Bereich der Rechtswahl. So besteht nach europäischem Recht eine unbeschränkte Rechtswahlmöglichkeit, während diese in der Schweiz beschränkt ist. Dies erscheint nicht immer sachgerecht. So ist bei Anstellung durch eine Tochtergesellschaft eines internationalen Konzerns die Wahl des auf die Muttergesellschaft anwendbaren Rechts nicht möglich. Dies erscheint etwa bei der Tätigkeit eines leitenden Angestellten in verschiedenen ausländischen Filialen bedenklich, denn eine derartige Rechtswahl würde den Arbeitnehmer in einem solchen Fall weder überraschen noch in seinem Schutz beeinträchtigen.<sup>1235</sup> 1154

#### *e) Beförderungsverträge*

Das schweizerische Recht kennt keine Sonderanknüpfung für Beförderungsverträge. 1155  
Da es sich um einen Fall des Dienstleistungsvertrags handelt, ist die objektive Anknüpfung nach Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG vorzunehmen. Danach unterliegt der Vertrag grundsätzlich dem Recht des Staates, in dem der Beförderer seinen gewöhnlichen Aufenthalt bzw. seine Niederlassung hat.<sup>1236</sup>

Dieser allgemeinen Regel gehen jedoch sowohl internationale Verträge als auch ggf. 1156  
die Anknüpfung von Konsumentenverträgen vor.<sup>1237</sup> Wegen der Bedeutung internationaler Verträge auf diesen Gebieten und des subsidiären Charakters der Anknüpfung dürfte das schweizerische Recht im Ergebnis zu mit dem europäischen Recht vergleichbaren Lösungen gelangen.

#### *f) Verträge über Immaterialgüterrechte*

Art. 122 Abs. 1 IPRG unterstellt Verträge über die Nutzung und Übertragung von Immaterialgüterrechten dem Recht des Staates, in dem derjenige, der das Immaterialgüterrecht überträgt oder die Benutzung an ihm einräumt, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Im Rahmen der objektiven Anknüpfung folgt die Bestimmung somit dem Muster von Art. 117 Abs. 2 IPRG und legt fest, dass es dabei auf den Geber (Lizenzgeber) und weder auf den Nehmer noch auf das Schutzland ankommt.<sup>1238</sup> Das europäische Recht enthält zwar keine eigenständige Regelung, gelangt aber durch Anwendung der allgemeinen Anknüpfungsregel von Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO grundsätzlich zum gleichen Ergebnis.<sup>1239</sup> 1157

1233 Bundesgesetz vom 8.10.1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne, SR 823.20.

1234 FURRER/SCHRAMM, SZIER 2003, 49.

1235 CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 121 N 12.

1236 MARK NDUE, 73.

1237 MARK NDUE, 74.

1238 SIEHR, Das IPR der Schweiz, 300; BSK IPRG-JEGHER/VASELLA, Art. 120 N 14; in diesem Sinne schon BGE 101 II 293.

1239 Rauscher-THORN, Art. 4 Rom I-VO N 123 ff.

- 1158 Der Begriff des Vertrags über Immaterialgüterrechte ist weit zu fassen. Neben Verträgen über spezialgesetzlich geschützte Rechte wie Urheberrechte und verwandte Schutzrechte, Patent-, Marken-, Muster- und Modellrechte oder Rechte an Unternehmenskennzeichen sind insbesondere auch Verträge über die Einräumung der Nutzung an einem durch ein immaterialgüterrechtliches Sondergesetz nicht geschützten «Know-how» oder die Übertragung desselben darunter zu subsumieren. Einzubeziehen sind auch Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse betreffende Verträge.<sup>1240</sup>
- 1159 Der sachliche Anwendungsbereich des Vertragsstatuts ist von demjenigen des Immaterialgüterstatuts (Art. 110 IPRG) zu unterscheiden. Letzteres bestimmt über den verfügungsrechtlichen Teil des Rechtsgeschäfts und regelt insbesondere den Bestand, Inhalt und Umfang des Immaterialgüterrechts an sich.<sup>1241</sup> Danach ist auf alle Fragen, die das Immaterialgut als solches betreffen, die Rechtsordnung desjenigen Staates anwendbar, für welchen der Schutz des Immaterialgutes beansprucht wird (Schutzlandprinzip).<sup>1242</sup>
- 1160 Das Vertragsstatut hingegen regelt das sich auf Immaterialgüterrechte beziehende schuldrechtliche Verhältnis. Hierunter fallen insbesondere
- Vertragsabschluss;
  - Vertragsinhalt;
  - Gültigkeit des Vertrags;
  - Vertragsbeendigung;
  - Rechtsfolgen, wenn das übertragene Nutzungsrecht nicht gültig war oder untergegangen ist;
  - Auslegung des Vertrags.<sup>1243</sup>
- 1161 Die unterschiedliche Regelung des Immaterialgüterrechtsstatuts und des Vertragsstatuts bei Verträgen über Immaterialgüterrechte führt also zwangsläufig zu einer Spaltung der Anknüpfung (Spaltungstheorie), wobei bei einer Transaktion (bspw. der Übertragung eines Patents) das Immaterialgüterrechtsstatut im Vordergrund stehen wird.<sup>1244</sup> Anders ist dies lediglich bei Verträgen über den Transfer von Know-how, da es hierfür kein Schutzland gibt.<sup>1245</sup>
- 1162 Gemäss Art. 122 Abs. 2 IPRG steht es den Parteien frei, das auf den Vertrag anwendbare Recht selbst zu bestimmen. Eine solche Rechtswahl betrifft jedoch immer nur den obligatorischen Teil eines Rechtsgeschäfts<sup>1246</sup>. Da diesem – ausser bei Know-how-Verträgen – ein relativ beschränkter Regelungsbereich verbleibt, sollte die Bedeutung von Art. 122 Abs. 2 IPRG nicht überschätzt werden. Insbesondere bei Ver-

1240 ZK IPRG-VISCHER, Art. 122 N 2; VISCHER/HUBER/OSER, N 590; DESSEMONTET, FS von Overbeck, 741; BSK IPRG-JEGHER/VASELLA, Art. 120 N 7.

1241 VISCHER/HUBER/OSER, N 592.

1242 Vgl. dazu näher oben Sechstes Kapitel N 855 f.

1243 ZK IPRG-VISCHER, Art. 122 N 11; BSK IPRG-JEGHER/VASELLA, Art. 120 N 13; KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2453.

1244 VISCHER, GRUR Int. 1987, 681; ZEHNHÄUSERN, 96; ZK IPRG-VISCHER, Art. 122 N 13; VISCHER/HUBER/OSER, N 600; KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2454; vgl. auch FAWCETT/TORREMANNS, 545 ff.

1245 KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2454.

1246 ZENHÄUSERN, 96; ZK IPRG-VISCHER, Art. 122 N 30; DUTOIT, Art. 122 IPRG N 12.

trägen mit aussereuropäischen Vertragspartnern ist eine Rechtswahl dennoch ratsam, da im Hinblick auf die objektive Anknüpfung immaterialgüterrechtlicher Verträge in der internationalen Doktrin und Rechtsprechung keine Einigkeit besteht.<sup>1247</sup>

Nach Art. 122 Abs. 3 IPRG unterstehen Verträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern über Rechte an Immaterialgütern, die der Arbeitnehmer im Rahmen der Erfüllung des Arbeitsvertrages geschaffen hat, dem auf den Arbeitsvertrag anwendbaren Recht (Art. 121 IPRG). Eine Rechtswahl ist insoweit nicht vorgesehen. Die Parteien können jedoch das anwendbare Recht mittelbar dadurch bestimmen, dass sie von der (beschränkten) Möglichkeit zur Rechtswahl für Arbeitsverträge Gebrauch machen. 1163

Besteht kein Vertrag und entsteht das Immaterialgut im Rahmen der Erfüllung der Pflichten des Arbeitnehmers, so bestimmt das auf den Arbeitsvertrag anwendbare Recht darüber, ob ein originärer Erwerb durch den Arbeitgeber erfolgt ist oder nicht.<sup>1248</sup> 1164

## 5. Gemeinsame Bestimmungen

### a) Allgemeines

Das IPRG geht – wie auch die Rom I-VO – vom Prinzip der Einheit des Vertragsstatuts aus.<sup>1249</sup> Gleichwohl gilt dieser Grundsatz nicht absolut. Die wichtigsten Ausnahmen finden sich in Art. 123–126 IPRG. Dabei handelt es sich um Sonderanknüpfungen von Teilfragen, die weitgehend der Praxis des Bundesgerichtes vor dem Erlass des IPRG entsprechen<sup>1250</sup> und mit der Rechtslage in der EU grundsätzlich übereinstimmen.<sup>1251</sup> Sie greifen unabhängig davon ein, ob das Vertragsstatut objektiv oder aufgrund einer Rechtswahl angeknüpft wurde.<sup>1252</sup> 1165

Die gesonderte Anknüpfung dieser Teilfragen dient v.a. dem unbeteiligten Dritten, der schwächeren oder der auf das Recht am Ort ihres Aufenthaltes vertrauenden Partei sowie Gründen der Praktikabilität.<sup>1253</sup> 1166

Zu den für das Vertragsrecht relevanten Sonderanknüpfungen gehören ausser den unten in N 1168 ff., 1175 ff., 1182 ff. und 1188 ff. zu erörternden Art. 123–126 IPRG auch Art. 34–36 IPRG betreffend die Rechts- und Handlungsfähigkeit<sup>1254</sup> sowie Art. 143–148 IPRG, die allgemeine Vorschriften für das gesamte Schuldrecht enthalten.<sup>1255</sup> 1167

1247 HAUSMANN, FS Schwarz, 59 ff.; CHK MSchG-BÜHLER, Art. 18 N 52; BSK IPRG-JEGHER/VASELLA, Art. 122 N 19.

1248 BSK IPRG-JEGHER/VASELLA, Art. 120 N 26; KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2463.

1249 Vgl. dazu oben N 1089 f.

1250 Vgl. BGE 78 II 83 E. 5.

1251 Vgl. z.B. Art. 9, 10 Rom I-VO vgl. zum EVÜ WINDMÖLLER, 24 ff.

1252 UMBRIGHT, 31 f.

1253 ZK IPRG-KELLER/GIRSBERGER, vor Art. 123–126 N 2; CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 123 N 2.

1254 Vgl. dazu oben Zweites Kapitel N 90 ff. und 95 ff.

1255 Vgl. dazu hinten unten Zehntes Kapitel N 1527 ff.

*b) Schweigen auf einen Antrag*

- 1168 Schweigt eine Partei auf einen Antrag zum Abschluss eines Vertrages, so kann sie sich für die Wirkungen des Schweigens gem. Art. 123 IPRG auf das Recht des Staates berufen, in dem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Zweck dieser Bestimmung ist der Schutz des berechtigten Vertrauens des Antragsempfängers auf die Anwendung seines Umweltrechts.<sup>1256</sup>
- 1169 Dabei versteht es sich von selbst, dass sich das auf den angebotenen Vertrag anwendbare Recht und das Recht am Aufenthaltsort des Empfängers der Offerte unterscheiden müssen. Nicht notwendig ist dagegen, dass der Offerent und der Empfänger des Antrags sich im Zeitpunkt des Angebots in verschiedenen Staaten befinden, weil das mutmassliche Vertragsstatut sich nicht immer nach dem Aufenthalt des Antragstellers richtet und sich deshalb trotz gemeinsamen Aufenthaltsorts vom Recht am Aufenthalt des Empfängers unterscheiden kann.<sup>1257</sup>
- 1170 Art. 123 IPRG betrifft ausschliesslich die Frage, ob ein Schweigen auf einen Antrag den Vertragsschluss herbeiführt oder nicht. Ob überhaupt ein Antrag vorliegt oder ob es sich lediglich um eine Aufforderung zur Abgabe einer Willenserklärung handelt, ob ein Widerruf oder eine Anfechtung möglich ist, ob Willensmängel vorliegen usw., bestimmt sich nach dem mutmasslichen Vertragsstatut.
- 1171 Die Vorschrift kann nur angerufen werden, solange die Parteien noch nicht mit echten Vertragsverhandlungen begonnen haben. Fraglich ist, ob die Sonderanknüpfung auch zur Beantwortung der Frage heranzuziehen ist, ob ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben als Antrag i.S.v. Art. 123 IPRG gelten kann. Dagegen wird eingewendet, dass es sich beim Bestätigungsschreiben regelmässig um eine nachkonsensuale Erklärung handle.<sup>1258</sup> Dem Grundgedanken von Art. 123 IPRG entspricht es aber, ihn zumindest analog auf die Problematik des Bestätigungsschreibens anzuwenden.<sup>1259</sup>
- 1172 Dabei ist wie folgt zu differenzieren: Entspricht der Inhalt des Bestätigungsschreibens dem bisher Vereinbarten, gilt für alle Rechtsfragen das Vertragsstatut. Enthält es jedoch Abweichungen, die sich als (vom mutmasslichen Vertragsstatut zu beurteilende) neue Offerte darstellen, so gebietet es das schutzwürdige Interesse des Empfängers, dass sein neuerliches Schweigen nach seinem Umweltrecht beurteilt wird, da diese Offerte durchaus einem anderen Recht unterstehen kann als das bisher verhandelte Geschäft.<sup>1260</sup>
- 1173 Gerichtsstandsvereinbarungen sind prozessrechtliche Verträge<sup>1261</sup> und unterstehen deshalb grundsätzlich dem Recht des angerufenen Gerichts.<sup>1262</sup> Trotzdem ist die Frage

1256 ZK IPRG-KELLER/GIRSBERGER, Art. 123 N 8; BSK IPRG-GABRIEL, Art. 123 N 3; KELLER/SIEHR, 251; Botschaft IPRG, Ziff. 282.22.

1257 ZK IPRG-KELLER/GIRSBERGER, Art. 123 N 20.

1258 VISCHER/HUBER/OSER, N 825.

1259 Im Ergebnis auch MATHYS, 78 f.

1260 Ebenso MüKo-SPELLENBERG, Art. 10 Rom I-VO N 35 ff.; vgl. auch EBENROTH, 186; REITHMANN-MARTINY, N 205; zum Ganzen KOST, 261 ff.; BSK IPRG-GABRIEL, Art. 123 N 14; KREN KOST-KIEWICZ, IPR, N 2484; CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 123 N 8.

1261 BGE 85 I 31; 93 I 327; 104 Ia 280.

1262 BGE 71 I 25 E. 3; 98 Ia 319 E. 4; Trib. Cant. VD, 11.12.79, SJIR 1982, 321 ff.



des Schweigens auf einen Antrag zu einer Gerichtsstandsvereinbarung mit Rücksicht auf die enge Verbindung mit dem Tatbestand des materiellrechtlichen Vertrages wie dieser anzuknüpfen.<sup>1263</sup> Zusätzlich muss aber die Form der Vereinbarung gewahrt sein, die sich bei Gerichtsstandsklauseln ausschliesslich nach der *lex fori* beurteilt.<sup>1264</sup>

Grundsätzlich ist Art. 123 IPRG auch anzuwenden, wenn es sich bei den Vertragspartnern um Kaufleute handelt. Das Schutzbedürfnis des Empfängers des Antrags kann jedoch entfallen – und Art. 123 IPRG nicht zur Anwendung gelangen, wenn die Parteien z.B. in einer langfristigen Vertragsbeziehung stehen.<sup>1265</sup> 1174

### c) Form

Art. 124 IPRG bildet die Grundnorm im Hinblick auf die Anknüpfung der Form eines Vertrags. Die Vorschrift gelangt jedoch nur zur Anwendung, soweit nicht speziellere Bestimmungen über die Form den Vorrang beanspruchen. Beispiele: 1175

- Art. 56 IPRG (Ehevertrag);
- Art. 72 Abs. 2 IPRG (Form der Anerkennung als Kind);
- Art. 119 Abs. 3 IPRG (Verträge über Grundstücke);
- Art. 145 Abs. 3 IPRG (Abtretung).

Art. 124 Abs. 1 IPRG beruft im Hinblick auf die Einhaltung der zur Vertragsschließung erforderlichen Formvorschriften alternativ das Vertragsstatut einerseits oder das Recht am Abschlussort anderseits. Diese Anknüpfung dient im Wesentlichen zwei Zielen: So sollen sich die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf die für sie einfach feststellbaren Vorschriften des Abschlussortes verlassen können (*favor gerentis*).<sup>1266</sup> Ausserdem soll die alternative Anknüpfung ganz allgemein die Aufrechterhaltung des Vertrages soweit als möglich gewährleisten (*favor negotii*).<sup>1267</sup> 1176

Der Verweisungsbegriff «Form» in Art. 124 IPRG umfasst die Art und Weise, wie sich der rechtsgeschäftliche Wille der Parteien zu manifestieren hat; er betrifft die Gültigkeitsform, nicht die Beweisform.<sup>1268</sup> Was unter der Form eines Rechtsgeschäftes zu verstehen ist, ist eine Frage der Qualifikation und daher grundsätzlich nach der *lex fori* zu beantworten. 1177

Eine Rechtswahl umfasst grundsätzlich auch die Form des Vertrages.<sup>1269</sup> Die Parteien können im Rahmen ihrer Parteiautonomie die alternative Anknüpfung ausschliessen 1178

1263 KAUFMANN-KOHLER, 57 ff.; BSK IPRG-GABRIEL, Art. 123 N 13; VISCHER/HUBER/OSER, N 811, 824, die Art. 5 und 178 IPRG sowie Art. 17 LugÜ als IPR-Sachnormen weit auslegen wollen; für das europäische Recht vgl. MüKo-SPELLENBERG, Art. 10 Rom I-VO N 170.

1264 REISER, 62 ff.; KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2487.

1265 KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2485.

1266 Vgl. BGE 110 II 485 E. 1a; FURGLER, 61, 92; VISCHER, IVR 151; VISCHER/HUBER/OSER, N 829; ZELLWEGER, 78 ff.; ZWIEGERT, 636 f.

1267 Vgl. BGE 110 II 160; Botschaft IPRG, 155; VISCHER, SJIR 1986, 219; VISCHER/HUBER/OSER, N 830.

1268 BSK IPRG-GABRIEL, Art. 124 N 5; vgl. auch BGE 136 III 144 E. 3.2.

1269 Vgl. BGE 102 II 148; 110 II 485 E. 1a; 111 II 278 E. 1c; CORNUT, 107.

und das Vertragsstatut oder das Recht am Abschlussort für allein verbindlich erklären.<sup>1270</sup>

- 1179 Die Anknüpfung an den Abschlussort bietet keine Probleme bei einseitigen Rechtsgeschäften oder im Hinblick auf Verträge, bei denen sich beide Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses an einem ohne weiteres bestimmbar Ort aufhalten. Befinden sich die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses dagegen in verschiedenen Staaten, so lässt es Art. 124 Abs. 2 IPRG genügen, wenn die Form dem Recht eines dieser Staaten entspricht.
- 1180 Das Prinzip des *favor negotii* erfährt in Art. 124 Abs. 3 IPRG eine Einschränkung, soweit es sich um die Beachtung einer Form zum Schutz einer Partei handelt. In diesem Fall richtet sich die Formgültigkeit ausschliesslich nach dem auf den Vertrag anwendbaren Recht. Zumeist finden sich derartige Vorschriften in den Schutzverträgen, bei denen typischerweise eine Partei ihrer wirtschaftlichen Unterlegenheit wegen eines besonderen Schutzes bedarf, um ihre Interessen wahrnehmen zu können,<sup>1271</sup> so etwa:
- Konsumentenvertrag;
  - Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag;
  - Wohnungsmietvertrag.
- 1181 Allerdings sind die Schutzvorschriften des Vertragsstatuts gem. Art. 124 Abs. 3 a.E. IPRG nur so weit beachtlich, als sie nach dem Internationalen Privatrecht dieser Rechtsordnung auch im internationalen Verkehr zwingend angewandt sein wollen. Es handelt sich somit um eine bedingte IPR-Verweisung.<sup>1272</sup>

#### d) Erfüllungs- und Untersuchungsmodalitäten

- 1182 Erfüllungs- und Untersuchungsmodalitäten unterstehen gem. Art. 125 IPRG dem Recht des Staates, in dem sie tatsächlich erfolgen. Anders als bei Art. 4 HKaufÜ<sup>1273</sup> stellt das IPRG insoweit also nicht auf den vereinbarten, sondern auf den tatsächlichen Erfüllungsort ab.
- 1183 Hinter dieser Regelung steht der Gedanke, dass solche Modalitäten in verschiedener Hinsicht vom «juristischen Ortsklima» abhängen, dessen Berücksichtigung sich aus praktischen Gründen aufdrängt, z.B., damit der Erfüllende oder der Prüfende rasch handeln kann.<sup>1274</sup> Ausserdem kann eine Partei ein schützenswertes Interesse daran haben, dass ihr Umweltrecht berücksichtigt wird. Dieser Schutzgedanke ist

1270 VISCHER/HUBER/OSER, N 839; MÜKO-SPELLENBERG, Art. 11 EGBGB N 115 ff.; MÜKO-SPELLENBERG, Art. 11 Rom I-VO N 67 ff.

1271 BSK IPRG-GABRIEL, Art. 124 N 19; CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 124 N 9; FURLER, 122; VISCHER/HUBER/OSER, N 863.

1272 KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2494; CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 124 N 10; ZK IPRG-KELLER/GIRSBERGER, Art. 124 N 23; SIEHR, FS Moser, 106; ZELLWEGER, 105; vgl. zu dem entsprechenden Art. 119 Abs. 3 Satz 1 IPRG oben N 238 ff.

1273 Vgl. dazu oben N 1113.

1274 CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 125 N 1; BSK IPRG-GABRIEL, Art. 125 N 1; VISCHER/HUBER/OSER, N 876.

identisch mit dem Zweck, der Art. 123 IPRG (Schweigen auf einen Antrag) zugrunde liegt.<sup>1275</sup>

Erfüllungsmodalitäten betreffen in erster Linie diejenigen Fragen bzw. Handlungen, die mit dem Ort, an dem sie erbracht werden müssen, eng verknüpft sind, wie:

- Einzelheiten der Prüfung der Ware;
- im Falle der Zurückweisung der Ware zu treffende Massnahmen;
- Auswirkungen von Feiertagsregelungen auf die Erfüllung;
- Lieferungsmodalitäten;
- u welcher Geschäftszeit erfüllt werden darf;
- ob in bar oder mit anderen Zahlungsmitteln gezahlt werden kann;<sup>1276</sup>
- Art der Ausfertigung der notwendigen Dokumente usw.

Untersuchungs- und Beanstandungsmodalitäten sind dagegen Obliegenheiten technischer Natur, die zur Wahrung von Rechten, die eine Untersuchung voraussetzen, erforderlich sind.<sup>1277</sup>

- Art des Messens und Wiegens und die Form ihrer Protokollierung;
- hierfür am Ort der Vornahme ggf. erforderliche Beiziehung von Amtspersonen;
- Verfahren der Prüfung bzw. Beanstandung der Prüfung inkl. Verfahrensfristen.<sup>1278</sup>

Die Sonderanknüpfung ist als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen. Im Zweifelsfall ist deshalb zugunsten des Vertragsstatuts zu entscheiden.<sup>1279</sup> Nicht nach dem Modalitätenstatut, sondern nach dem Vertragsstatut, beurteilen sich u.a. folgenden Fragen:

- welche Gewähr der Verkäufer zu leisten hat und unter welchen Voraussetzungen;<sup>1280</sup>
- welchen Inhalt die Mängelrüge des Käufers haben muss;<sup>1281</sup>
- ob die Mängelrüge rechtzeitig erhoben worden ist;<sup>1282</sup>
- inwieweit die Abnahme durch einen Vertreter des Käufers am Wohnsitz des Verkäufers nach dem Vertrag eine spätere Mängelrüge am Wohnsitz des Käufers ausschliesst.<sup>1283</sup>

Die Parteien können die Art und Weise der Erfüllung sowie der Untersuchung und Beanstandung im Rahmen der dispositiven Bestimmungen des Vertragsstatutes vereinbaren. Eine kollisionsrechtliche Teilrechtswahl ist allerdings nicht möglich, da sich

1275 SERICK, 637, 649; vgl. dazu oben N 1168 ff.

1276 Fragen der Wahrung werden nach Art. 147 IPRG angeknüpft; vgl. dazu unten Zehntes Kapitel N 1673 ff.

1277 KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2498 f.

1278 BSK IPRG-GABRIEL, Art. 125 N 9; ZK IPRG-KELLER/GIRSBERGER, Art. 124 N 23; VISCHER/HUBER/OSER, N 883; BGE 56 II 38 E. 2.

1279 VISCHER/HUBER/OSER, N 880; im Ergebnis gleich BSK IPRG-GABRIEL, Art. 125 N 10.

1280 BGE 49 II 76; 56 II 44; 72 II 414; 101 II 84.

1281 BGE 101 II 83 E. 2 und 3.

1282 BGE 101 II 84; ebenso VISCHER/HUBER/OSER, N 881, vgl. demgegenüber Art. 4 HKaufÜ.

1283 BGE 72 II 413 E. 6.

ortsgebundene Massnahmen gar nicht nach einem andern Recht als demjenigen am Vornahmeort durchführen lassen.<sup>1284</sup>

e) *Stellvertretung*

aa) Allgemeines

- 1188 Das IPRG enthält keine umfassende Kollisionsnorm über die Stellvertretung, sondern regelt in Art. 126 IPRG nur einzelne, für die Praxis besonders wichtige Fragen. Aufgrund ihrer Stellung im Abschnitt über Verträge wäre die Bestimmung nur auf die vertragliche Stellvertretung anwendbar. Art. 126 Abs. 1 IPRG regelt jedoch ausdrücklich die «rechtsgeschäftliche» Stellvertretung. Dies hat zur Folge, dass die Bestimmung die gewillkürte Stellvertretung ganz allgemein, nicht jedoch die gesetzliche Stellvertretung erfasst.<sup>1285</sup>

**Beispiele:**

Die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern untersteht dem auf das Eltern-Kind-Verhältnis anwendbaren Recht; die Vertretungsmacht unter Ehegatten dem allgemeinen Ehwirkungs- oder Güterrechtsstatut. Das Handeln von Organen einer Gesellschaft beurteilt sich nach dem Gesellschaftsstatut.<sup>1286</sup>

- 1189 Das nur in wenigen Staaten in Kraft getretene Haager Übereinkommen über das auf die Stellvertretung anwendbare Recht vom 14. März 1978 ist wesentlich von den Vorarbeiten zum schweizerischen IPRG beeinflusst worden und hat diese Vorarbeiten seinerseits beeinflusst, weshalb das Übereinkommen indirekt zur Auslegung der schweizerischen Bestimmung herangezogen werden kann, obwohl die Schweiz dem Übereinkommen nicht beigetreten ist.<sup>1287</sup>

- 1190 Art. 126 IPRG unterscheidet zwischen dem

- Innenverhältnis, d.h. dem Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter (Art. 126 Abs. 1 IPRG, vgl. dazu unten N 1191 f.);
- Aussenverhältnis, d.h. dem Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Dritten (Art. 126 Abs. 2 und 3 IPRG, vgl. dazu unten N 1193 ff.) sowie dem
- Verhältnis zwischen dem nicht ermächtigten Vertreter und dem Dritten (Art. 126 Abs. 4, vgl. dazu unten N 1199 f.).

bb) Innenverhältnis

- 1191 Nach Art. 126 Abs. 1 IPRG richtet sich das Innenverhältnis nach dem auf die Rechtsbeziehung zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter (Grundverhältnis) anwendbaren Recht. Für den Fall, dass beide Personen ihren Wohnsitz nicht im gleichen Staat

---

1284 Ebenso VISCHER/HUBER/OSER, N 878; BSK IPRG-GABRIEL, Art. 125 N 12; Reithmann/Martiny-MARTINY, N 280.

1285 ZK IPRG-KELLER/GIRSBERGER, Art. 126 N 5; KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2503.

1286 Art. 154 IPRG; BGER, 15.12.2003, 4C.28/2003, E. 2; 2.11.2004, 4C.157/2003, E. 2.2; Botschaft IPRG, 418; DUTOIT, Art. 126 IPRG N 1; SIEHR, Das IPR der Schweiz, 256.

1287 SIEHR, FS Moser, 108; KROPHOLLER, IPR, 301; VISCHER/HUBER/OSER, N 1009; KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2501; Botschaft IPRG, Ziff. 282.4.

haben, bestimmen in Ermangelung einer Rechtswahl der gewöhnliche Aufenthalt des Beauftragten (Art. 117 Abs. 2 und 3 IPRG), der gewöhnliche Arbeitsort (Art. 121 Abs. 1 IPRG) oder die Niederlassung, der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthaltsort des Arbeitgebers (Art. 121 Abs. 2 IPRG) das anwendbare Recht.<sup>1288</sup>

Hinsichtlich der Vollmacht sind diesem Recht insbesondere folgende Fragen unterstellt: 1192

- Begründung;
- Umfang und Dauer;
- Zulässigkeit im internen Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter;
- Erlöschen und Widerruf;
- Möglichkeit des Selbst- und Doppelkontrahierens (Vertreter vertritt den Vertretenen und den Dritten).<sup>1289</sup>

#### cc) Aussenverhältnis

Nach Art. 126 Abs. 2 IPRG unterstehen die Voraussetzungen, unter denen eine Handlung des Vertreters den Vertretenen gegenüber dem Dritten verpflichtet, primär dem Recht des Staates, in dem der Vertreter seine Niederlassung hat.<sup>1290</sup> Bei mehreren Niederlassungen ist diejenige ausschlaggebend, die zur konkreten Tätigkeit des Vertreters den engsten Bezug aufweist.<sup>1291</sup> 1193

Verfügt der Vertreter dagegen nicht über eine Niederlassung, ist nach Art. 126 Abs. 2 IPRG der Ort massgeblich, an dem der Vertreter hauptsächlich handelt.<sup>1292</sup> 1194

Der Verweisungsbegriff von Art. 126 Abs. 2 IPRG erfasst v.a. Fragen der Zulässigkeit der Stellvertretung, so beispielsweise: 1195

- Höchstpersönlichkeit oder sonstige Vertretungsfeindlichkeit eines Geschäfts;<sup>1293</sup>
- Begründung der Vertretungsmacht:<sup>1294</sup> Hierzu gehört insbesondere auch die Frage, ob ein vollmachtloses Geschäft durch nachträgliche Genehmigung geheilt werden kann;<sup>1295</sup>
- Umfang der Vertretungsmacht:<sup>1296</sup> Darunter fallen die Fragen der erlaubten Delegation (Substitution) sowie der weiteren Übertragung der Vertretungsmacht auf

1288 BSK IPRG-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 126 N 22.

1289 Vgl. demgegenüber BSK IPRG-WATTER/PELLANDA, Art. 126 N 14 ff., 29 ff.; wie hier dagegen VISCHER/HUBER/OSER, N 1011 f.

1290 Für den Begriff der Niederlassung vgl. Art. 20 Abs. 1 lit. c IPRG (natürliche Personen) bzw. Art. 21 Abs. 4 IPRG (Gesellschaften und Trusts).

1291 KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2510.

1292 BGE 131 III 516; ZK IPRG-KELLER/GIRSBERGER, Art. 126 N 45.

1293 BERGER, 151; VISCHER/HUBER/OSER, N 1032; a.A. BSK IPRG WATTER/PELLANDA, Art. 126 N 30.

1294 BERGER, 148.

1295 Ebenso BSK IPRG WATTER/PELLANDA, Art. 126 N 34 f.; a.A. BERGER, 157; VISCHER, IVR, 236; VISCHER/HUBER/OSER, N 1032.

1296 Vgl. BGer, 25.8.2000, 4C.335/1999, E. 2b.

andere (Untersubstitution).<sup>1297</sup> Nur durch deren Unterstellung unter das Statut der Vertretungsmacht lassen sich widersprüchliche Ergebnisse vermeiden;<sup>1298</sup>

- Art und Weise der Ausübung der Vertretungsmacht, insbesondere, ob der Ermächtigte allein oder nur in Verbindung mit anderen (kollektiv) handeln darf;<sup>1299</sup>
- Erlöschen der Vertretungsmacht.<sup>1300</sup>

1196 Fallen der Ort des hauptsächlichen Handelns des Vertreters und der Ort, wo der Rechtsschein sich auswirkt, auseinander, so geht das Recht am Handlungsort vor.<sup>1301</sup>

1197 In der EU wird die vertragliche Qualifikation der Haftung aus Rechtsscheinsvollmacht zugunsten einer ausservertraglichen Qualifikation mehrheitlich verworfen, weil der EuGH die *culpa in contrahendo* und ähnliche Haftungen ohne eine freiwillige, darauf gerichtete Verpflichtungsübernahme als ausservertraglich qualifiziert und der Gesetzgeber diese der Rom II-VO unterstellt hat.<sup>1302</sup>

1198 Steht der Vertreter in einem Arbeitsverhältnis zum Vertretenen und besitzt er keine eigene Geschäftsniederlassung, so befindet sich der Ort seiner Niederlassung gem. der unwiderlegbaren Vermutung von Art. 126 Abs. 3 IPRG am Sitz des Vertretenen. Dies ist v.a. bei international tätigen Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten der Fall.<sup>1303</sup>

dd) Verhältnis zwischen dem nicht ermächtigten Vertreter und dem Dritten

1199 Gemäss Art. 126 Abs. 4 IPRG gilt die für das Aussenverhältnis massgebliche Verweisung (Art. 126 Abs. 2 IPRG) auch für das Verhältnis zwischen dem nicht ermächtigten Vertreter (*falsus procurator*) und dem Dritten. Dieses Recht regelt insbesondere die Haftung des *falsus procurator* gegenüber dem Dritten.<sup>1304</sup>

1200 Wenn bereits beim ermächtigten Vertreter auf dessen Niederlassung oder den Handlungsort abgestellt wird, so kann im Interesse des Verkehrsschutzes zugunsten des Dritten bei einer vollmachtlosen Stellvertretung nichts Gegenteiliges gelten.<sup>1305</sup>

---

1297 Anderer Ansicht BSK IPRG-WATTER/PELLANDA, Art. 126, N 29, die insoweit auf das Statut des Innenverhältnisses abstellen.

1298 BERGER, 150 f.

1299 BERGER, 151; a.A. BSK IPRG-WATTER/PELLANDA, Art. 126 N 16, die die Statuten von Abs. 1 und 2 kombinieren wollen.

1300 KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2512; BERGER, 152 m.w.H.; VON CAEMMERER, 215; VISCHER, IVR 234; a.A. BSK IPRG-WATTER/PELLANDA, Art. 126 N 29, die auch hier auf das Statut des Innenverhältnisses abstellen.

1301 BERGER, 118 f. m.w.H.; VISCHER/HUBER/OSER, N 1030; MüKo-SPELLENBERG, Vorbem. zu Art. 11 EGBGB N 134 ff.; KEGEL/SCHURIG, 544.

1302 Art. 2 Abs. 1 Rom II-VO; MüKo-SPELLENBERG, Vorb. zu Art. 11 EGBGB N 136.

1303 BSK IPRG-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 126 N 39; KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2513.

1304 ZK IPRG-KELLER/GIRSBERGER, Art. 126 N 52.

1305 CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 126 N 9.

## IV. Anerkennung und Vollstreckung

### 1. LugÜ

#### a) Grundsatz

Nach der zentralen Bestimmung des Art. 33 LugÜ werden in einem anderen Vertragsstaat ergangene Entscheidungen anerkannt, ohne dass es hierfür eines besonderen Verfahrens bedarf. Im Gegensatz zum IPRG darf bei Anwendbarkeit des LugÜ die ausländische Zuständigkeit grundsätzlich nicht überprüft werden (vgl. Art. 35 Abs. 3 LugÜ). Diese Regelung trägt einem Hauptanliegen des LugÜ – der Erleichterung der Anerkennung ausländischer Entscheidungen in einem europäischen Justizraum – Rechnung.<sup>1306</sup> 1201

Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen durch ein staatliches Gericht erfolgt zwar automatisch, jedoch nur unter dem Vorbehalt, dass kein Verweigerungsgrund i.S.v. Art. 34 und 35 LugÜ vorliegt. Das Fehlen eines Verweigerungsgrunds wird dabei vermutet. Entsprechend trägt die Partei, die sich einer Anerkennung widersetzt, die Beweislast für das Vorliegen eines Verweigerungsgrunds.<sup>1307</sup> 1202

#### b) Ausnahmen

Im Bereich des Vertragsrechts sind jedoch die für Versicherungs- und Verbrauchersachen geltenden Ausnahmen vom Grundsatz der automatischen Anerkennung<sup>1308</sup> zu beachten.<sup>1309</sup> Eine Verletzung dieser Zuständigkeiten führt zur Verweigerung der Anerkennung und Vollstreckung des Entscheides in anderen Vertragsstaaten. 1203

Gemäss Art. 12 LugÜ kann der Versicherer grundsätzlich nur vor den Gerichten des Vertragsstaates klagen, in dessen Hoheitsgebiet der Beklagte seinen Wohnsitz hat.<sup>1310</sup> Der mit dieser Vorschrift verfolgte Zweck des Beklagtenschutzes erschien den Vertragsstaaten als derart wichtig, dass eine Entscheidung nicht anerkannt wird, wenn sie die Vorschriften des Abschnitts 3 LugÜ verletzt. Dies wiederum setzt voraus, dass im Zweitstaat noch einmal geprüft wird, ob die entsprechenden Zuständigkeitsvorschriften vom Erststaat richtig angewendet worden sind.<sup>1311</sup> 1204

Dieselben Überlegungen gelten auch für Verbrauchersachen, nicht aber für Arbeits-sachen, bei denen somit eine Nachprüfung grundsätzlich ausgeschlossen ist.<sup>1312</sup> Da sich die doppelte Zuständigkeitsprüfung aus dem Gedanken des Schutzes der schwä- 1205

<sup>1306</sup> Vgl. Präambel LugÜ.

<sup>1307</sup> BSK LugÜ-SCHULER/MARUGG, Art. 33 N 6; Bericht Jenard, ABl. Nr. C 59 vom 5.3.1979, 1 (43); CZERNICH/TIEFENTHALER/KODEK, Art. 33 aEuGVO N 4; Dasser/Oberhammer LugÜ-WALTHER, Art. 33 N 1; KROPHOLLER/VON HEIN, Vor Art. 33 aEuGVO N 7.

<sup>1308</sup> BGE 138 III 82 E. 3.5.3.

<sup>1309</sup> Art. 35 Abs. 1 und 3 LugÜ.

<sup>1310</sup> Vgl. dazu näher oben N 1002 ff.

<sup>1311</sup> Dasser/Oberhammer LugÜ-WALTHER, Art. 35 N 7.

<sup>1312</sup> OGer SO, SOG 1998 Nr. 17, 38; CZERNICH/TIEFENTHALER/KODEK, Art. 35 aEuGVO N 7; GEIMER/SCHÜTZE, Art. 35 EuGVVO N 14; KROPHOLLER/VON HEIN, Art. 35 EuGVVO N 5; WALTER/DOMEJ, 480; Rauscher-Leible, Art. 35 N 12.

cheren Vertragspartei rechtfertigt, erscheint es inkonsequent, diesen Arbeitnehmern nicht zugutekommen zu lassen.<sup>1313</sup> Innerhalb der EU ist diese Lücke im Rahmen der Brüssel Ia-VO inzwischen geschlossen worden.<sup>1314</sup>

## 2. IPRG

### a) *Allgemeines*

- 1206 Ausländische Entscheidungen in vertragsrechtlichen Streitigkeiten werden gem. Art. 149 Abs. 1 IPRG in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat ergangen sind, in dem der Beklagte seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hatte und die Ansprüche mit einer Tätigkeit an diesem Ort zusammenhängen. Die Bestimmung bezieht sich auf sämtliche im 9. Kapitel des IPRG geregelten Gegenstände (also auch auf ausservertragliche Schuldverhältnisse) und bildet somit die einzige Anerkennungsnorm dieses Kapitels. Inhaltlich wiederholt Art. 149 Abs. 1 IPRG im Wesentlichen die allgemeine Regelung des Art. 26 lit. a IPRG.<sup>1315</sup>
- 1207 Im Hinblick auf die vorliegend interessierenden ausländischen vertragsrechtlichen Entscheidungen ist zu beachten, dass nach Art. 149 IPRG die im Ausland liegenden besonderen Gerichtsstände des Erfüllungsortes der vertragscharakteristischen Leistung und des Arbeits- oder Betriebsortes nur anerkannt werden, wenn die beklagte Partei ihren Wohnsitz nicht in der Schweiz hatte (vgl. dazu unten N 1208 ff.).<sup>1316</sup> Eine Ausnahme wird lediglich zum Schutz der sozial schwächeren Partei gemacht, also bei Verträgen mit Konsumenten sowie im Rahmen von Klagen aus Arbeitsvertrag zugunsten des Arbeitnehmers (Art. 149 Abs. 2 lit. b und c; vgl. dazu unten N 1210 ff. und 1213).

### b) *Erfüllungsort*

- 1208 Nach Art. 149 Abs. 2 lit. a IPRG wird eine ausländische Entscheidung in der Schweiz anerkannt, «wenn sie eine vertragliche Leistung betrifft, im Staat der Erfüllung der charakteristischen Leistung ergangen ist und der Beklagte seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz hatte». Dies bedeutet, dass die Schweiz mit Art. 113 IPRG<sup>1317</sup> zwar für sich eine alternative Zuständigkeit am Erfüllungsort beansprucht, die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide aber verweigert, soweit sie am Erfüllungsort ergehen, und die beklagte Partei Wohnsitz in der Schweiz hat.<sup>1318</sup>

1313 CZERNICH/TIEFENTHALER/KODEK, Art. 35 aEuGVO N 7; KROPHOLLER/VON HEIN, Art. 35 aEuGVVO N 10; BSK LugÜ-SCHULER/MARUGG, Art. 35 N 14.

1314 Art. 45 lit. e Brüssel Ia-VO.

1315 BSK IPRG-DÄPPEN/MABILLARD, Art. 149 N 3.

1316 Botschaft IPRG, 437; DUTOIT, Art. 149 IPRG N 4; ZK IPRG-VOLKEN, Art. 149 N 27; CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 149 N 6.

1317 Vgl. dazu oben N 1052 ff.

1318 Die indirekte Zuständigkeit am Erfüllungsort gem. Art. 149 Abs. 2 lit. a IPRG ist im Vergleich zur direkten Zuständigkeit gem. Art. 113 IPRG nicht als alternative Zuständigkeit ausgestaltet worden, sondern lediglich eine subsidiäre geblieben. Die indirekte Zuständigkeit ist mithin also restriktiver als die direkte; vgl. Botschaft LugÜ, 1830.



**Beispiele:**

Klagt eine US-amerikanische Gesellschaft mit Sitz in Illinois gegen einen Deutschen mit Wohnsitz in Zürich am Erfüllungsort Saudi-Arabien, wird die Zuständigkeit der saudischen Gerichte am Erfüllungsort nicht anerkannt.

Klagt dieselbe US-Gesellschaft gegen denselben Beklagten am Erfüllungsort Frankreich, wird die Zuständigkeit der französischen Gerichte am Erfüllungsort (Art. 5 Ziff. 1 LugÜ) nach LugÜ vorbehaltlos anerkannt.<sup>1319</sup>

Hat der Beklagte seinen Wohnsitz dagegen im Ausland – etwa im obenstehenden Fall bei einer Klage der US-Gesellschaft gegen eine russische Unternehmung mit Sitz in St. Petersburg –, ist die Zuständigkeit der saudischen Gerichte in der Schweiz anzuerkennen.

Ein ausländisches Urteil betreffend Leistungen aus Vertrag soll anerkannt werden, 1209 wenn es in dem Staat ergangen ist, in dem die vertragscharakteristische Leistung zu erfüllen war oder hätte erfüllt werden müssen.<sup>1320</sup> Der Erfüllungsort ist daher gleich zu bestimmen wie im Rahmen von Art. 113 IPRG, welcher den Erfüllungsort nunmehr autonom festlegt und hierbei auf den Ort abstellt, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist.<sup>1321</sup>

*c) Ansprüche aus Konsumentenverträgen*

Im Hinblick auf Verträge mit Konsumenten enthält Art. 149 Abs. 2 lit. b IPRG eine 1210 besondere Anerkennungsgrundlage. Hiernach kann ein ausländischer Entscheid in der Schweiz anerkannt werden, sofern er am Wohnsitz oder am gewöhnlichen Aufenthalt des Konsumenten ergangen ist und die Voraussetzungen von Art. 120 Abs. 1 IPRG gegeben sind.<sup>1322</sup> Dabei kommt es auf die Parteirolle des Konsumenten nicht an.<sup>1323</sup> Somit kann Art. 149 Abs. 2 lit. b IPRG ein Klägerforum zugunsten des Konsumenten entnommen werden.<sup>1324</sup>

Konsequenz der Bestimmung ist, dass der Beklagtenschutz im Hinblick auf den Anbieter als Beklagter in der Schweiz entfällt, was mit dem Schutzzweck der Norm zugunsten der schwächeren Partei gerechtfertigt wird.<sup>1325</sup> Der Konsument kann somit an seinem ausländischen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt gegen den in der Schweiz wohnhaften Anbieter klagen; dieses Urteil in der Schweiz anzuerkennen. Für Klagen des Anbieters hingegen entspricht Art. 149 Abs. 2 lit. b IPRG der Vorschrift von Art. 149 Abs. 1 IPRG und hat daher keine eigenständige Bedeutung.<sup>1326</sup> 1211

1319 Ursprünglich hatte sich die Schweiz im Protokoll Nr. 1 zum LugÜ einen bis Ende 1999 befristeten Vorbehalt einräumen lassen. Danach brauchte die Schweiz bis zum Ablauf dieser Frist Urteile aus Vertragsstaaten nicht anzuerkennen, wenn das ausländische Gericht seine Zuständigkeit ausschliesslich auf den Erfüllungsort stützte und die beklagte Partei ihren Wohnsitz in der Schweiz hatte. Seit dem 1.1.2000 sind entsprechende Entscheide aus den Vertragsstaaten daher vorbehaltlos anzuerkennen; vgl. SCHNYDER/LIATOWITSCH, N 1119 f.; BGE 126 III 540.

1320 ZK IPRG-VOLKEN, Art. 149 N 38 ff.

1321 Vgl. dazu oben N 1052 ff.

1322 Vgl. dazu oben N 1132 ff.

1323 CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 149 N 18; BSK IPRG-DÄPPEN/MABILLARD, Art. 149 N 11.

1324 WEBER-STECHER, 327.

1325 SCHNYDER/LIATOWITSCH, N 1121.

1326 CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 149 N 18; WEBER-STECHER, N 1121.

- 1212 Die in Übereinstimmung mit Art. 120 Abs. 1 IPRG vorzunehmende Qualifikation des Konsumentenvertrages ist im Rahmen von Art. 149 Abs. 2 lit. b IPRG deshalb von Bedeutung, weil im Übrigen ein Klägergerichtsstand nur anerkennungsfähig ist, wenn die beklagte Partei nicht Wohnsitz in der Schweiz gehabt hat.

**Beispiel:**

Liefert ein schweizerischer Hersteller ein mangelhaftes Produkt ins Ausland, so kann es im Hinblick auf die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Urteils am Wohnsitz der geschädigten und daraufhin klagenden Partei darauf ankommen, ob es sich beim relevanten Liefervertrag um einen gewöhnlichen Kaufvertrag oder einen Konsumentenvertrag handelt. Ist Letzteres zu bejahen, so kann ein ausländisches Urteil gestützt auf Art. 149 Abs. 2 lit. b IPRG auch dann anerkannt und in der Schweiz vollstreckt werden, wenn der beklagte Hersteller Wohnsitz in der Schweiz hat.<sup>1327</sup>

*d) Ansprüche aus Arbeitsverträgen*

- 1213 Betrifft eine ausländische Entscheidung Ansprüche aus einem individuellen Arbeitsvertrag, so kann der ausländische Gerichtsstand am Arbeits- oder Betriebsort gem. Art. 149 Abs. 2 lit. c IPRG anerkannt werden. Dies ist jedoch nur möglich, wenn der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz hatte. Die Bestimmung dient wie Art. 115 IPRG dem Arbeitnehmerschutz.<sup>1328</sup>

**Beispiel:**

Nach Art. 149 Abs. 2 lit. c IPRG wird ein Urteil anerkannt, wenn der Arbeitnehmer gegen seinen Arbeitgeber am ausländischen Arbeits- oder Betriebsort geklagt hat, selbst wenn sich der Wohnsitz des Letzteren in der Schweiz befindet. Hat hingegen ein Arbeitgeber am ausländischen Arbeits- oder Betriebsort geklagt und der Wohnsitz des Arbeitnehmers befindet sich in der Schweiz, so kann das Urteil nicht anerkannt werden.<sup>1329</sup>

*e) Ansprüche aus dem Betrieb einer Niederlassung*

- 1214 Art. 149 Abs. 2 lit. d IPRG lässt eine Anerkennung ausländischer Entscheidungen zu, wenn in einem Verfahren Ansprüche aus dem Betrieb einer Niederlassung zu beurteilen waren und die Entscheidung am Sitz dieser Niederlassung ergangen ist. Damit korrespondiert die Bestimmung mit Art. 112 Abs. 2 IPRG für Ansprüche aus Verträgen. Ist diese Konnexität nicht gegeben, kann das Urteil gem. IPRG weder anerkannt noch vollstreckt werden.<sup>1330</sup>

## § 5 Fazit

- 1215 Das internationale Vertragsrecht der Schweiz und der europäischen Union weisen in vielen Punkten grosse Übereinstimmungen auf, was angesichts der engen Verflechtung der Entstehung des EVÜ und des IPRG nicht überrascht. Fundamental ist etwa

---

1327 BSK IPRG-DÄPPEN/MABILLARD, Art. 149 N 13.

1328 Vgl. dazu oben N 1066 ff.

1329 DUTOIT, Art. 149 IPRG N 4.

1330 CHK IPRG-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 149 N 15.

die Betonung der grundsätzlichen Bedeutung und des hohen Stellenwerts der Partei-autonomie in beiden Rechtsordnungen.

Die in den letzten Jahren zu beobachtende Weiterentwicklung des europäischen IPR/ IZPR hat im Bereich des internationalen Vertragsrechts allerdings teilweise zu Differenzen mit dem IPRG geführt. Sie zeigt, dass auch ein so bewährtes Instrument wie das IPRG heute in einigen Bereichen der Modernisierung bedarf. 1216

Dies zeigt etwa ein Blick auf die objektiven Grundanknüpfungen der Art. 4 Rom I-VO und Art. 117 IPRG. So stehen sich die Bestimmungen trotz unterschiedlicher Formulierungen grundsätzlich sehr nahe. Beide stellen primär auf die vertragscharakteristische Leistung ab, welche zunächst anhand von vertragstypenorientierten Einzelanknüpfungen konkretisiert wird.<sup>1331</sup> In zweiter Linie ist übereinstimmend auf den gewöhnlichen Aufenthalt derjenigen Partei abzustellen, welche die vertragscharakteristische Leistung erbringt.<sup>1332</sup> Beide Rechtsordnungen enthalten schliesslich eine Klausel zu Gunsten des Rechts der engsten Verbindung, die dem Einzelfall gerecht werdende Lösungen zulässt, wenn keine Interessen feststellbar sind, die zu typischen Anknüpfungen streben.<sup>1333</sup> 1217

Eine Schwäche der Bestimmung von Art. 117 IPRG liegt jedoch darin, dass sie modernen Vertragsgestaltungen nicht immer gerecht wird, was die Rechtssicherheit gefährden kann. Im Rahmen der europäischen Reformdebatte vor Erlass der Rom I-VO wurden ähnliche Fragen aufgeworfen und bspw. diskutiert, ob die subsidiäre Anknüpfung zugunsten der charakteristischen Leistung zurückgedrängt oder ganz beseitigt werden sollte.<sup>1334</sup> Das europäische Recht hat sich insofern für die umfangreiche Aufzählung verschiedener Vertragstypen in Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO entschieden. 1218

Vor diesem Hintergrund wäre aus schweizerischer Sicht zu erwägen, ob nicht eine Erweiterung der Liste von Art. 117 Abs. 3 IPRG um wenige klar definierte Vertragstypen wie dem Leasing, Vertriebs- und Franchisingvertrag in Betracht gezogen werden sollte. 1219

Im Hinblick auf Verträge, bei denen beide Parteien gleichwertige Leistungen erbringen und nicht eine einzelne Partei als Erbringerin der charakteristischen Leistung qualifiziert werden kann, wird bspw. vorgeschlagen, auf das vertragliche «Aktivitätszentrum» abzustellen.<sup>1335</sup> 1220

Klarer liesse sich auch die Anknüpfung des Konsumentenvertrags in Art. 120 IPRG gestalten. Insoweit ist v.a. auf das diskutable Tatbestandsmerkmal der «Leistungen des üblichen Verbrauchs» und die Abstimmung mit den zuständigkeitsrechtlichen Vorschriften des revidierten LugÜ hinzuweisen. Darüber hinaus ist zu prüfen, ob die beschränkte Zulassung der subjektiven Anknüpfung nach dem Konzept der Rom I-VO dem Ziel des Schutzes des Konsumentenschutzes nicht besser entsprechen würde als die jetzige Lösung, welche die einzige Bestimmung des IPRG im Bereich des internationalen Vertragsrechts ohne Rechtswahlmöglichkeit enthält. 1221

1331 Art. 4 Abs. 1 Rom I VO, Art. 117 Abs. 3 IPRG.

1332 Art. 4 Abs. 3 Rom I VO, Art. 117 Abs. 3 IPRG.

1333 Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO, Art. 117 Abs. 1 IPRG.

1334 MÜKO-MARTINY, Art. 4 Rom I-VO N 2.

1335 MARK NDUE, 150.



## Achtes Kapitel:

### Ungerechtfertigte Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag



# Inhaltsverzeichnis

	Note
§ 1 Ungerechtfertigte Bereicherung . . . . .	1222
I. Grundproblematik . . . . .	1222
1. Bereicherungsrecht als subsidiäre Anspruchsgrundlage . . . . .	1222
2. Kollisionsrechtliche Erfassung . . . . .	1228
II. Rechtsquellen . . . . .	1236
III. Europäische Union . . . . .	1237
1. Zuständigkeit . . . . .	1237
2. Anwendbares Recht . . . . .	1238
a) Allgemeines . . . . .	1238
b) Akzessorische Anknüpfung . . . . .	1239
c) Gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt . . . . .	1243
d) Ort des Bereicherungseintritts . . . . .	1244
e) Offensichtlich engere Verbindung . . . . .	1245
f) Begriff . . . . .	1246
g) Renvoi . . . . .	1248
IV. Schweiz . . . . .	1249
1. Zuständigkeit nach LugÜ . . . . .	1249
a) Anwendungsbereich . . . . .	1249
b) Notwendigkeit der Berücksichtigung besonderer Zuständigkeiten im LugÜ . . . . .	1251
c) Vertragliche Zuständigkeiten . . . . .	1255
d) Deliktsrechtliche Zuständigkeiten . . . . .	1256
e) Ausschliessliche Zuständigkeiten . . . . .	1260
2. Zuständigkeit nach IPRG . . . . .	1262
a) Zuständigkeit am schweizerischen Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Niederlassung . . . . .	1262
b) Prorogatio fori und Einlassung . . . . .	1263
c) Subsidiäre indirekte Anknüpfung an andere Zuständigkeiten . . . . .	1264
3. Anwendbares Recht . . . . .	1268
a) Allgemeines . . . . .	1268
b) Regelanknüpfung . . . . .	1278
aa) Abgrenzung . . . . .	1278
bb) Bestehendes oder vermeintlich bestehendes Rechtsverhältnis . . . . .	1279
cc) Relevanter Zeitpunkt . . . . .	1284
c) Subsidiäre selbständige Anknüpfungen . . . . .	1285
aa) Subjektive Anknüpfung . . . . .	1285
bb) Ort des Eintritts der ungerechtfertigten Bereicherung . . . . .	1289
d) Mehrparteienverhältnisse . . . . .	1293
aa) Allgemeines . . . . .	1293

	Note
bb) Tilgung fremder Schulden zur Tilgung einer eigenen Schuld . . . . .	1294
cc) Irrtümliche Zahlung einer fremden Schuld . . . . .	1305
e) Weitere Ansprüche aus Eingriffen in geschützte Rechtspositionen . . . . .	1308
f) Sonderfragen . . . . .	1311
§ 2 Geschäftsführung ohne Auftrag . . . . .	1313
I. Grundproblematik . . . . .	1313
1. Geschäftsführung ohne Auftrag als subsidiäre Anspruchsgrundlage . . . . .	1313
2. Kollisionsrechtliche Erfassung . . . . .	1316
II. Rechtsquellen . . . . .	1320
III. Europäische Union . . . . .	1321
1. Zuständigkeit . . . . .	1321
2. Anwendbares Recht . . . . .	1322
IV. Schweiz . . . . .	1325
1. Zuständigkeit nach LugÜ . . . . .	1325
2. Zuständigkeit nach IPRG . . . . .	1331
3. Anwendbares Recht . . . . .	1336
§ 3 Fazit . . . . .	1342



## Literatur

- DUTTA, Ein besonderer Gerichtsstand für die Geschäftsführung ohne Auftrag in Europa?, Kommentar zu OLG Köln, 13.5.2009, LG Aachen, 31.10.2008, IPrax 2011, 134
- GRAWEHR, Die ungerechtfertigte Bereicherung im internationalen Privatrecht der Schweiz, Unter rechtsvergleichender Berücksichtigung des deutschen, österreichischen, französischen, englischen und US-amerikanischen Rechts, St. Gallen, 1991
- HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017
- HUBER (Hrsg.), Rome II Regulation, Pocket Commentary, München 2011 (zit. Huber-AUTOR/IN)
- HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2014
- KROPHOLLER/VON HEIN, Der postmortale Persönlichkeitsschutz im geltenden und künftigen Internationalen Privatrecht, in: Lorenz/Trunk/Eidenmüller/Wendehorst/Adolff (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005
- KUPISCH, Ungerechtfertigte Bereicherung und europäisches Zivilgesetzbuch, in: Bucher/Canaris/Honsell/Koller (Hrsg.), Norm und Wirkung, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, 469
- LEHMANN/DUCZEK, Grundfälle zur Rom II-VO, JuS 2012, 788
- LEIBLE/LEHMANN, Die neue EG-Verordnung über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht («Rom II»), RIW 2007, 721
- RODRIGUEZ, Beklagtenwohnsitz und Erfüllungsort im europäischen IZPR, Zürich 2005
- SCHLECHTRIEM, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, Eine rechtsvergleichende Darstellung, Band 1, Tübingen 2000
- SIEHR, The Rome II Regulation and Specific Maritime Torts: Product Liability, Environmental Damage, Industrial Action, *RabelsZ* 2010, 139
- SONNENTAG, Zur Europäisierung des internationalen ausservertraglichen Schuldrechts durch die geplante Rom II-Verordnung, *ZVglRWiss* 2006, 256
- SWANN, The Structure of Liability of Unjustified Enrichment, First Proposals of the Study Group on an European Civil Code, in: Zimmermann (Hrsg.), Grundstrukturen eines europäischen Bereicherungsrechts, Tübingen 2005, 265
- VON BAR, Unjustified enrichment (PEL Unj. Enr.), München 2010
- WALTHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2009, 2. Teil: Internationales Zivilprozessrecht, *ZBJV* 2011, 538
- ZIMMERMANN, Bereicherungsrecht in Europa, in: Zimmermann (Hrsg.): Grundstrukturen eines europäischen Bereicherungsrechts, Tübingen 2005, 17

### *Weiterführende Literatur*

- BALASTER, Die ungerechtfertigte Bereicherung im internationalen Privatrecht, Winterthur 1955

- BEHRENS, Bereicherungsrechtliche Mehrpersonenverhältnisse im internationalen Privatrecht, Jena 2011
- BRANDENBERG BRANDL, Direkte Zuständigkeit der Schweiz im internationalen Schuldrecht, St. Gallen 1991
- BUSSE, Internationales Bereicherungsrecht zwischen EGBGB-Reform und «Rom II», RIW 2003, 406
- DE BELLIS, La negotiorum gestio nel Regolamento (CE) n° 867/2007, in: Venturini et al. (Hrsg.), Liber Pocar, Mailand 2009, 2. Bd., 245
- DICKINSON, The Rome II Regulation, The Law Applicable to Non-Contractual Obligations, Oxford 2010
- FISCHER, Ungerechtfertigte Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag im europäischen internationalen Privatrecht, in: Bernreuther/Freitag/Leible/Sippel/Wanitzek (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Spellenberg zum 70. Geburtstag, München 2010, 151
- HAY, Ungerechtfertigte Bereicherung im internationalen Privatrecht, Frankfurt a.M. 1978
- IMHOFF-SCHEIER/PATOCCHI, Torts and Unjust Enrichment in the New Swiss Conflicts of Law, Zürich 1990
- KADNER GRAZIANO, Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle, Règlement Rome II, Rev. crit. 2008, 445
- DERS., Das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung, RabelsZ 73 (2009), 1
- KREN KOSTKIEWICZ/MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht, unter Einbezug der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Entwicklungen 2009, Bern 2010
- MARKUS, Tendenzen beim materiellrechtlichen Vertragserfüllungsort im internationalen Zivilverfahrensrecht, Basel/Genf/München 2009
- RAUSCHER, Internationaler Gerichtsstand des Erfüllungsorts, Abschied von Tessili und de Blos, NJW 2010, 2251
- REUTER/MARTINEK, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl., Tübingen 2016
- RUGULLIS, Antizipierte Rechtswahl in ausservertraglichen Schuldverhältnissen, IPRax 2008, 319
- SCHÜTZE, Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr, 7. Aufl., Frankfurt a.M. 2016
- SENDMEYER, Die Rückabwicklung nichtiger Verträge im Spannungsfeld zwischen Rom II-VO und internationalem Vertragsrecht, IPRax 2010, 500
- SEYBOLD, Die ungerechtfertigte Bereicherung auf internationaler Ebene, Eine rechtsvergleichende Analyse für die Rechtspraxis im internationalen Wirtschaftsrecht, Baden-Baden 2004
- VOGELER, Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der ausservertraglichen Schuldverhältnisse, Tübingen 2013

## § 1 Ungerechtfertigte Bereicherung

### I. Grundproblematik

#### 1. Bereicherungsrecht als subsidiäre Anspruchsgrundlage

Aus rechtsvergleichender Sicht ist festzustellen, dass das Rechtsinstitut der ungerechtfertigten Bereicherung in der einen oder anderen Form in sehr vielen Rechtsordnungen vorzufinden ist.<sup>1336</sup> 1222

Im schweizerischen Recht hat sich die Rezeption der ungerechtfertigten Bereicherung im 18. und 19. Jahrhundert stark von den römischrechtlichen Wurzeln entfernt. Im Mittelpunkt stand vielmehr die Anpassung an die (damaligen) wirtschaftsrechtlichen Bedürfnisse.<sup>1337</sup> Ähnliche Entwicklungen sind auch in anderen Rechtsordnungen zu beobachten, wo die Rechtsfigur der ungerechtfertigten Bereicherung jeweils unterschiedlich rezipiert und weiterentwickelt (und im *common law* erst kürzlich als eigenständiger Rechtsanspruch anerkannt)<sup>1338</sup> wurde.<sup>1339</sup> Heute erfüllt sie in den meisten Rechtsordnungen die Funktion einer subsidiären Anspruchsgrundlage, wenn eine Vermögensverschiebung weder auf vertrags-, deliktsrechts-, sachen-, personen- oder familienrechtliche Anspruchsgrundlagen gestützt werden kann.<sup>1340</sup> Meist gehen auch Ansprüche aus vertrauensrechtlichen Tatbeständen der ungerechtfertigten Bereicherung vor. 1223

Diese Entwicklung hatte zur Folge, dass heute der Anwendungsbereich der ungerechtfertigten Bereicherung nur noch in Abgrenzung zu den vorgenannten anderen Anspruchsgrundlagen umschrieben werden kann. Je weiter der materiellrechtliche Anwendungsbereich der einzelnen Anspruchsgrundlagen in den betroffenen Rechtsordnungen gefasst wird (bspw. durch eine Rechtstradition, welche den Vertrauensgrundsatz als eigenständige Anspruchsgrundlage weit entwickelt hat oder durch ein weitgefasstes Verständnis des Kausalitätsgrundsatzes beim Eigentumsübergang), desto kleiner wird in dieser betroffenen Rechtsordnung der jeweilige materiellrechtliche Anwendungsbereich der Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Um es mit den Worten von ZIMMERMANN zu sagen: *«Wenn somit verschiedene Autoren zu verschiedenen Zeiten immer andere Formulierungen ersannen, um einem an sich unmittelbar einleuchtenden Gerechtigkeitsgedanken schärfere tatbestandliche Konturen zu geben, so ist die juristische Kategorie <ungerechtfertigte Bereicherung> auch deshalb vergleichsweise amorph, weil ihre praktische Bedeutung, ihr Anwendungsbereich und ihre Regelungsdetails sehr stark von systematischen Weichenstellungen abhängen, die anderswo getroffen werden: von der vertraglichen Risikoverteilung über die Frage der Konstruktion des Eigentumsüberganges bis hin zu Reichweite und Definition des Schadensbegriffes.»*<sup>1341</sup> 1224

1336 Hierzu ausführlich ZIMMERMANN, 23 ff.; VON BAR, 93 ff.; vgl. auch KUPISCH, FS Wiegand, 473 ff., 481 ff.; SWANN, 267 ff.

1337 BK OR-RÜEDI, Art. 66 N 42–125.

1338 Vgl. hierzu ZIMMERMANN, 22, 30.

1339 SCHLECHTRIEM, 2 ff.; ZIMMERMANN, 25 ff.; BK OR-RÜEDI, Art. 66 N 164–169, 178–180, 190–195, 228, 243–246, 254–255, 310–327, 448–450, 491, 521–529, 566–567, 576, 585, 603–610.

1340 BSK IPRG-FURRER, Vor Art. 127–128 N 2.

1341 ZIMMERMANN, 26.

- 1225 Diese negative Umschreibung des Anwendungsbereichs der ungerechtfertigten Bereicherung schlägt sich auch in der schwankenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung wieder, wie dies etwa in BGE 124 III 438 zur Frage des Begriffs des rechtswidrigen und unsittlichen Erfolgs (Art. 66 OR) deutlich wurde.<sup>1342</sup> Aber auch die Lehre tat sich bislang schwer mit einer systematisch kohärenten Erfassung der Ansprüche, die von der ungerechtfertigten Bereicherung erfasst werden sollten. Unbestritten bleibt zwar die Unterscheidung in Leistungs- und Eingriffskonditionen.<sup>1343</sup> Während die Leistungskondition einen relativ unbestrittenen Anwendungsbereich hat, fehlt bis heute eine klare Umschreibung der Eingriffskondition.
- 1226 Bei der *Leistungskondition* wird das Vermögen des Bereicherten durch eine Vermögensverschiebung des Entreicherten in diesem Umfang vergrössert. Ob diese Vermögensverschiebung ohne Rechtsgrund (*sine causa*) im Hinblick auf einen sich entgegen den Erwartungen nicht verwirklichten Rechtsgrund (*ob causam futuram*) oder aufgrund eines nachträglich weggefallenen Rechtsgrundes (*ob causam finitam*) erfolgte, ist für die kollisionsrechtliche Frage unerheblich.
- 1227 Die *Eingriffskondition* hingegen bleibt weiterhin diffus. Bei ihr ist zu unterscheiden zwischen Eingriffen des Bereicherten selbst und Eingriffen durch das Verhalten Dritter oder durch den Zufall. Dabei wird das Vermögen des Bereicherten durch seinen ungerechtfertigten Eingriff in die Rechtssphäre eines anderen (bspw. durch die Nutzung, den Ge- und Verbrauch von fremden Vermögenswerten oder Gütern) vergrössert, wobei der Nachweis der Entreicherung des anderen nicht zwingend notwendig ist. Massgebend ist vielmehr die Bereicherung durch den ungerechtfertigten Eingriff in diese Rechtssphäre, die meist durch ein absolutes Recht, aber auch durch Normen des UWG oder seltener durch relative Rechte (wie bspw. ein Forderungsrecht) geschützt wird.

## 2. Kollisionsrechtliche Erfassung

- 1228 Die diffuse materiellrechtliche Ausgangslage erschwert die kollisionsrechtliche Erfassung der ungerechtfertigten Bereicherung in zweierlei Hinsicht. Auf der einen Seite ist der Umfang der Verweisung in Art. 127 und 128 IPRG zu klären. Auf der anderen Seite wirft der rechtsvergleichend unterschiedliche Anwendungsbereich der ungerechtfertigten Bereicherung anspruchsvolle Fragen der Qualifikation ersten und zweiten Grades auf, weil die Subsumtion von Rechtsverhältnissen sehr unterschiedlich ausfallen kann.
- 1229 Diese Schwierigkeiten zeigen sich auch in der historischen Entwicklung dieser zwei Bestimmungen. So knüpfte das Bundesgericht vor dem Inkrafttreten des IPRG anfangs autonom an den Ort an, wo die Bereicherung eingetreten war (*lex loci actus*),<sup>1344</sup> was damals wohl der herrschenden Lehre entsprach. Bereits 1952 änderte jedoch das

---

1342 BK OR-RÜEDI, Art. 66 N 5, 238 ff.

1343 Aber auch hierzu kritisch KUPISCH, FS Wiegand, 515 ff.

1344 BGE 77 II 86 E. 3c («Ort der Übergabe des Geldes»); 31 II 662 E. 3 («wo die Bereicherung stattgefunden haben soll, also in der Regel nach dem Rechte des Wohnortes des Erwerbers»); 26 II 265 E. 4; 12 I 339, 342: («la loi du lieu où le paiement a été effectué»).

Bundesgericht in einem vielbeachteten Entscheid seine Rechtsprechung und führte als primäre Anknüpfungsregel die indirekte Anknüpfung an das Recht desjenigen Rechtsverhältnisses ein, das die Bereicherung ausgelöst hat («Rechtsordnung, aus welcher sich der Erwerb herleitete»),<sup>1345</sup> Diese von ZWEIGERT entwickelte Anknüpfung konnte in der Folge befriedigen und fand Eingang in eine konstante Rechtsprechung<sup>1346</sup> und schliesslich – trotz abweichender Vorschläge in der Expertenkommission – auch in die Botschaft zum IPRG.<sup>1347</sup>

So schlug die Expertenkommission erst eine Anknüpfungsregel als Kollisionsnorm vor, welche entsprechend der klassischen Einteilung der Bereicherungsansprüche in Leistungs-, Eingriffs- und sonstige (Nichtleistungs-)Konditionen wie folgt unterschied:<sup>1348</sup>

- ungerechtfertigte Werteverstärkungen aufgrund eines bestehenden oder vermeintlichen Rechtsverhältnisses,
- Werteverstärkungen ohne Rechtsverhältnis, jedoch aufgrund eines sachenrechtlichen Vorgangs, und
- alle übrigen Fälle.

Im Entwurf des Bundesrates wurde diese Kollisionsnorm wieder vereinfacht, in dem die unselbständige Anknüpfung ausgeweitet<sup>1349</sup> und die Sonderanknüpfung für sachenrechtliche Vorgänge schlicht gestrichen wurde.<sup>1350</sup> Massgebend sollte nur noch die Frage sein, ob es ein vorbestehendes Rechtsverhältnis gibt oder zumindest vermeintlich gab.<sup>1351</sup> Für die verbleibenden Konstellationen ungerechtfertigter Bereicherungsansprüche wurde die Anknüpfung an den Ort vorgeschlagen, an dem die Bereicherung eingetreten ist.<sup>1352</sup>

Dieser Vorschlag des Bundesrates fand schliesslich Eingang in Art. 128 IPRG. Als einzige Änderung wurde auf Vorschlag der vorberatenden Kommission des Nationalrates für die nichtakzessorische Anknüpfung in Art. 128 Abs. 2 IPRG eine Rechtswahlklausel eingeführt, die sich am Deliktsrecht<sup>1353</sup> orientiert.

Dies zeigt, dass sich der schweizerische Gesetzgeber von der komplexen Ausgangslage nicht dazu verführen liess, eine ebenso komplexe kollisionsrechtliche Regel zu schaffen. Der gefundene Lösungsansatz liegt richtigerweise vielmehr in einer primären unselbständigen Anknüpfung, was der vorstehend erwähnten rechtsvergleichend bestätigten subsidiären materiellrechtlichen Ausgangslage<sup>1354</sup> besser entspricht. Diese unselbständige Anknüpfung in Art. 128 Abs. 1 IPRG führt zu einer akzessorischen Anknüpfung an das anwendbare Recht desjenigen Rechtsverhältnisses, aufgrund dessen die Bereicherung eingetreten ist. Das gesetzgeberische Konzept sieht

1345 BGE 78 II 385 E. 1a.

1346 BGE 93 II 373 E. 1b; 80 II 53 E. 5.

1347 Botschaft IPRG, 419 f. (Ziff. 283.2).

1348 Expertenentwurf IPRG, 32 (Art. 128); Schlussbericht IPRG, 232.

1349 Entwurf BR IPRG, 501 (Art. 124).

1350 BSK IPRG-FURRER, Vor Art. 127–128 N 9.

1351 Entwurf BR IPRG, 501 (Art. 125 Abs. 1).

1352 Entwurf BR IPRG, 501 (Art. 125 Abs. 2).

1353 Art. 132 IPRG.

1354 Vgl. oben N 1222 ff.

daher nur subsidiär und in zweiter Linie eine selbständige Anknüpfung vor, in dem gemäss Art. 128 Abs. 2 IPRG der Ort massgebend ist, an dem die Bereicherung eingetreten ist. Eine ähnliche – wenn auch weniger schlanke – Regelung findet sich auch in Art. 10 Rom II-VO.<sup>1355</sup>

- 1234 Dieses Grundkonzept hat konkrete Auswirkungen auf die Auslegung dieser Kollisionsregeln: Für die Auslegung der Art. 127 und 128 IPRG ist nur eine funktions- und interessenorientierte Qualifikation zielführend. Die Berücksichtigung der unterschiedlich konzipierten Teilgebiete des Bereicherungsrechts erfordert es, die divergierenden Konzeptionen der Kausalität und Abstraktheit von Verfügungs- und zugrundeliegendem Verpflichtungsgeschäft zu berücksichtigen, die letztendlich darüber entscheiden, ob ein Kondiktions- oder Vindikationsanspruch vorliegt. Vermögensverschiebungen können daher in den unterschiedlichen Rechtsordnungen völlig anderen Anspruchsgrundlagen unterliegen, die im Rahmen der Qualifikation jeweils angemessen zu würdigen sind.<sup>1356</sup>
- 1235 Die akzessorische Anknüpfung in Art. 128 Abs. 1 IPRG führt in den meisten Fällen zu einem Entscheidungseinklang mit diesen Rechtssystemen und damit zu einer praxisnahen und befriedigenden Anknüpfung, welche anspruchsvolle kollisionsrechtliche Korrekturen über Substitution, Anpassung oder gar den Ordre public meist unnötig machen.

## II. Rechtsquellen

	Recht der Europäischen Union	Recht der Schweiz
Gemeinsame Quellen	LugÜ	LugÜ
Nicht gemeinsame Quellen	Brüssel Ia-VO Art. 10 Rom II-VO	Art. 127–128 IPRG Art. 1093, 1142 OR Art. 149 Abs. 2 lit. e IPRG

## III. Europäische Union

### 1. Zuständigkeit

- 1237 Das europäische Recht enthält keine eigenständige Zuständigkeitsnorm im Hinblick auf bereicherungsrechtliche Ansprüche. Insoweit ist auf die allgemeine Zuständigkeit am Wohnsitz oder Sitz des Beklagten nach Art. 4 Abs. 1 Brüssel Ia-VO sowie die konkurrierenden Zuständigkeiten gemäss Art. 7 Ziff. 1 und 2 Brüssel Ia-VO zurückzugreifen, soweit keine ausschliessliche sachenrechtliche Zuständigkeit nach Art. 24 Brüssel Ia-VO vorliegt. Da diese Vorschriften auch nach der 2012 erfolgten Reform des europäischen IZVR weiterhin den parallelen Bestimmungen des LugÜ entsprechen, kann insoweit auf die Ausführungen unten in N 1249 ff. verwiesen werden.

<sup>1355</sup> Vgl. dazu eingehend unten N 1238 ff.

<sup>1356</sup> Vgl. hierzu GRAWEHR, 49 ff.

## 2. Anwendbares Recht

### a) Allgemeines

Seit Inkrafttreten der Rom II-VO<sup>1357</sup> im Jahr 2009 gilt in der Europäischen Union mit Art. 10 Rom II-VO eine dreistufige Anknüpfungsleiter für bereicherungsrechtliche Ansprüche, die nicht eine kodifikatorische Zusammenfassung bestehender nationaler Anknüpfungsregeln darstellt, sondern eine eigenständige und in ihrer Gesamtheit neuartige Struktur bildet.<sup>1358</sup> Die Vorschrift verdankt ihre Existenz dem Bestreben, das IPR der ausservertraglichen Schuldverhältnisse vollständig zu regeln.<sup>1359</sup> 1238

### b) Akzessorische Anknüpfung

Falls die Parteien keine wirksame Rechtswahl getroffen haben, wird die ungerechtfertigte Bereicherung gemäss Art. 10 Abs. 1 Rom II-VO primär akzessorisch an ein bereits bestehendes Rechtsverhältnis angeknüpft. Wie die ausdrückliche Erwähnung der Zahlung auf eine nicht bestehende Schuld belegt, genügt es, wenn ein solches Rechtsverhältnis nur vermeintlich bestand und hierauf geleistet werden sollte. 1239

Unklar ist, ob auch dann akzessorisch angeknüpft werden kann, wenn ein Vertrag noch nicht geschlossen, aber beabsichtigt war und im Vertrauen auf den bevorstehenden Vertragsschluss Leistungen erbracht wurden. In ihrer Begründung zu ihrem ursprünglichen Vorschlag wies die Kommission darauf hin, dass sie unter einem «bestehenden Rechtsverhältnis» auch vorvertragliche und nichtige Rechtsbeziehungen versteht.<sup>1360</sup> Das erscheint sinnvoll, da nach diesem Verständnis grundsätzlich sämtliche Leistungskonditionen einheitlich angeknüpft werden können. Dabei kann es allerdings zu Überschneidungen mit den für vertragliche Schuldverhältnisse geltenden Kollisionsregeln kommen, denn nach Art. 12 Abs. 1 lit. e Rom I-VO ist das auf einen Vertrag anzuwendende Recht auch für die Folgen der Nichtigkeit des Vertrags massgebend. Art. 27 Rom II-VO statuiert insoweit einen Vorrang der vertragsrechtlichen Regeln.<sup>1361</sup> 1240

Fraglich ist weiterhin, ob auch an ein Rechtsverhältnis akzessorisch angeknüpft werden kann, das bereits beendet ist. Ist das Rechtsverhältnis zwar rechtstechnisch beendet, wirkt aber noch nach, erscheint eine akzessorische Anknüpfung jedenfalls dann noch möglich, wenn die Nachwirkung im Fortbestehen von Pflichten im Zusammenhang mit dem Rechtsverhältnis liegt.<sup>1362</sup> 1241

1357 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht («Rom II»), ABl. Nr. L 199 vom 31.7.2007, 40.

1358 Rauscher-JAKOB/PICHT, Art. 10 Rom II-VO N 16.

1359 Erwägungsgrund 29 Rom II-VO.

1360 KOM (2003) 427 endg. vom 22.7.2003, 24.

1361 Art. 27 Rom II-VO: «Diese Verordnung berührt nicht die Anwendung von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, die für besondere Gegenstände Kollisionsnormen für ausservertragliche Schuldverhältnisse enthalten; vgl. auch die Parallelnorm in Art. 23 Rom I-VO; MÜKO-JUNKER, Art. 10 Rom II-VO N 10.

1362 Rauscher-JAKOB/PICHT, Art. 10 Rom II-VO N 28.

- 1242 Die in Art. 10 Abs. 1 Rom II-VO geforderte «enge Verbindung» des bestehenden Rechtsverhältnisses mit dem ausservertraglichen Schuldverhältnis aus ungerechtfertigter Bereicherung kann ihre Ursache in rechtlichen oder tatsächlichen Gegebenheiten haben.

**Beispiel:**

Das House of Lords entschied 1983 einen Fall, in dem es um das Tankschiff «Universe Sentinel» ging. Das unter liberianischer Flagge fahrende Schiff wurde in Milford Haven durch eine Blockade der Transportarbeiter-Gewerkschaft ITF an der Weiterfahrt gehindert und unter dem Druck der Blockade schliesslich von den Reedern durch Zahlungen an die Gewerkschaft ausgelöst. Als das Schiff frei war, klagten die Reeder auf Rückzahlung. Das House of Lords qualifizierte die Blockade als Arbeitskampf und den Regressanspruch als einen solchen aus ungerechtfertigter Bereicherung. Folgt man der bereicherungsrechtlichen Qualifikation des Rückgriffsanspruchs, wäre der Anspruch unter Geltung der Rom II-VO nach Art. 10 Abs. 1 akzessorisch an das Arbeitskampfstadstatut anzuknüpfen. Die erforderliche enge Verbindung ergibt sich aus dem tatsächlichen Umstand, dass die Zahlung nur unter dem Druck des Arbeitskampfs geleistet wurde.<sup>1363</sup>

*c) Gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt*

- 1243 Kann das anzuwendende Recht nicht nach Art. 10 Abs. 1 Rom II-VO bestimmt werden und haben die Parteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Staat, so ist das Recht dieses Staates anzuwenden (Art. 10 Abs. 2 Rom II-VO). Diese Auffangregel soll eine sachgerechte Beurteilung des rechtlichen Verhaltens der Parteien erleichtern, welches in der Regel auf die Massgaben des gemeinsamen Umweltrechts ausgerichtet ist.<sup>1364</sup>

*d) Ort des Bereicherungseintritts*

- 1244 Kann das anzuwendende Recht weder nach Abs. 1 noch nach Abs. 2 von Art. 10 Rom II-VO bestimmt werden, knüpft Art. 10 Abs. 3 Rom II-VO an das Recht des Staates an, in dem die Bereicherung eingetreten ist. Interessanterweise beriefen sich dabei die Schöpfer der Rom II-VO auf das Vorbild des schweizerischen IPRG.<sup>1365</sup> Im europäischen Schrifttum wird die Bestimmung z.T. kritisiert, da sich der Ort des Bereicherungseintritts leicht manipulieren lasse, indem man den Bereicherungsgegenstand an einen anderen Ort transferiere.<sup>1366</sup> Ausserdem gefährde die Anknüpfung nach Art. 10 Abs. 3 Rom II-VO den Gleichlauf mit dem Deliktsstatut durch die Anknüpfung an den Ort des Bereicherungseintritts einerseits und den Ort der Rechtsgutsverletzung andererseits.<sup>1367</sup> Weil der Stand der Herausbildung eigenständiger «Eingriffskonditionen» neben deliktischen Ansprüchen in den Mitgliedstaaten noch uneinheitlich ist, können aus dem fehlenden Gleichlauf Situationen der Normenhäufung oder des Normenmangels entstehen.<sup>1368</sup>

1363 Universe Tankships v. I.T.F. [1983] 1 A.C. 366 (H.L.); SIEHR, *RebelsZ* 2010, 152.

1364 KOM (2003) 427 endg., a.a.O.

1365 Art. 128 Abs. 2 IPRG; vgl. dazu unten N 47 ff.; KOM (2003) 427 endg., a.a.O.

1366 Vgl. den Bericht von WALLIS, Europäisches Parlament, 27.6.2005, A6-0211/2005, 26.

1367 KROPHOLLER/VON HEIN, FS Heldrich, 807; SONNENTAG, Zur Europäisierung des Internationalen ausservertraglichen Schuldrechts durch die geplante Rom II-Verordnung, *ZVglRWiss* 2006, 301.

1368 LEIBLE/LEHMANN, *RIW* 2007, 732.



e) *Offensichtlich engere Verbindung*

Angesichts dieser Unsicherheiten hat der europäische Gesetzgeber wohl daran getan, 1245  
in Art. 10 Abs. 4 Rom II-VO eine Ausweichklausel zu Gunsten des Rechts des Staates  
vorzusehen, zu dem eine offensichtlich engere Verbindung besteht.

**Beispiel:**

Der Alleinherrscher des arabischen Staates A überweist seinem in Paris lebenden Nefen N eine Million Dollar aus Staatsmitteln auf eines seiner Konten auf den Bahamas, um dessen aufwändigen Lebenswandel zu finanzieren. Nachdem N das Geld v.a. auf Partys in Pariser Szeneculbs ausgegeben hat, verlangt der Staat A das Geld nach einem Regierungswechsel von N zurück. Wenn und soweit N Mittäter der Machenschaften seines Onkels war, besteht zwischen A und N ein Schuldverhältnis der unerlaubten Handlung. In diesem Fall ist zunächst das auf die Tat anwendbare Recht gemäss Art. 4 Rom II-VO zu ermitteln und anschliessend der Bereicherungsanspruch akzessorisch nach Art. 10 Abs. 1 Rom II-VO anzuknüpfen. Kann N eine Beteiligung nicht nachgewiesen werden, ist mangels gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Parteien Art. 10 Abs. 3 Rom II-VO zu prüfen. Danach ist an das Recht am Ort des Bereicherungseintritts anzuknüpfen. Insoweit kommt v.a. der Ort der Bankniederlassung in Betracht. Allerdings erscheint eine Ausnahme gerechtfertigt, wenn – wie hier – eine Person Konten in Steueroasen unterhält, in denen sie sich höchstens gelegentlich aufhält. Hier besteht somit eine offensichtlich engere Verbindung zum Wohnsitzstaat Frankreich, weshalb auf den Bereicherungsanspruch gem. Art. 10 Abs. 4 Rom II-VO französisches Recht Anwendung findet.<sup>1369</sup>

f) *Begriff*

Der Begriff der ungerechtfertigten Bereicherung ist verordnungsautonom zu qualifizieren<sup>1370</sup> und umfasst grundsätzlich: 1246

- Ansprüche aus Vermögensverschiebungen, die sich (jedenfalls aus Sicht des Empfängers) als vom Bereicherungsgläubiger ausgehende (rechtsgrundlose) Zuwendungen darstellen, sei es zur Verfolgung eines im Zusammenhang mit einem Rechtsverhältnis stehenden Zwecks (insbesondere Leistung auf eine Schuld), sei es ohne einen solchen Zweck (bspw. Verwendungen auf Sachen des Bereicherungsschuldners oder Tilgung seiner Schulden ohne Verfolgung eines Leistungszwecks und ohne Rechtstitel zum Behaltendürfen),
- Ansprüche, die auf ein Verhalten des Bereicherungsschuldners zurückgehen, welches entweder ihm selbst einen Vermögensvorteil verschafft (insbesondere Eingriff in das Vermögen des Bereicherungsgläubigers durch Entzug, Verbrauch und Verfügung, Einziehung von Forderungen, Nutzung einer vermögenswerten Position, Verbindung, Vermischung und Verarbeitung) oder einen solchen bei einem Dritten generiert (Weitergabe),
- Ansprüche aus solchen Vermögensverschiebungen, die nicht auf das zielgerichtete Verhalten einer der Parteien des Bereicherungsschuldverhältnisses in Ansehung der anderen Partei zurückgehen (etwa abgeirrte Leistungen, Fund oder Naturereignisse) sowie Ansprüche im Zusammenhang mit Mehrpersonenverhältnissen.

<sup>1369</sup> Vgl. auch LEHMANN/DUCZEK, JuS 2012, 788.

<sup>1370</sup> Erwägungsgrund 11 Rom II-VO.

- 1247 Nicht erfasst sind solche Anspruchsgrundlagen, die zwar funktional auf einen Bereicherungsausgleich zielen, zugleich aber Spezialregelungen für einen familien- oder erbrechtlichen Bereich darstellen.<sup>1371</sup> Keine Anwendung findet Art 10 Rom II-VO auch auf «Eingriffskonditionen» wegen der Verletzung von Immaterialgüterrechten. Vielmehr gilt hier für alle Ansprüche einheitlich das Recht des Schutzlandes nach Art 8 und 13 Rom II-VO.<sup>1372</sup> Die Rückabwicklung nichtiger Schuldverträge ist bereicherungsrechtlich zu qualifizieren, sie unterliegt aber der Rom I-VO als *lex specialis*.<sup>1373</sup>

g) *Renvoi*

- 1248 Gemäss Art. 24 Rom II-VO sind die Verweisungsnormen der Verordnung als Sachnormverweisungen ausgestaltet. Auch im Bereicherungsrecht sind Rück- und Weiterverweisungen daher unbeachtlich.

## IV. Schweiz

### 1. Zuständigkeit nach LugÜ

a) *Anwendungsbereich*

- 1249 Bereicherungsrechtliche Ansprüche sind meist als Ansprüche in Zivil- und Handels-sachen zu qualifizieren. Damit fallen diese Ansprüche weitgehend in den Anwendungsbereich des LugÜ, was den Anwendungsbereich von Art. 127 IPRG in der Praxis stark einschränkt.
- 1250 Der weite Anwendungsbereich bereicherungsrechtlicher Ansprüche hat zur Folge, dass der im Streit stehende Anspruch zuerst am materiellrechtlichen Anwendungsbereich des LugÜ zu prüfen ist. Aus Art. 1 Abs. 1 LugÜ ergibt sich, dass bereicherungsrechtliche Ansprüche im Rahmen von Anfechtungsklagen i.S.v. Art. 289 SchKG, aber auch gewisse Ansprüche im Bereich des Personenrechts, der gesetzlichen Vertretung natürlicher Personen und des Güterstands- und Erbrechts (nicht aber: Unterhaltsansprüche, Art. 5 Ziff. 2 LugÜ)<sup>1374</sup> nicht in den Anwendungsbereich des Lugano Übereinkommens fallen.

b) *Notwendigkeit der Berücksichtigung besonderer Zuständigkeiten im LugÜ*

- 1251 Es ist unbestritten, dass für bereicherungsrechtliche Ansprüche jeweils eine Zuständigkeit am Wohnsitz oder Sitz des Beklagten (Art. 2 LugÜ) zur Verfügung steht, soweit keine ausschliessliche Zuständigkeit nach Art. 22 LugÜ greift.

---

1371 Vgl. Art. 1 Abs. 2 lit a und b Rom II-VO.

1372 Rauscher-JAKOB/PICHT, Art. 10 Rom II-VO N 12.

1373 Vgl. oben N 1239 ff.

1374 Vgl. hierzu nur SHK LugÜ-DASSER, Art. 1 N 61 ff.; BSK LugÜ-ROHNER/LERCH, Art. 1 N 63; Schnyder LugÜ-ACOCCELLA, Art. 1, N 76 ff.

Zwar enthält das LugÜ keine ausdrückliche konkurrierende oder ausschliessliche Zuständigkeitsbestimmung für Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob bereicherungsrechtliche Ansprüche auch unter den konkurrierenden oder gar ausschliesslichen Zuständigkeiten zu subsumieren sind. 1252

Bereicherungsrechtliche Ansprüche stehen aber wie einleitend dargelegt<sup>1375</sup> oft in einem engen Zusammenhang mit anderen vertraglichen, deliktischen oder sachenrechtlichen Ansprüchen. Wenn die bereicherungsrechtlichen Ansprüche ausschliesslich Art. 2 LugÜ unterstellt würden, käme es regelmässig zu einer Spaltung der Zuständigkeiten. Oft werden aber bereicherungsrechtliche Ansprüche subsidiär und sicherheitshalber geltend gemacht, um die Möglichkeit aufzufangen, dass ein Gericht den Bestand eines vertraglichen, deliktischen oder sachenrechtlichen Rechtsverhältnisses nicht anerkennt. In diesen (nicht seltenen) Fällen würden die besonderen Zuständigkeiten zu Makulatur, ohne dass damit etwas gewonnen würde, weil die Gründe für die Schaffung der besonderen Zuständigkeiten im gleichen Umfang auch für entsprechende Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung gelten: Der Richter am Wohnsitzgerichtsstand ist dann meist nicht der Richter, der dem strittigen Sachverhalt am nächsten steht. 1253

Es ist daher die Frage zu prüfen, ob Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung allenfalls akzessorisch an konkurrierende oder gar ausschliessliche Zuständigkeiten geknüpft werden können. Dabei sind die vertraglichen (Art. 5 Ziff. 1 LugÜ), deliktischen (Art. 5 Ziff. 3 LugÜ) und sachenrechtlichen (Art. 22 LugÜ) Zuständigkeitsbestimmungen zu prüfen. 1254

#### *c) Vertragliche Zuständigkeiten*

In der Lehre unbestritten und kaum thematisiert ist die akzessorische Anknüpfung an die vertragsrechtliche Zuständigkeit nach Art. 5 Ziff. 1 LugÜ. Ein bereicherungsrechtlicher Rückabwicklungsanspruch, der durch ein bestehendes oder vermeintlich bestehendes Vertragsverhältnis ausgelöst wurde, ist von einem Richter zu beurteilen, der nach Art. 5 Ziff. 1 LugÜ zuständig ist.<sup>1376</sup> 1255

#### *d) Deliktsrechtliche Zuständigkeiten*

Demgegenüber ist in der Lehre die Anwendung der deliktsrechtlichen Zuständigkeit nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ umstritten. Das wichtigste Gegenargument besteht darin, dass nach der Kalfelis-Entscheidung des EuGH diese besondere Zuständigkeit als Ausnahmeregel eng auszulegen ist.<sup>1377</sup> Nach dieser Rechtsprechung ist davon auszugehen, «dass ein Gericht, das nach Artikel 5 Nr. 3 für die Entscheidung über eine Klage unter einem auf deliktischer Grundlage beruhenden Gesichtspunkt zuständig ist, 1256

1375 Vgl. oben N 1222 ff.

1376 BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ, Art. 5 N 118; Schnyder LugÜ-ACOCCELLA, Art. 5 N 44; CR LDIP-BONOMI, Art. 5 N 21.

1377 EuGH, Urteil vom 27.9.1988, Rs. 189/87, ECLI:EU:C:1988:459, Kalfelis/Schröder.

*nicht auch zuständig ist, über diese Klage unter anderen, nichtdeliktischen Gesichtspunkten zu entscheiden».*<sup>1378</sup>

- 1257 Diese enge Auslegung überzeugt jedoch aus den vorstehend dargelegten allgemeinen Überlegungen nicht.<sup>1379</sup> Ein bereicherungsrechtlicher Anspruch, der durch ein ausservertragliches Rechtsverhältnis ausgelöst wurde, sollte vielmehr auch eine besondere Zuständigkeit nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ begründen.<sup>1380</sup> Dies steht auch im Einklang mit der weiten Umschreibung des (europäischen) Begriffs «unerlaubte Handlung» in demselben Urteil, wonach sich *«der Begriff <unerlaubte Handlung> auf alle Klagen bezieht, mit denen eine Schadenshaftung des Beklagten geltend gemacht wird und die nicht an einen <Vertrag> im Sinne von Artikel 5 Nr. 1 anknüpfen»*.<sup>1381</sup> So kann u.E. auch in Anwendung der Kalfelis-Rechtsprechung geltend gemacht werden, dass bei einem fehlenden Bezug zu einem vertraglichen Rechtsverhältnis (neben Art. 2 LugÜ oder weiteren Zuständigkeiten)<sup>1382</sup> eine Zuständigkeit unter Art. 5 Ziff. 3 LugÜ begründet werden kann.
- 1258 Es ist überdies zu bezweifeln, ob der EuGH auch heute noch zur gleichen Schlussfolgerung gelangen würde, da sich die Rechtslage innerhalb der EU weiterentwickelt und im Ergebnis der schweizerischen Rechtslage angenähert hat. Im unionalen IPR wurde in Art. 10 Rom II-VO das Verhältnis zwischen der ungerechtfertigten Bereicherung und der deliktischen (und vertraglichen) Anknüpfung folgendermassen geregelt: *«Knüpft ein ausservertragliches Schuldverhältnis aus ungerechtfertigter Bereicherung, einschliesslich von Zahlungen auf eine nicht bestehende Schuld, an ein zwischen den Parteien bestehendes Rechtsverhältnis – wie einen Vertrag oder eine unerlaubte Handlung – an, das eine enge Verbindung mit dieser ungerechtfertigten Bereicherung aufweist, so ist das Recht anzuwenden, dem dieses Rechtsverhältnis unterliegt.»*<sup>1383</sup> Erwägungsgrund 7 Rom II-VO betont ausdrücklich, dass der materielle Anwendungsbereich der Verordnung im Einklang mit der Brüssel-I VO stehen sollte.
- 1259 Es ist daher davon auszugehen, dass heute Art. 5 Ziff. 3 LugÜ entsprechend dieser kollisionsrechtlichen Anknüpfung auszulegen sind: Soweit eine enge Verbindung zu einem vertraglichen oder deliktsrechtlichen Rechtsverhältnis besteht, kommt Art. 5 Ziff. 3 LugÜ (bei einer unerlaubten Handlung) als zuständigkeitsbegründende Norm zur Anwendung. Es gibt keinen Grund, warum diese Entwicklung nicht auch in der Schweiz berücksichtigt werden sollte, entspricht doch Art. 10 Abs. 1 Rom II-VO in den Grundzügen der Regelung in Art. 128 Abs. 1 IPRG.<sup>1384</sup>

---

1378 EuGH, Urteil vom 27.9.1988, Rs. 189/87, ECLI:EU:C:1988:459, Kalfelis/Schröder, N 19; vgl. auch Rauscher-LEIBLE, Art. 5 Brüssel I-VO N 81; MüKo-GOTTWALD, Art. 5 EuGVO N 67; Geimer/Schütze, Art. 5 EuGVVO N 224; CR LDIP-BONOMI, Art. 5 N 115.

1379 Vgl. oben N 30 ff.

1380 Gleicher Meinung BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ, Art. 5 N 492 ff. im Hinblick auf die Eingriffskon-dition sowie RODRIGUEZ, N 501; SCHWANDER, in: Schwander, LugÜ, 74; DUTTA, IPRax 2011, 137.

1381 EuGH, Urteil vom 27.9.1988, Rs. 189/87, ECLI:EU:C:1988:459, Kalfelis/Schröder, N 17.

1382 DUTTA, IPRax 2011, 134; SHK LugÜ-OBERHAMMER, Art. 5 N 19.

1383 Vgl. zu Art. 10 Abs. 1 Rom II-VO oben N 17 ff.

1384 Vgl. dazu im Einzelnen unten N 1268 ff.

e) *Ausschliessliche Zuständigkeiten*

Entsprechende Überlegungen können auch in Zusammenhang mit der Zuständigkeit für sachenrechtlich ausgelöste Bereicherungsansprüche angeführt werden. 1260

Soweit somit die (engen) besonderen Zuständigkeiten von Art. 22 LugÜ erfüllt sind, sollten (auch) die entsprechenden bereicherungsrechtlichen Ansprüche dort geltend gemacht werden können, wobei jeweils zu prüfen ist, ob eine vertragliche Anknüpfung möglich ist.<sup>1385</sup> 1261

## 2. Zuständigkeit nach IPRG

a) *Zuständigkeit am schweizerischen Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Niederlassung*

Die schweizerischen Gerichte sind aufgrund von Art. 127 IPRG primär am Wohnsitz des Beklagten und subsidiär an dessen gewöhnlichen Aufenthalt bzw. am Ort seiner Niederlassung zuständig. Nach Art. 127 Satz 2 IPRG erstreckt sich diese Zuständigkeit auch auf den Ort der schweizerischen Niederlassung ausländischer Unternehmen, soweit ein Konnex zwischen der Klage und der Tätigkeit dieser Niederlassung besteht. 1262

b) *Prorogatio fori und Einlassung*

Dieser Zuständigkeit am Wohnsitz des Beklagten geht ggf. eine Zuständigkeitsvereinbarung der Parteien (Art. 5 IPRG) oder die Begründung einer Zuständigkeit durch vorbehaltlose Einlassung (Art. 6 IPRG) vor. Dies ist in den meisten Fallkonstellationen möglich, weil es sich bei der ungerechtfertigten Bereicherung um vermögensrechtliche Ansprüche handelt. Ebenso geht eine Schiedsklausel (Art. 178 IPRG) vor. Dabei wird es aber nur selten Fälle geben, in denen die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung ausdrücklich einer *prorogatio* unterliegen.<sup>1386</sup> 1263

**Beispiel:**

Praktische Bedeutung erhält ein prorogierter Gerichtsstand bzw. eine Schiedsklausel, wenn ein enger Bezug zu vertragsrechtlichen Ansprüchen besteht, so etwa wenn der Bestand eines Vertrages bei Klageeinleitung umstritten oder unklar ist, ob der entsprechende Anspruch aus dem Vertrag abgeleitet werden kann, aber dennoch ein enger Bezug zu diesem Vertrag besteht.

c) *Subsidiäre indirekte Anknüpfung an andere Zuständigkeiten*

Erst subsidiär, d.h. wenn der Beklagte weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt noch eine Niederlassung in der Schweiz hat, stellt sich unter dem IPRG die Frage, ob sich eine Zuständigkeit indirekt durch eine Anknüpfung an die entsprechenden Zuständigkeitsbestimmungen des IPRG in vertrags-, delikts-, sachen-, personen- 1264

1385 Schnyder LugÜ-ACOCCELLA, Art. 5 N 46; SHK LugÜ-OBERHAMMER, Art. 5 N 19.

1386 BSK IPRG-FURRER, Art. 127 N 5.

oder familienrechtlichen Angelegenheiten ergeben kann. Eine entsprechende Auslegung muss aus der jeweiligen Zuständigkeitsbestimmung abgeleitet werden.

- 1265 Seit der IPRG-Revision von 2009<sup>1387</sup> kann diese indirekte Anknüpfung einer Zuständigkeit auf Art. 8a Abs. 2 IPRG gestützt werden.<sup>1388</sup> Nicht geeignet wäre die Berufung auf die Notzuständigkeit in Art. 3 IPRG, solange die dort festgelegten Voraussetzungen – insbesondere die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit einer Klageeinleitung im Ausland – nicht erfüllt sind.
- 1266 Damit kann im vorliegenden Zusammenhang eine Akzessorietät zum Vertrags-, Delikts-, Sachen- oder Familienrecht geltend gemacht werden, damit die sonst zuständigen Gerichte über den gesamten Rechtsstreit entscheiden können. Umstritten bleibt, ob diese zusätzlichen Zuständigkeiten auch dann anwendbar sind, wenn die Voraussetzungen von Art. 127 IPRG erfüllt sind: Aufgrund des klaren Wortlauts dieser Bestimmung könnte geltend gemacht werden, dass die akzessorischen Zuständigkeiten nur dann Anwendung finden, wenn der Beklagte weder Wohnsitz, noch gewöhnlichen Aufenthalt noch eine Niederlassung in der Schweiz hat. Seit der Einführung von Art. 8a Abs. 2 IPRG überzeugen diese Einwände nicht mehr, zumal bei dieser Auslegung unter dem autonomen schweizerischen Recht ohne sachliche Rechtfertigung weniger Zuständigkeiten zur Verfügung stünden als unter dem (weit ausgelegten) Lugano-Übereinkommen.<sup>1389</sup>
- 1267 Es ist daher davon auszugehen, dass die akzessorische Zuständigkeit aus Art. 8a Abs. 2 IPRG auch dann zur Anwendung gelangt, wenn der Beklagte über einen Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Niederlassung in der Schweiz verfügt.

### 3. Anwendbares Recht

#### a) Allgemeines

- 1268 Die Verweisung in Art. 128 Abs. 1 IPRG ist weit zu verstehen. Sie umfasst sämtliche Voraussetzungen, die Umfang und Inhalt des Bereicherungsanspruches festlegen.<sup>1390</sup> Damit werden nach dem Bereicherungsstatut die Fragen der Naturalrestitution oder des Wertersatzes, der Herausgabe von Surrogaten oder die Frage geklärt, ob sich die Bereicherung auf den Nettosaldo beschränkt oder ob damit auch der mit der Bereicherung erzielte Erlös erfasst wird.<sup>1391</sup>
- 1269 Das gesetzgeberische Konzept des IPR der ungerechtfertigten Bereicherung zeichnet sich – wie einleitend dargelegt – dadurch aus, dass eine selbständige Anknüpfung nur dann notwendig ist, wenn eine akzessorische Anknüpfung nicht möglich ist.

---

1387 BBl vom 11.12.2009 über die Genehmigung und Umsetzung des LugÜ, in Kraft seit 1.1.2011 (AS 2010 5601).

1388 Botschaft rev.LugÜ, 1827 (Ziff. 5.2).

1389 CR LDIP-BONOMI, Art. 128 N 8; BSK IPRG-FURRER, Art. 127 N 9.

1390 GRAWEHR, 181; für eine einheitliche Anknüpfung bereits BGE 78 II 385 E. 1b.

1391 BSK IPRG-FURRER, Art. 128 N 3.

Nach Art. 128 Abs. 1 IPRG unterstehen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung «dem Recht, dem das bestehende oder das vermeintliche Rechtsverhältnis unterstellt ist, aufgrund dessen die Bereicherung stattgefunden hat». 1270

Subsidiär ist gestützt auf Art. 128 Abs. 2 Teilsatz 1 IPRG an den Ort anzuknüpfen, in dem die Bereicherung eingetreten ist. In diesem Fall können die Parteien auch die Anwendung der *lex fori* vereinbaren (Art. 128 Abs. 2 Teilsatz 2 IPRG). 1271

Die akzessorische Anknüpfung an ein bestehendes oder vermeintlich bestehendes Rechtsverhältnis wirft die Frage auf, wie diese Voraussetzung der Unterstellung unter ein bestehendes oder vermeintlich bestehendes Rechtsverhältnis zu qualifizieren ist. 1272

Im europäischen Kollisionsrecht knüpft Art. 10 Abs. 1 Rom II-VO<sup>1392</sup> ebenfalls an ein Rechtsverhältnis an, das die ungerechtfertigte Bereicherung auslöste. Dabei ist aber zu beachten, dass der Wortlaut von Art. 10 Abs. 1 Rom II-VO in verschiedener Hinsicht enger ist als derjenige von Art. 128 Abs. 1 IPRG: 1273

- erstens wird die Anknüpfung grundsätzlich auf Ansprüche aus Vertrag und unerlaubter Handlung beschränkt,<sup>1393</sup>
- zweitens muss es sich um ein Rechtsverhältnis «zwischen den Parteien» handeln, und
- drittens muss sich diese akzessorische Anknüpfung durch die «enge Verbindung» rechtfertigen.<sup>1394</sup>

Diese Beschränkungen finden sich im schweizerischen Recht nicht und lassen sich in Art. 128 Abs. 1 IPRG auch nicht hineinlesen. 1274

Subsidiär zur akzessorischen Anknüpfung enthält Art. 10 Abs. 2 Rom II-VO eine im schweizerischen Recht unbekannte Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt des Eintritts desjenigen Ereignisses, das die ungerechtfertigte Bereicherung zur Folge hat. 1275

Übereinstimmung zwischen beiden Rechtsordnungen besteht dann wieder insoweit, als sowohl Art. 128 Abs. 2 IPRG als auch Art. 10 Abs. 3 Rom II-VO an das Recht des Ortes anknüpfen, an dem die Bereicherung eingetreten ist.<sup>1395</sup> 1276

Schliesslich zeichnet sich das unionsrechtliche Bereicherungskollisionsrecht durch eine spezifische Ausnahmeklausel aus (Art. 10 Abs. 4 Rom II-VO). Im schweizerischen Kollisionsrecht kann eine solche flexible Anknüpfung auf die allgemeine Ausnahmeklausel des Art. 15 Abs. 1 IPRG gestützt werden. 1277

1392 Vgl. dazu eingehend oben N 1238 ff.

1393 MÜKO-JUNKER, Art. 10 Rom II-VO N 17.

1394 Zum Ganzen vgl. RAUSCHER-JAKOB/PICHT, Art. 10 Rom II-VO N 21; HUBER-HUBER/BACH, Art. 10 Rom II-VO N 19 ff.

1395 Vgl. oben N 1238 ff.

*b) Regelanknüpfung*

*aa) Abgrenzung*

- 1278 Die Abgrenzung zwischen Art. 128 Abs. 1 und 2 IPRG ist entgegen einer vielfach geäusserten Meinung<sup>1396</sup> nicht mit der Unterscheidung zwischen Leistungs- und Eingriffskondition gleichzusetzen, denn für die Anwendung von Art. 128 Abs. 1 IPRG ist nicht die Frage massgebend, ob die Bereicherung des Bereicherten aus dem Vermögen des Entreicherten und damit eine Leistungsverchiebung vom Entreicherten zum Bereicherten stattgefunden hat (wie dies bei der Leistungskondition der Fall ist), sondern vielmehr, ob der Bereicherung des Bereicherten ein Rechtsverhältnis zugrunde lag, das einen Bezug zur Bereicherung aufweist. Weder aus dem Wortlaut der Bestimmung noch aus der Entstehungsgeschichte der Norm<sup>1397</sup> drängt sich eine andere Auslegung auf. Als Faustregel kann gleichwohl festgehalten werden, dass Leistungskonditionen i.d.R. Art. 128 Abs. 1 IPRG unterliegen, während dies bei Eingriffskonditionen genauer zu untersuchen ist.<sup>1398</sup>

*bb) Bestehendes oder vermeintlich bestehendes Rechtsverhältnis*

- 1279 Der Begriff «bestehendes oder vermeintlich bestehendes Rechtsverhältnis» ist autonom zu qualifizieren.<sup>1399</sup> Für die internationalprivatrechtliche Qualifikation ist die besondere Funktion des Rechtsinstituts der ungerechtfertigten Bereicherung zu beachten. Auf der einen Seite steht die Funktion der ungerechtfertigten Bereicherung als «Auffanganspruchsgrundlage»; auf der anderen Seite steht das Ziel der Wahrung der Sicherung der Entscheidungsharmonie durch die kollisionsrechtliche Anknüpfung, indem eine Spaltung von Rechtsverhältnissen dann zu vermeiden ist, wenn aus einer kollisionsrechtlichen Interessenabwägung eine Sonderanknüpfung nicht gerechtfertigt werden kann.
- 1280 Die vom Gesetzgeber in Art. 128 IPRG getroffene Unterscheidung reflektiert genau diese kollisionsrechtliche Interessensabwägung. Wenn immer eine Anknüpfung an ein (bestehendes oder vermeintlich bestehendes) Rechtsverhältnis möglich ist, soll im Interesse der Entscheidungsharmonie an dieses Rechtsverhältnis angeknüpft werden.<sup>1400</sup> Dies führt zu einer möglichst weiten Auslegung von Art. 128 Abs. 1 IPRG und zu einer möglichst engen Auslegung von Art. 128 Abs. 2 IPRG.<sup>1401</sup>

**Beispiel:**

Ein Warenkauf zwischen einem Verkäufer in Zürich und einem Käufer in Köln wird wegen Irrtums angefochten. Der Käufer klagt in Zürich auf Rückzahlung des Kaufpreises; der Verkäufer erhebt Widerklage auf Rückgabe der verkauften Sache. Nach Art. 118 IPRG i.V.m. Art. 3 Haager Kaufrechtsübereinkommen ist schweizerisches Recht an-

1396 So bspw. CR LDIP-BONOMI, Art. 128 N 4 und 10.

1397 Vgl. dazu DUTOIT, Art. 128 IPRG N 1; ZK IPRG-KREN KOSTKIEWICZ, Vor Art. 127 und 128 N 1 ff.

1398 BSK IPRG-FURRER, Art. 128 N 8.

1399 BSK IPRG-FURRER, Art. 128 N 9.

1400 BGE 78 II 385 E. 1b.

1401 KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2537 ff.; ZK IPRG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 128 N 48; BSK IPRG-FURRER, Art. 128 N 25.



wendbar.<sup>1402</sup> Entsprechend bestimmen die Art. 62 ff. OR, ob der Verkäufer einen Bereicherungsanspruch auf Rückgabe der verkauften Sache hat.<sup>1403</sup>

Umstritten ist die Frage, ob der Bezug zum vorliegenden oder vermeintlich vorliegenden Rechtsverhältnis rechtlicher oder wirtschaftlicher Art sein soll. So wird mit Verweis auf die Option des vermeintlich bestehenden Rechtsverhältnisses geltend gemacht, dass die rechtliche Beziehung kein entscheidendes Eingrenzungskriterium darstellen kann. In diesem Sinne wird vorgeschlagen, dass ein Bindungswille der Parteien bestehen müsse, um ein solches Rechtsverhältnis unter Art. 128 Abs. 1 IPRG subsumieren zu können.<sup>1404</sup> Damit sollen diejenigen Rechtsverhältnisse ausgeschlossen werden, in denen sich eine Partei völlig passiv verhalten hat, sodass diese Rechtsverhältnisse an Art. 128 Abs. 2 IPRG anzupassen seien. Diese Eingrenzung überzeugt indessen wenig, denn, wie das Bundesgericht bereits im grundlegenden BGE 78 II 385, 389 f. festgehalten hat, steht die Entscheidungsharmonie im Vordergrund der bereicherungsrechtlichen Anknüpfung. Damit geht es um eine möglichst einheitliche Anknüpfung an ein bestehendes oder vermeintlich bestehendes Rechtsverhältnis. Der Bindungswille ist dabei nicht massgebend, soweit das Rechtsverhältnis einen Bezug zum bereicherungsrechtlichen Anspruch hat. 1281

Die gesetzlich vorausgesetzte Verbindung zwischen dem grundlegenden Rechtsverhältnis und dem bereicherungsrechtlichen Anspruch kann nicht abstrakt definiert werden. In den nachstehenden Ausführungen wird daher anhand einer typologischen Darstellung versucht, die wichtigsten Fälle einer solchen Verbindung zu untersuchen und darzustellen, doch ist auch hier letztlich der Einzelfall entscheidend.<sup>1405</sup> 1282

Die hier vertretene möglichst weitgehende akzessorische Anknüpfung an bestehende oder angeblich bestehende Rechtsverhältnisse hat auch zur Folge, dass eine entsprechende Anknüpfung über Art. 15 Abs. 1 IPRG kaum mehr notwendig ist, weil sich die besonderen Umstände eines näheren Zusammenhangs meist über ein solches Rechtsverhältnis definieren.<sup>1406</sup> Soweit das entsprechende Rechtsverhältnis durch eine gültige Rechtswahl einem entsprechenden Recht unterstellt ist, gilt dies auch für die akzessorische Anknüpfung des bereicherungsrechtlichen Anspruchs. Nur so kann der angestrebte Entscheidungseinklang gewahrt werden. 1283

#### cc) Relevanter Zeitpunkt

Der relevante Zeitpunkt für die Bestimmung der kollisionsrechtlichen Anknüpfung an ein bestehendes oder vermeintlich bestehendes Rechtsverhältnis ist der Zeitpunkt der Wertverschiebung (bei der Leistungskondition) bzw. des Wertezuwachses (bei der Eingriffskondition).<sup>1407</sup> Diese zeitliche Fixierung beruht auf dem Gedanken, dass für die Anwendung der bereicherungsrechtlichen Anknüpfung dasjenige Recht 1284

1402 Das CISG ist nicht einschlägig, vgl. Art. 4 lit. a CISG.

1403 SIEHR, Das IPR der Schweiz, 386.

1404 BSK IPRG-FURRER, Art. 128 N 11.

1405 Vgl. unten N 1293 ff.

1406 BSK IPRG-FURRER, Art. 128 N 14.

1407 KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2543.

zur Anwendung berufen werden soll, das den rechtlichen Rahmenbedingungen der Werteverchiebung bzw. dem Wertezuwachs am nächsten steht.

*c) Subsidiäre selbständige Anknüpfungen*

aa) Subjektive Anknüpfung

- 1285 Nach Art. 128 Abs. 2 Teilsatz 2 IPRG steht den Parteien die Möglichkeit offen, das anwendbare Recht zu wählen. Eine solche, sich direkt auf den Anspruch der ungerechtfertigten Bereicherung beziehende Rechtswahl wird in der Praxis wohl meist erst nach Vertragsschluss abgeschlossen, weil Vertragsparteien nur selten an einen ausserhalb des Vertrages liegenden Anspruch denken und diesen durch eine Parteivereinbarung einem anwendbaren Recht unterstellen wollen.<sup>1408</sup>
- 1286 Dies wirft die Frage auf, welche Auswirkungen Rechtswahlvereinbarungen zwischen den Parteien auf den Anspruch der ungerechtfertigten Bereicherung haben. Solche indirekte – und allenfalls unbeabsichtigte – Möglichkeiten einer Rechtswahl sind weit verbreitet, denn soweit die Parteien eine Rechtswahl im Rahmen des akzessorischen Rechtsverhältnisses treffen, führt diese Rechtswahl indirekt auch zu einer Wahl des anwendbaren Rechts auf die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und damit allenfalls zu überraschenden rechtlichen Konsequenzen, wenn die gewählte Rechtsordnung den Anwendungsbereich der Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sehr eng oder sehr weit gefasst hat.<sup>1409</sup>
- 1287 Die Voraussetzungen einer (selbständigen) subjektiven Anknüpfung wird durch Art. 128 Abs. 2 Teilsatz 2 IPRG in zweierlei Hinsicht beschränkt: Zum einen können die Parteien eine selbständige Rechtswahl für die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung nur dann treffen, wenn das anwendbare Recht nicht durch eine akzessorische Anknüpfung gem. Art. 128 Abs. 1 IPRG bestimmt wird. Diese Regelung stellt (auch gegen den Willen der Parteien) den Entscheidungseinklang sicher, der in Art. 128 Abs. 1 IPRG angestrebt wird. Warum gerade in diesem Zusammenhang die sonst im IPRG weitgehend sichergestellte Parteiautonomie eingeschränkt wurde, ist nicht ganz nachvollziehbar, weshalb etwa BONOMI die Geltung dieser Voraussetzung grundsätzlich in Frage stellt.<sup>1410</sup> Zum anderen wird ihnen lediglich die Möglichkeit eröffnet, das Recht am Ort des Gerichtsstandes zu wählen.
- 1288 Hinzuweisen bleibt auf die Möglichkeit, über den Umweg der Novation ein Schuldverhältnis zu begründen, das gem. Art. 148 Abs. 3 IPRG ebenfalls den Bestimmungen über das auf Verträge anwendbare Recht unterliegt.<sup>1411</sup>

---

1408 BSK IPRG-FURRER, Art. 128 N 17.

1409 ZK IPRG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 128 N 8.

1410 CR LDIP-BONOMI, Art. 128 N 9.

1411 GRAWEHR, 183.

bb) Ort des Eintritts der ungerechtfertigten Bereicherung

Soweit sich das auf die ungerechtfertigte Bereicherung anwendbare Recht nicht akzessorisch aus einem bestehenden oder vermeintlich bestehenden Rechtsverhältnis ergibt, kommt subsidiär Art. 128 Abs. 2 IPRG zur Anwendung. Demnach bestimmt sich das anwendbare Recht nach Recht des Staates, in dem die Bereicherung eingetreten ist. 1289

Diese Anknüpfung entspricht, wie bereits erwähnt, der subsidiären Anknüpfung in Art. 10 Abs. 3 Rom II-VO, dessen Anwendungsbereich allerdings breiter ist, weil die akzessorische Anknüpfung in Art. 10 Abs. 1 Rom II-VO enger definiert ist.<sup>1412</sup> 1290

Für die subsidiäre Anknüpfung ist somit zu klären, wie der Ort zu bestimmen ist, an dem die ungerechtfertigte Bereicherung eingetreten ist. Dies ist solange unproblematisch, als die Vermögensvermehrung des Bereicherten örtlich definiert werden kann: Dies kann bspw. eine Veränderung des Kontos (Abbau der Passiven oder Erhöhung der Aktiven) oder eine Wertvermehrung eines Grundstücks oder Fahrzeugs sein. Schwieriger wird jedoch die örtliche Zurechnung, wenn der Eintritt der Vermögensvermehrung nicht genau lokalisiert werden kann (bspw. bei einer Kettenüberweisung oder wenn der Standort des Fahrzeugs im Zeitpunkt der Vermögensvermehrung nicht mehr rekonstruiert werden kann).<sup>1413</sup> 1291

**Beispiel:**

Wer eine fremde Sache unbefugt benutzt und auf den Erlös dieser Benutzung belangt wird, haftet nach dem Recht des Staates, in dem die Sache benutzt wurde.<sup>1414</sup> Wer ein fremdes Patentrecht verletzt und wegen ungerechtfertigter Bereicherung in Form des erzielten Nettoverdienstes in Anspruch genommen wird, untersteht insofern dem Recht des Staates, in dem der Eingriff in das fremde Immaterialgüterrecht erfolgte.<sup>1415</sup>

Führt weder die akzessorische Anknüpfung nach Art. 128 Abs. 1 IPRG noch die Anwendung von Art. 128 Abs. 2 Teilsatz 1 IPRG zu einer überzeugenden Anknüpfung, ist zu prüfen, ob dies über die Ausnahmeklauseln des Art. 15 Abs. 1 IPRG korrigiert werden kann. Damit kann dasjenige Recht zur Anwendung gebracht werden, welches nach den gesamten Umständen den engsten Zusammenhang aufweist. Ob dies der Ort ist, wo der letzte Vermögenszuwachs nachgewiesen werden kann (bspw. der jetzige Standort des Fahrzeugs) oder aber die lex fori, kann nur im Einzelfall festgelegt werden.<sup>1416</sup> 1292

d) *Mehrparteienverhältnisse*

aa) Allgemeines

Besondere Schwierigkeiten werfen (wie immer) Mehrparteienverhältnisse auf, weil dabei jeweils zu prüfen ist, welches der bestehenden Rechtsverhältnisse letztendlich 1293

<sup>1412</sup> Vgl. dazu oben N 1268 ff.

<sup>1413</sup> BSK IPRG-FURRER, Art. 128 N 24.

<sup>1414</sup> ZivGer BS, 1.2.1989, BJM 1991, 31.

<sup>1415</sup> SIEHR, Das IPR der Schweiz, 386.

<sup>1416</sup> BSK IPRG-FURRER, Art. 128 N 26.

für die akzessorische Anknüpfung massgebend sein soll. Gemäss Art. 10 Abs. 1 Rom II-VO wird zwingend das Recht «zwischen den Parteien» zur Anwendung berufen, und damit ist jeweils das Rechtsverhältnis massgebend, in dem der Bereicherungsgläubiger beteiligt ist – andernfalls ist über Art. 10 Abs. 2–4 Rom II-VO anzuknüpfen. Demgegenüber wird dies unter Art. 128 Abs. 1 IPRG nicht zwingend vorausgesetzt: Nach Art. 128 Abs. 1 IPRG ist vielmehr zu prüfen, welches der bestehenden Rechtsverhältnisse die Grundlage für die Bereicherung bildet. Wenn dieser Anspruch nur aus dem Zusammenwirken der verschiedenen Rechtsgrundlagen entstanden ist, ist zu prüfen, welche Rechtsgrundlage den engeren Zusammenhang zur ungerechtfertigten Bereicherung darstellt.

bb) Tilgung fremder Schulden zur Tilgung einer eigenen Schuld

- 1294 Wenn ein Dritter (D) mit Wissen und mit Willen eine Schuld eines Schuldners (S) gegenüber dem Gläubiger (G) tilgt, um damit seine eigene Schuld gegenüber S zu tilgen, stehen als akzessorische Rechtsverhältnisse das Valutaverhältnis (zwischen S und G) und das Deckungsverhältnis (zwischen D und S) zur Auswahl. Schliesslich ist in solchen Fällen auch zu prüfen, ob allenfalls ein Leistungsverhältnis zwischen D und G besteht, das ebenfalls berücksichtigt werden kann. Daher ist zu differenzieren:
- 1295 Ist das *Valutaverhältnis* zwischen S und G ungültig, tilgte D eine nicht bestehende Schuld. Es rechtfertigt sich daher, den Rückforderungsanspruch des D gegenüber G (und allenfalls auch gegenüber S) aus ungerechtfertigter Bereicherung an das Forderungsstatut aus dem Valutaverhältnis anzuknüpfen.
- 1296 Ist dagegen das *Deckungsverhältnis* zwischen D und S ungültig, tilgte D zwar eine bestehende Schuld des S gegenüber G, doch fehlt der entsprechende Rechtsgrund für diese Begleichung der fremden Schuld, die sich aus dem Deckungsverhältnis ergeben hätte. Auf einen allfälligen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch des D gegenüber S ist daher akzessorisch das Recht des Deckungsverhältnisses anzuwenden.<sup>1417</sup> Für einen allfälligen Rückforderungsanspruch des D gegenüber G ist zu differenzieren: Soweit sich aus den Umständen ergibt, dass G in das Deckungsverhältnis nicht involviert ist, ist auf den Rückforderungsanspruch des D gegenüber G grundsätzlich das auf das Valutaverhältnis anwendbare Recht anzuwenden.
- 1297 Anders sieht es jedoch aus, wenn D dieses Dreiecksverhältnis massgeblich prägte und sich aus den Umständen ergibt, dass auch für D das Deckungsverhältnis die eigentlich massgebliche Forderung darstellt. In diesem Fall sollte für den Rückforderungsanspruch des D gegenüber G akzessorisch an das auf das Deckungsverhältnis anwendbare Recht angeknüpft werden.<sup>1418</sup> Dabei sind folgende Konstellationen zu berücksichtigen:
- 1298 Erweist sich ein *Garantie- oder Bürgschaftsvertrag* als rechtsungültig, ist für allfällige Rückforderungsansprüche des D (Bürgen) gegenüber G (Bürgschaftsgläubiger) akzessorisch an das auf diesen Bürgschaftsvertrag anwendbare Recht anzuknüpfen. Ob der Bürge D einen Rückforderungsanspruch gegenüber S als Hauptschuldner hat,

<sup>1417</sup> ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 128 N 21.

<sup>1418</sup> BSK IPRG-FURRER, Art. 128 N 31.

hängt davon ab, ob zwischen S und D ein Rechtsverhältnis besteht, dessen anwendbare Rechtsordnung nach Art. 128 Abs. 1 IPRG auch für den Rückforderungsanspruch massgeblich ist. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn sich aus diesem Rechtsverhältnis die Pflicht des D ergibt, gegenüber G für S eine Bürgschaft zu erstellen. Soweit ein solches Rechtsverhältnis zwischen D und S nicht nachgewiesen werden kann, ist zu prüfen, ob sich allenfalls aus dem bestehenden oder vermeintlich bestehenden Garantie- oder Bürgschaftsvertrag eine Legalzession des Forderungsrechts des G auf D ergibt. Nach Art. 146 Abs. 1 Teilsatz 1 IPRG entscheidet sich dies nach dem auf den Garantie- oder Bürgschaftsvertrag anwendbaren Recht. Soweit eine solche Legalzession nicht besteht, ist für die Frage eines bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruchs gegenüber S auf der Grundlage von Art. 128 Abs. 1 IPRG ebenfalls das auf die Bürgschaft anwendbare Recht massgeblich.<sup>1419</sup>

Die Abtretung einer Forderung ist in Art. 145 IPRG geregelt.<sup>1420</sup> Die Frage, ob sich der Schuldner (als *debitor cessus*) gegenüber dem Zessionar oder dem Zedenten rechtsgültig befreit hat, richtet sich nach dem Statut der abgetretenen Forderung.<sup>1421</sup> 1299

Beim *echten Vertrag zugunsten Dritter* ist zwischen (a) der zu erfüllenden (oder erfüllten) Schuld des S gegenüber dem Gläubiger G als Promissar (Deckungsverhältnis), (b) der Leistung des Schuldners S als Promittenten an den Dritten D als Begünstigten (Leistungsverhältnis) in Erfüllung des Deckungsverhältnisses und (c) dem Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger G und dem D (Valutaverhältnis) weiter zu unterscheiden.<sup>1422</sup> 1300

Das prägende Rechtsverhältnis in diesem Mehrparteienverhältnis ist das Deckungsverhältnis, in dem der Schuldner dem Gläubiger eine Leistung an den Dritten verspricht und mit dem ein Forderungsrecht des Dritten gegenüber dem Schuldner begründet wird. Daher ist gemäss Art. 148 Abs. 1 IPRG bei einem ungültigen Deckungsverhältnis sowohl für die Forderung des Dritten als auch für das Rechtsverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger an das für das Deckungsverhältnis massgebliche Recht anzuknüpfen. Ein ungültiges Valutaverhältnis prägt ausschliesslich das anwendbare Recht auf mögliche Forderungsansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung zwischen dem Gläubiger und dem Dritten, weil dies das nach Art. 128 Abs. 1 IPRG massgebende Rechtsverhältnis ist, aufgrund dessen die Bereicherung stattgefunden hat. 1301

Auch bei der *Anweisung* ist zu unterscheiden zwischen dem Rechtsverhältnis zwischen (a) dem Anweisenden und dem Angewiesenen (Deckungsverhältnis), (b) dem Angewiesenen und dem Anweisungsempfänger (Leistungsverhältnis) und (c) dem Anweisungsempfänger und dem Anweisenden (Valutaverhältnis). Auch in diesem 1302

1419 Anderer Ansicht BSK IPRG-KNELLER (2. Aufl.), Art. 128 N 11 ff., der in diesem Fall das anwendbare Recht nach Art. 128 Abs. 2 IPRG bestimmen möchte, ausser wenn der D als Bürge eine nicht bestehende Hauptschuld des S befriedigt. Dies überzeugt jedoch wenig, denn es macht wenig Sinn, auf dieses Rückforderungsrecht das Recht des Staates anzuwenden, wo die Bereicherung eingetreten ist. Dieses Recht anzuwenden wäre im Gegensatz zur akzessorischen Anknüpfung an den Bürgschaftsvertrag zufällig.

1420 Vgl. dazu im Einzelnen unten Zehntes Kapitel N 1619 ff.

1421 GRAWEHR, 166.

1422 BSK IPRG-FURRER, Art. 128 N 39a.

Mehrparteienverhältnis ist das Deckungsverhältnis das entscheidende Rechtsverhältnis, dessen anwendbares Recht nach Art. 128 Abs. 1 IPRG die verschiedenen Rechtsverhältnisse prägt. Es ist daher auf alle vorgenannten Rechtsverhältnisse dieses Recht anzuwenden. Art. 128 Abs. 2 IPRG findet nach der hier vertretenen Auffassung keine Anwendung.<sup>1423</sup>

- 1303 Wie bei der Anweisung bildet das Deckungsverhältnis zwischen dem Akkreditivsteller und der das Akkreditiv eröffnenden Bank das massgebliche Rechtsverhältnis, das auf mögliche Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung anwendbar ist.
- 1304 Umstritten ist die Frage, welches Recht anzuwenden ist, wenn die ein Akkreditiv bestätigende Bank dem Akkreditivempfänger aufgrund einer fehlerhaften Abwicklung ungerechtfertigt eine Zahlung leistet und diese auf der Grundlage der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern möchte. Auch in diesem Fall scheidet u.E. die Anwendung von Art. 128 Abs. 2 IPRG aus.<sup>1424</sup> Eine Anknüpfung an das Valutaverhältnis würde den Entscheidungseinklang gefährden, sodass auch für diese Frage das auf das Deckungsverhältnis anwendbare Recht zum Zuge kommt. Dabei ist aber zu beachten, dass zwischen der Bank und dem Akkreditivempfänger meist ein eigenes Vertragsverhältnis besteht, sodass sich ein möglicher Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung auf der Grundlage von Art. 128 Abs. 1 IPRG nach dem Recht dieses Vertragsverhältnisses bestimmt. Es ist aber in der Praxis schwerlich ein Fall vorzustellen, in dem eine Bank gegenüber dem Akkreditivbesteller ein anderes Recht zur Anwendung bringt als gegenüber dem Akkreditivempfänger.

cc) Irrtümliche Zahlung einer fremden Schuld

- 1305 Von den vorstehenden Ausgangslagen zu unterscheiden sind die Fälle, in denen D irrtümlich eine Schuld von S bezahlt. Dabei sind zwei Konstellationen zu berücksichtigen:
- 1306 Zahlt D, weil sowohl D als auch G irrtümlich glauben, eine bestehende Schuld zu begleichen (bspw. eine Unterhaltszahlung), knüpft ein allfälliger Rückforderungsanspruch gegenüber G akzessorisch an den vermeintlichen Rechtsgrund an. Auch der allfällige Rückforderungsanspruch gegenüber dem wahren Schuldner S (z.B. gegenüber dem wahren Unterhaltspflichtigen) knüpft an dieses Recht an. Gerade für den zuletzt genannten Rückforderungsanspruch zeigt sich der Vorteil des hier vertretenden flexiblen Ansatzes in der Anwendung von Art. 128 Abs. 1 IPRG. Das zugrundeliegende akzessorische Rechtsverhältnis muss – im Gegensatz zu Art. 10 Abs. 1 Rom II-VO<sup>1425</sup> – nicht zwingend ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien sein, denn es rechtfertigt sich, (wie in der vorstehenden Fallkonstellation) auf einen allfälligen Rückforderungsanspruch des D gegenüber S das Valutaverhältnis zwischen S und G anzuwenden.

---

1423 ZK IPRG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 128 N 31; GRAWEHR, 170.

1424 Vgl. aber zum deutschen Recht BGH, 25.9.1986, VII ZR 349/85, NJW 1987, 185 ff.

1425 Vgl. dazu oben N 1238 ff.

Zahlt hingegen D, weil nur D glaubt, eine eigene Schuld zu begleichen, ist zu prüfen, ob das zugrundeliegende Rechtsverhältnis nicht im Deliktsrecht (bspw. Betrug) zu suchen ist und der Rückforderungsanspruch gegenüber G (und allenfalls auch gegenüber S) daher an dieses deliktische Rechtsverhältnis anzuknüpfen ist (Art. 129 Abs. 1 IPRG). Art. 128 Abs. 2 IPRG ist nur subsidiär anzuwenden, wenn eine deliktsrechtliche Anknüpfung nicht möglich ist, was wohl eher der Ausnahmefall darstellen wird, weil G im Wissen um das Nichtbestehen der eigenen Leistungspflicht des D die Leistung als Eigenleistung entgegengenommen hat.<sup>1426</sup> 1307

*e) Weitere Ansprüche aus Eingriffen in geschützte Rechtspositionen*

Es spricht weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte etwas dagegen, dass Art. 128 Abs. 1 IPRG auch Ansprüche aus Eingriffen in gesetzlich oder vertraglich geschützte Rechtspositionen umfasst (Eingriffskondition). Es kann daher auch in diesen Fällen das Recht desjenigen Rechtsverhältnisses zur Anwendung gelangen, aufgrund dessen die Bereicherung stattgefunden hat. 1308

Folgende Beispiele mögen dies verdeutlichen: 1309

- *Sachenrechtliche Ansprüche*: Sämtliche bereicherungsrechtlichen Ansprüche, die sich aus einem sachenrechtlichen Vorgang ableiten, unterstehen dem Sachenrechtsstatut. Neben Eingriffen in die sachenrechtlichen Rechtspositionen kann dies auch Fragen der Nutzung, des Ge- und Verbrauchs, aber auch der Verbindung, Vermischung und der Verarbeitung betreffen.<sup>1427</sup> Dies führt in den meisten Fällen zu einer Anwendung des Rechts am Lageort der Sache.
- *Immaterialgüterrechtliche Ansprüche*: Auch bei bereicherungsrechtlichen Ansprüchen, die sich aus ungerechtfertigten Eingriffen in immaterialgüterrechtlich geschützte Rechtspositionen ergeben, wird akzessorisch an das auf den immaterialgüterrechtlichen Anspruch anwendbare Recht angeknüpft, das sich nach Art. 110 IPRG bestimmt.<sup>1428</sup>
- *Eingriffe in fremde Forderungsrechte*: Hierbei verfügt der Dritte über ein bestehendes relatives Recht zwischen Gläubiger und Schuldner (z.B. Einziehung einer Forderung ohne Vollmacht; Verkauf einer bereits verkauften Ware; Zweitzession). Da sich der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung erst aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis ableiten lässt, sichert auch hier eine akzessorische Anknüpfung den Entscheidungseinklang in diesem Mehrparteienverhältnis. Daher ist auf der Grundlage von Art. 128 Abs. 1 IPRG an das auf das Grundverhältnis anwendbare Recht anzuknüpfen.<sup>1429</sup>

Diese Wahrung des Entscheidungseinklangs führt auch bei *Zuviel- oder Mehrfachleistungen* zu einer Anknüpfung an das auf das Grundverhältnis anwendbare Recht (Art. 128 Abs. 1 IPRG). Eine Ausnahme hiervon und zur Anwendung von Art. 128 Abs. 2 IPRG führt hingegen eine fehlerhafte Überweisung auf ein Konto eines Dritten, das auf kein grundlegendes Rechtsverhältnis zurückzuführen ist. 1310

<sup>1426</sup> Anderer Ansicht BSK IPRG-KNELLER, Art. 128 N 9, der darin die Hauptanknüpfung sieht.

<sup>1427</sup> ZK IPRG-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 128 N 46; GRAWEHR, 176 f.

<sup>1428</sup> BSK IPRG-FURRER, Art. 128 N 48.

<sup>1429</sup> BSK IPRG-FURRER, Art. 128 N 49; a.A. BSK IPRG-KNELLER, Art. 128 N 33, GRAWEHR, 179 f.

*f) Sonderfragen*

- 1311 Im Wechsel- und Checkrecht sind die zwei kollisionsrechtlichen Sondernormen in Art. 1093 und 1142 OR zu beachten. Danach richtet sich der Bereicherungsanspruch gegen den Bezogenen, den Domiziliaten und die Person oder Firma, für deren Rechnung der Aussteller den Wechsel gezogen hat, nach dem Recht des Landes, in dessen Gebiet diese Personen ihren Wohnsitz haben.<sup>1430</sup>
- 1312 Da Art. 14 Abs. 1 IPRG die kollisionsrechtliche Verweisung grundsätzlich als Sachnormverweisungen definiert und in Art. 128 IPRG keine Ausnahme festgelegt ist, sind Rück- und Weiterverweisungen nicht zu beachten.

## § 2 Geschäftsführung ohne Auftrag

### I. Grundproblematik

#### 1. Geschäftsführung ohne Auftrag als subsidiäre Anspruchsgrundlage

- 1313 Die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) erfüllt ähnlich wie die ungerechtfertigte Bereicherung<sup>1431</sup> eine Auffangfunktion in dem Sinne, als sie als Anspruchsgrundlage für Forderungen herangezogen werden kann, wenn eine Person für eine andere Person ein (für sie fremdes) Geschäft führt, wobei vorausgesetzt wird, dass hierfür ein Vertragsverhältnis oder eine andere rechtserhebliche Veranlassung fehlt.<sup>1432</sup>
- 1314 Eine berechtigte echte GoA liegt vor, wenn die Führung des fremden Geschäfts notwendig war und im Interesse des Betroffenen lag.<sup>1433</sup> Fehlt die Notwendigkeit, liegt eine unberechtigte echte GoA vor. Bei einer unechten Geschäftsführung fehlt der Fremdgeschäftsführungswille.<sup>1434</sup> Dabei wird unterschieden zwischen dem Fall, in dem der Geschäftsführer mit der Absicht ein fremdes Geschäft führt, sich selber zu bereichern und dem Fall, in dem der Geschäftsführer subjektiv davon ausgeht, er führe ein eigenes Geschäft (gutgläubige Eigengeschäftsführung).<sup>1435</sup>

#### **Beispiele:**

Im französischen Jura werden Teilnehmer einer Höhlenwanderung in der Höhle Bief Paroux (Dep. Doubs) von einbrechendem Regenwasser überrascht und von der Aussenwelt abgeschnitten. Französische und schweizerische Rettungsmannschaften eilen zu Hilfe und verlangen nach der glücklichen Rettung von den Geretteten Ersatz ihrer Auslagen in Höhe von ca. CHF 300 000.<sup>1436</sup>

Der Feriengast G weilte über Neujahr 1946 während etwa acht Tagen allein in einem Hotel in Wengen (Schweiz). Am 1. Januar 1946 verliess er das Hotel im Verlaufe des Nachmittags ohne Begleitung im Sportanzug und kehrte abends nicht zurück, ohne sein

---

1430 BSK IPRG-FURRER, Art. 128 N 51.

1431 Vgl. dazu vorne N 1222 ff.

1432 Vgl. hierzu und zu den Unterschieden: BSK OR-WEBER, Vor Art. 419–424, N 7 ff.

1433 BGE 75 II 226; HONSELL, 343 f.; HUGUENIN, N 2143 ff.

1434 HUGUENIN, N 2154 ff.

1435 Zum Ganzen ZK OR-SCHMID, Art. 423m N 38 ff.

1436 Tagesanzeiger Zürich vom 18.5.2001.



Ausbleiben über Nacht dem Hotel mitzuteilen. Gegen 23.00 Uhr erkundigte sich die Hotelsekretärin ohne Erfolg telefonisch bei allen in Frage kommenden Gaststätten in Wengen über seinen Verbleib. Um 2.30 Uhr entschlossen sich der Schweizer Alpen-Club (SAC) und ausländische Hotelgäste zu einer Suchaktion nach dem Vermissten. Von verschiedenen Plätzen suchten sie ohne Erfolg die gebräuchlichsten Skipisten von der Kleinen Scheidegg nach Wengen und Grindelwald ab. Es stellte sich heraus, dass G die Nacht im Hotel der Kleinen Scheidegg verbracht hatte, weil er dort die Abfahrt des letzten Zuges nach Wengen verpasst und wegen der Dunkelheit die Skiabfahrt nicht mehr riskiert hatte. Der SAC und die anderen Beteiligten stellten dem erfolglos gesuchten G für die Kosten der Suchaktion Rechnung.<sup>1437</sup>

Der in Vietnam wohnhafte Gläubiger G einer Genfer Bank treibt in den USA bei seinem Sohn Gelder ein, die der Sohn der Genfer Bank schuldet. Die Bank verrechnet ihre Ansprüche aus den angeblich anwendbaren Art. 419 und 400 OR mit der Forderung des G gegen sie.<sup>1438</sup>

Das amerikanische Unternehmen U vertreibt in den USA ein Erfrischungsgetränk namens «Nesty». Das schweizerische Unternehmen Nestlé, die «Nestea» vertreibt und diesen überall als Marke registriert hat, verlangt von U Herausgabe des beim Vertrieb von «Nesty» erzielten Gewinns.

Diese Beispiele zeigen die Breite der Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag, die zwischen Vertrag, Quasivertrag, Bereicherung und Delikt oszillieren. Als *negotiorum gestio* war sie bereits im römischen Recht anerkannt und wurde als quasivertraglicher Anspruch qualifiziert.<sup>1439</sup> 1315

## 2. Kollisionsrechtliche Erfassung

Bei der GoA stellen sich ähnliche kollisionsrechtliche Fragen der Qualifikation wie bei der ungerechtfertigten Bereicherung. Allerdings finden sich nur punktuelle Regelungen, die kollisionsrechtliche Fragen der GoA aufgreifen: 1316

- Art. 5 Ziff. 7 LugÜ für die Zuständigkeit von Forderungen aus der Bergung und Hilfeleistung auf hoher See;
- Art. 7 Abs. 1 lit. e des internationalen Übereinkommens vom 10. Mai 1952 zur einheitlichen Feststellung einzelner Regeln über die vorsorgliche Beschlagnahme von Seeschiffen<sup>1440</sup> betr. Zuständigkeit der nationalen Gerichte für Forderungen aus Hilfeleistung oder Bergung am Ort der Beschlagnahme (ergänzt Art. 5 Ziff. 7 LugÜ);
- Art. 2 des internationalen Übereinkommens vom 23. September 1910 zur einheitlichen Feststellung einzelner Regeln über die Hilfeleistung und die Bergung in Seenot<sup>1441</sup> betr. des erfolgsabhängigen Entschädigungsanspruchs;
- Art. 2 Ziff. 4 des internationalen Übereinkommens vom 10. April 1926 zur einheitlichen Feststellung einzelner Regeln über Privilegien und Hypotheken an Seeschiffen (mit Schlussprotokoll)<sup>1442</sup> betr. die Privilegierung von Entschädigungsforderungen

1437 Vgl. Gerichtspräsident Biel, 20.4.1948, SJZ 1950, 208.

1438 BGE 112 II 450 = SJIR 1988 Nr. 495 ff. mit Anm. VISCHER.

1439 Vgl. D.3.5.5 pr. (Ulpian); D.3.5.9.1 (Ulpian).

1440 SR 0.747.323.1.

1441 SR 0.747.363.2.

1442 SR 0.747.322.2.

gen aus Zusammenstoss und anderen Schifffahrtsunfällen sowie im Hinblick auf Schäden an Hafen-, Dock- oder Wasserstrassen-Anlagen, Entschädigungsforderungen aus körperlichen Verletzungen von Reisenden oder Schiffsbesatzungen sowie Entschädigungsforderungen für Verlust oder Beschädigung von Ladungsgütern oder Reisegut.

- 1317 Abgesehen von diesen Regelungen ist die Frage der gerichtlichen Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts im Bereich der GoA weitgehend ungeregt. Dies kann angesichts der Vielgestaltigkeit der Ausgangsfälle «weise»<sup>1443</sup> genannt werden, doch stellt es den Rechtsanwender vor erhebliche Probleme.
- 1318 Die GoA zeichnet sich in vielen Fällen dadurch aus, dass ähnlich wie im Deliktsrecht und im Recht der ungerechtfertigten Bereicherung das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner nicht auf einem Willensentschluss beruht, sondern oftmals zumindest für eine der involvierten Parteien etwas Zufälliges an sich hat. Hinzu kommt, dass die Beurteilung der GoA auch stark davon abhängt, ob der Geschäftsführer in der Wahrnehmung seiner Aufgabe seine eigenen Interessen oder tatsächlich die Interessen des Geschäftsherrn im Auge hatte. Im ersten (eigennützigen) Fall stehen v.a. die kollisionsrechtlichen Interessen des Geschäftsherrn im Vordergrund, im zweiten (uneigennützigen) Fall sind hauptsächlich die kollisionsrechtlichen Interessen des Geschäftsführers zu beachten.<sup>1444</sup>
- 1319 Für die kollisionsrechtliche Beurteilung können aus den vorstehenden Ausführungen drei Schlussfolgerungen gezogen werden:
- Die GoA eignet sich dann für eine akzessorische Anknüpfung, wenn die GoA in einem Zusammenhang zu einem bestehenden Rechtsverhältnis (Vertrag, Delikt, gesellschaftsrechtliches Verhältnis) steht.
  - Wenn ein solcher Zusammenhang zu einem bestehenden Rechtsverhältnis nicht besteht, kann eine gewisse Sachnähe zum Ort der Geschäftsführung vermutet werden, setzt die GoA doch voraus, dass sich an diesem Ort die Rechtssphären der involvierten Parteien berühren (oder berührt haben).
  - Die Abwägung der kollisionsrechtlichen Interessen zeigt, dass bei echter GoA eine Anknüpfung im kollisionsrechtlichen Interesse des Geschäftsführers und bei der unechten GoA diejenigen des Geschäftsherrn zu berücksichtigen sind.

## II. Rechtsquellen

1320		<b>Recht der Europäischen Union</b>	<b>Recht der Schweiz</b>
	Gemeinsame Quellen	LugÜ	LugÜ
	Nicht gemeinsame Quellen	Brüssel Ia-VO Art. 11 Rom II-VO	–

<sup>1443</sup> So SIEHR, Das IPR der Schweiz, 388.

<sup>1444</sup> SIEHR, Das IPR der Schweiz, 389.

### III. Europäische Union

#### 1. Zuständigkeit

Die Brüssel Ia-VO enthält keine über das LugÜ hinausreichende Zuständigkeitsnorm 1321 im Hinblick auf Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag. Insoweit kann auf die Ausführungen zum LugÜ verwiesen werden.<sup>1445</sup>

#### 2. Anwendbares Recht

Anders als das schweizerische IPRG enthält das europäische Recht mit Art. 11 Rom II-VO eine eigenständige Kollisionsnorm für Ansprüche aus GoA.<sup>1446</sup> Nach Art. 11 Abs. 1 Rom II-VO wird auch die GoA (wie die ungerechtfertigte Bereicherung) bei Fehlen einer wirksamen Rechtswahl in erster Linie akzessorisch an ein bestehendes Rechtsverhältnis angeknüpft. 1322

Insbesondere gilt hier, dass schon nach dem Wortlaut nicht nur an Verträge (wie etwa bei der Überschreitung vertraglicher Befugnisse), sondern auch an andere ausservertragliche Schuldverhältnisse akzessorisch angeknüpft werden kann, ebenso wie an Miteigentümer-, Verwandtschafts-, Treuhandverhältnisse usw.<sup>1447</sup> Nicht möglich erscheint dagegen nach dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 Rom II-VO die akzessorische Anknüpfung an das Statut einer getilgten Verbindlichkeit, denn die Verbindlichkeit schafft eine Sonderbeziehung zwischen dem Gläubiger und dem Geschäftsherren als Schuldner, nicht aber zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftsführer. In solchen Fällen ist eine Lösung über die Ausnahmeklausel gemäss Art. 11 Abs. 4 Rom II-VO anzustreben.<sup>1448</sup> 1323

Mangelt es an einem vorbestehenden Rechtsverhältnis und haben die Parteien auch nicht ihren gewöhnlichen Aufenthalt im selben Staat, findet nach Art. 11 Abs. 3 Rom II-VO das Recht des Staates Anwendung, in dem die Geschäftsführung erfolgte. Unklar ist, wie der Vornahmeort in einem solchen Fall zu bestimmen ist, wenn Handlungs- und Erfolgsort auseinanderfallen.<sup>1449</sup> Eine Mosaikbetrachtung würde die Behandlung solcher Fälle verkomplizieren und die Gefahr von Normenkollisionen schaffen.<sup>1450</sup> Da die Verordnung generell auf den Erfolgsort abstellt, sollte er auch in einem solchen Fall primär Berücksichtigung finden. Auf diese Weise lässt sich ein weitgehender Gleichlauf mit möglicherweise konkurrierenden deliktischen Ansprüchen sicherstellen. Zudem wird dem Geschäftsherrn die bei einer Anknüpfung an den Handlungsort bestehenden Manipulationsmöglichkeiten genommen<sup>1451</sup>. 1324

1445 Vgl. unten N 1325 ff.

1446 Obwohl der Systembegriff der GoA in einigen Mitgliedstaaten nur rudimentär bekannt ist, ist dieser einheitlich europäisch zu bestimmen; LEHMANN/DUCZEK, Jus 2012, 789.

1447 MüKo-JUNKER, Art. 11 Rom II-VO N 13.

1448 Rauscher-JAKOB/PICHT, Art. 11 Rom II-VO N 17.

1449 Weil z.B. die Überweisung im Land A getätigt wird, während die Tilgungswirkung im Land B eintritt.

1450 Rauscher-JAKOB/PICHT, Art. 11 Rom II-VO N 28.

1451 LEIBLE/LEHMANN, RIW 2007, 732.

## IV. Schweiz

### 1. Zuständigkeit nach LugÜ

- 1325 Wie aufgezeigt regeln – bis auf die vorstehenden Ausnahmen – weder das LugÜ noch das IPRG noch internationale Übereinkommen die Zuständigkeit der Gerichte für Rechtsansprüche aus der GoA. Damit stellt sich die Frage, ob solche Ansprüche nicht nur am Wohnsitz des Beklagten (Art. 2 LugÜ), sondern auch an anderen Orten anhängig gemacht werden können.
- 1326 Dementsprechend ist zu prüfen, ob Ansprüche aus GoA auch unter Art. 5 Ziff. 1 LugÜ (vertragliche Zuständigkeit) oder Art. 5 Ziff. 3 LugÜ (ausservertragliche Zuständigkeit) subsumiert werden können.<sup>1452</sup>
- 1327 Die Anwendung von Art. 5 Ziff. 1 LugÜ auf Ansprüche aus GoA wird überwiegend abgelehnt.<sup>1453</sup> Dabei wird auf die ständige Rechtsprechung des EuGH verwiesen, wonach für den Vertragsbegriff die freiwillig eingegangene Verpflichtung<sup>1454</sup> massgebend ist. Dabei ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der EuGH in der Entscheidung *Illsinger*<sup>1455</sup> in einem obiter dictum seine Offenheit gegenüber vor- und quasivertraglichen Ansprüchen angedeutet hat, ohne soweit ersichtlich die Gelegenheit zu haben, hierzu noch einmal Stellung zu nehmen. Mit Bezug auf diese Entscheidung wurde geltend gemacht, ein quasivertragliches Verhältnis könne in denjenigen Fällen der GoA vorliegen, in denen der Geschäftsherr durch die Geltendmachung seiner Ansprüche gegenüber dem Geschäftsführer das Rechtsverhältnis aufgreift und akzeptiert, so wie die im Falle *Illsinger* der Kläger vom Wettbewerbsveranstalter durch die Forderung auf Bezahlung des angeblichen Gewinns das angebotene Rechtsverhältnis eingegangen ist.<sup>1456</sup>
- 1328 Soweit somit eine akzessorische Anwendung des Art. 5 Ziff. 1 LugÜ möglich erscheint, ist zu prüfen, wie diese Bestimmung auf die GoA anzuwenden ist. Da die GoA unter diesen Umständen als Dienstleistung zu qualifizieren ist und damit Art. 5 Ziff. 1 lit. b zweiter Spiegelstrich zur Anwendung gelangt, ist zu prüfen, ob die konkrete Leistung als Tätigwerden gegen Entgelt angesehen werden kann. Der EuGH hat dieses Erfordernis in der Entscheidung *Falco*<sup>1457</sup> postuliert, ohne dass dies in der Lehre auf Kritik gestossen ist.<sup>1458</sup> Dies kann im Einzelfall durchaus dann der Fall sein, wenn der Geschäftsführer zwar im Interesse des Geschäftsherrn, aber in Erwartung einer Entschädigung handelte.<sup>1459</sup> Dies führt letztendlich zur Zuständigkeit des

---

1452 Ablehnend SHK LugÜ-OBERHAMMER, Art. 5 N 23.

1453 DUTTA, IPRax 2EuZPR, Art. 5 aEuGVO, N 81; KROPHOLLER/VON HEIN, EuZPR, Art. 5 aEuGVO N 75; MÜKO-GOTTWALD, Art. 5 EuGVÜ N 41; DASSER/OBERHAMMER LugÜ-OBERHAMMER, Art. 5 N 23.

1454 Grundlegend EuGH, Urteil vom 17.6.1992, Rs. C-26/91, ECLI:EU:C:1992:268, Handte, N 15: «Der Begriff «Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag» im Sinne des Artikels 5 Nr. 1 des Übereinkommens kann deshalb nicht so verstanden werden, dass er für eine Situation gilt, in der keine von einer Partei gegenüber einer anderen freiwillig eingegangenen Verpflichtung vorliegt.»

1455 EuGH, Urteil vom 14.5.2009, Rs. C-180/06, ECLI:EU:C:2009:303, Illsinger, N 57.

1456 DUTTA, IPRax 2011, 136, wohl auch SHK LugÜ-OBERHAMMER, Art. 5 N 23; BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ, Art. 5 N 92.

1457 EuGH, Urteil vom 23.4.2009, Rs. C-533/07, ECLI:EU:C:2009:257, Falco, N 29.

1458 SHK LugÜ-OBERHAMMER, Art. 5 N 43.

1459 DUTTA, IPRax 2011, 136.

Richters am Erfüllungsort der GoA und damit zur Zuständigkeit des dem Sachverhalt mutmasslich am nächsten stehenden Richters. Andernfalls kommt Art. 5 Ziff. 1 lit. a LugÜ zur Anwendung: Demnach ist der Erfüllungsort der GoA für jede Verpflichtung gesondert nach der *lex causae* zu bestimmen,<sup>1460</sup> eine Lösung, die aufgrund ihrer «charakteristischen Nachteile»<sup>1461</sup> verschiedene Fragen aufwirft und für die Anwendung auf die GoA wenig geeignet ist, weil die sich daraus ergebende Zuständigkeit stark von Zufälligkeiten geprägt sein kann.<sup>1462</sup>

Weist die GoA – wohl meist, wenn der Geschäftsführer Eigeninteressen verfolgte – eine charakteristische Nähe zur ausservertraglichen Haftung auf, ist eine akzessorische Anknüpfung an Art. 5 Ziff. 3 LugÜ zu prüfen.<sup>1463</sup> 1329

Für die Anwendung von Art. 5 Ziff. 3 LugÜ könnte geltend gemacht werden, dass der europäische Gesetzgeber die GoA der ausservertraglichen Haftung (Art. 11 Rom II-VO) zuordnet hat. Der Schaden wird in Art. 2 Abs. 1 RomII-VO folgendermassen definiert: «*Im Sinne dieser Verordnung umfasst der Begriff des Schadens sämtliche Folgen einer unerlaubten Handlung, einer ungerechtfertigten Bereicherung, einer Geschäftsführung ohne Auftrag (<Negotiorum gestio>) oder eines Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (<Culpa in contrahendo>).*» Soweit es somit im konkreten Rechtsstreit um einen Schadenersatz (und nicht etwa um einen Aufwendungsersatz) geht, kann nach der hier vertretenen Auffassung aus Art. 5 Ziff. 3 LugÜ durchaus eine Zuständigkeit abgeleitet werden.<sup>1464</sup> Dies steht auch im Einklang mit der bereits vorstehend dargelegten Rechtsprechung des EuGH, wonach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ sich «*der Begriff <unerlaubte Handlung> auf alle Klagen bezieht, mit denen eine Schadenshaftung des Beklagten geltend gemacht wird und die nicht an einen <Vertrag> im Sinne von Artikel 5 Nr. 1 anknüpfen*»<sup>1465</sup>. Demgegenüber findet Art. 5 Ziff. 3 LugÜ keine Anwendung auf (ausschliessliche) Ansprüche auf Auslagenersatz. 1330

## 2. Zuständigkeit nach IPRG

Auch das IPRG enthält keine spezifische Norm zur Regelung der Zuständigkeit schweizerischer Gerichte für Ansprüche aus GoA. Selbstverständlich steht dem Kläger die Klage am Wohnsitz des Schuldners zur Verfügung, doch bleibt die (akademische) Frage offen, ob sich diese Zuständigkeit aus Art. 2, 112 Abs. 1 oder 129 Satz 1 IPRG ergibt. 1331

Auf der Grundlage der vorstehenden Ausführungen ist zu prüfen, ob eine Zuständigkeit für einen Anspruch aus GoA auch auf Art. 113 IPRG (vertraglicher Erfüllungsort) oder Art. 129 Satz 2 IPRG (deliktischer Handlungs- oder Erfolgsort) abgeleitet werden kann. 1332

1460 EuGH, 6.10.1976, Rs C-12/76, ECLI:EU:C:1976:133, Tessili, N 13 ff.

1461 SHK LugÜ-OBERHAMMER, Art. 5 N 26; bestätigt auch vom BGer, 21.10.2009, 4A 386/2009.

1462 Vgl. hierzu (ausserhalb der GoA) das Beispiel bezüglich eines Rückversicherungsvtrages in BGE 135 III 556; hierzu WALTHER, ZBJV 2011, 541 f.

1463 BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ, Art. 5 N 491.

1464 So wie hier, aber etwas zurückhaltender DUTTA, IPRax 2011, 137 sowie BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ, Art. 5 N 491.

1465 EuGH, 27.9.1988, Rs 189/87, ECLI:EU:C:1988:459, Kalfelis/Schröder, N 17.

- 1333 Hierzu ist festzuhalten, dass der Vertragsbegriff im schweizerischen IPRG sehr breit qualifiziert wird, sodass bspw. auch eine Zuständigkeit aus Ansprüchen aus *culpa in contrahendo* auf Art. 112 IPRG gestützt werden kann.<sup>1466</sup>
- 1334 Soweit der Geschäftsführer im Interesse des Geschäftsherrn gehandelt hat, kann i.S.v. Art. 113 IPRG von einer solchen vertragsähnlichen Situation ausgegangen werden. Art. 113 IPRG steht – im Gegensatz zu Art. 5 Ziff. 1 lit. b LugÜ – auch nicht unter dem Vorbehalt des Austausches von Leistung und Entgelt. Damit kann in Fällen der echten GoA in denjenigen Fällen eine Zuständigkeit am schweizerischen Erfüllungsort der GoA begründet werden, in denen von einem vertragsähnlichen Verhältnis ausgegangen werden kann. Der Ausschluss der unechten GoA kann damit begründet werden, dass hier das Erfordernis der Vertragsähnlichkeit fehlt, weil die Zustimmung des Geschäftsherrn nicht vorausgesetzt werden kann. Ausgeschlossen sind auch diejenigen Fälle, in denen das der GoA ähnliche vertragliche Geschäft einen Konsumenten- oder Arbeitsvertrag darstellen würde (Art. 114 und 115 IPRG).
- 1335 Eine akzessorische Anknüpfung der Zuständigkeit an Art. 129 Satz 2 IPRG ist möglich, wenn die (unechte) GoA eine inhaltliche Nähe zum Deliktsrecht aufweist. Wie bei Art. 5 Ziff. 3 LugÜ ist auch unter dem IPRG die Einschränkung zu machen, dass dies nur gilt, wenn Schadenersatzansprüche und nicht die Ansprüche auf Verwendungsersatz geltend gemacht werden.

### 3. Anwendbares Recht

- 1336 Im Gegensatz zur Rechtslage innerhalb der EU ist die GoA im schweizerischen Kollisionsrecht auch bezüglich des anwendbaren Rechts nicht positivrechtlich geregelt. Für die kollisionsrechtliche Anknüpfung der GoA können verschiedene Überlegungen angestellt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im Gegensatz zum Vertragsrecht meist eine von einem gemeinsamen Parteiwillen getragene Rechtsbeziehung nicht vorliegt. Des Weiteren sind in der Abwägung einer angemessenen Anknüpfung die Interessen des Geschäftsführers und des Geschäftsherrn gegeneinander abzuwägen: Hat der Geschäftsführer im Interesse des Geschäftsherrn gehandelt, stehen seine Interessen im Vordergrund; handelte der Geschäftsführer in seinem eigenen Interesse (und damit tendenziell entgegen den Interessen des Geschäftsherrn), stehen die Interessen des Geschäftsherrn im Vordergrund.
- 1337 Wie in den einleitenden Ausführungen bereits dargelegt wurde hat der europäische Gesetzgeber diese Interessenabwägung in Art. 11 Rom II-VO in folgender Kaskadenanknüpfung umgesetzt:
- akzessorische Anknüpfung an ein bestehendes vertragliches oder deliktisches Rechtsverhältnis (Art. 11 Abs. 1 Rom II-VO);
  - gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt der Parteien im Zeitpunkt des schadensbegründenden Ereignisses (Art. 11 Abs. 2 Rom II-VO);
  - Ort, wo die Geschäftsführung erfolgt ist (Art. 11 Abs. 3 Rom II-VO);

---

<sup>1466</sup> MARKUS, IZVR, N 98 ff.

- Korrekturmöglichkeit, falls sich aus der Gesamtheit aller Umstände ergibt, dass die GoA eine offensichtlich engere Verbindung zu einer anderen Rechtsordnung aufweist.

Rechtsvergleichend wird deutlich, dass die Anknüpfung an den Ort der Geschäftsführung (*locus negotiorum gestionis*) weit verbreitet ist.<sup>1467</sup> 1338

- Art. 39 dt. EGBGB (1999–2009); Geschäftsführung ohne Auftrag: «(1) Gesetzliche Ansprüche aus der Besorgung eines fremden Geschäfts unterliegen dem Recht des Staates, in dem das Geschäft vorgenommen worden ist. (2) Ansprüche aus der Tilgung einer fremden Verbindlichkeit unterliegen dem Recht, das auf die Verbindlichkeit anzuwenden ist.»
- Art. 61 ital. IPR-Gesetz von 1998; *Obbligazioni nascenti dalla legge*: «(1) La gestione di affari altrui, l'arricchimento senza causa, il pagamento dell'indebito altre obbligazioni legali, non diversamente regolate dalla presente legge, sono sottoposti alla legge dello Stato in cui si è verificato il fatto da cui deriva l'obbligazione.»
- Art. 76 tunes. IPR-Gesetz von 1998: «La gestion d'affaire, l'enrichissement sans cause et le paiement de l'indu sont soumis à la loi de l'État où s'est produit le fait generateur.»
- Art. 33 venezuel. IPR-Gesetz von 1998: «La gestion de negocios, el pago de lo indebido y el enriquecimiento sin causa se rigen por el Derecho del lugar en el cual se realiza el hecho originario de la obligación.»

Ähnliche Vorschriften finden sich auch im rumänischen IPR-Gesetz von 1992 (Art. 106). 1339

Im Ergebnis überzeugt die Kaskadenanknüpfung des europäischen Gesetzgebers. Die akzessorische Anknüpfung sollte – wie bei der ungerechtfertigten Bereicherung – wenn immer möglich der Vorrang gegeben werden. Für diese Lösung spricht nicht zuletzt, dass damit Anpassungsprobleme vermieden werden können. 1340

Es wird daher vorgeschlagen, in Anlehnung an diese europäische Lösung auch im schweizerischen Kollisionsrecht primär akzessorisch an ein bestehendes vertragliches oder deliktisches Rechtsverhältnis anzuknüpfen. Sekundär sollte das gemeinsame Umweltrecht in der Ausprägung eines gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Parteien im Zeitpunkt des schadensbegründenden Ereignisses massgebend sein. Erst in dritter Linie sollte dann an den Ort der Geschäftsführung angeknüpft werden: Damit wird vermieden, dass der Geschäftsführer gerade im Falle einer unechten GoA seine Interessen durch die Wahl des Ortes seiner Geschäftsführung über Gebühr profitieren kann. Selbstverständlich steht es auch dem schweizerischen Richter zu, andere Anknüpfungspunkte zu berücksichtigen, wenn diese als Ausprägung einer offensichtlich engeren Verbindung zu einer anderen Rechtsordnung aufgefasst werden kann. 1341

1467 SIEHR, Das IPR der Schweiz, 390 f.

### § 3 Fazit

- 1342 Grundsätzlich unterstellen sowohl das europäische als auch das schweizerische Recht Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung dem Recht, dem das bestehende oder das vermeintliche Rechtsverhältnis unterstellt ist, aufgrund dessen die Bereicherung stattgefunden hat (akzessorische Anknüpfung). Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Anwendungsbereich von Art. 128 IPRG breiter angelegt ist als derjenige des entsprechenden Art. 10 Abs. 1 Rom II-VO.<sup>1468</sup>
- 1343 Subsidiär zur akzessorischen Anknüpfung enthält Art. 10 Abs. 2 Rom II-VO eine im schweizerischen Recht unbekannte Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt des Eintritts des Ereignisses, das die ungerechtfertigte Bereicherung zur Folge hat.
- 1344 Schliesslich zeichnet sich das unionsrechtliche Bereicherungskollisionsrecht durch eine spezifische Ausnahmeklausel aus (Art. 10 Abs. 4 Rom II-VO). Im schweizerischen Kollisionsrecht kann eine solche flexible Anknüpfung allenfalls auf die allgemeine Ausnahmeklausel des Art. 15 Abs. 1 IPRG gestützt werden.
- 1345 Im Hinblick auf die Anknüpfung der GoA herrscht weniger Übereinstimmung zwischen beiden Rechtsordnungen: Während die EU in Art. 11 Rom II-VO eine ausführliche Kollisionsregel enthält, fehlt eine entsprechende Bestimmung im IPRG. Da Art. 11 Rom II-VO von einem in sich stimmigen Konzept ausgeht, wird vorliegend vorgeschlagen, in Anlehnung an diese europäische Lösung auch im schweizerischen Kollisionsrecht primär akzessorisch an ein bestehendes vertragliches oder deliktisches Rechtsverhältnis anzuknüpfen.<sup>1469</sup> Sollte sich der schweizerische Gesetzgeber zu einer Revision des internationalen Schuldrechts entschliessen (vgl. dazu oben Siebtes Kapitel N 1216 ff.), wäre auch über die Schaffung einer Art. 11 Rom II-VO entsprechenden Kollisionsnorm nachzudenken.

---

<sup>1468</sup> Vgl. dazu oben N 1273.

<sup>1469</sup> Vgl. dazu oben N 1335.



Neuntes Kapitel:

Unerlaubte Handlung



# Inhaltsverzeichnis

	Note
§ 1 Grundproblematik . . . . .	1346
§ 2 Rechtsquellen . . . . .	1352
§ 3 Europäische Union . . . . .	1353
I. Zuständigkeit . . . . .	1353
II. Anwendbares Recht . . . . .	1354
1. Hintergrund . . . . .	1354
2. Anwendungsbereich der Rom II-VO . . . . .	1356
a) Grundsatz . . . . .	1356
b) Ausnahmen . . . . .	1359
3. Geltungsbereich der Rom II-VO . . . . .	1362
4. Grundanknüpfung . . . . .	1363
5. Sonderanknüpfungen . . . . .	1366
a) Produkthaftung . . . . .	1366
b) Unlauterer Wettbewerb . . . . .	1369
c) Umweltschädigungen . . . . .	1372
d) Immaterialgüterrecht . . . . .	1374
e) Arbeitskampfrecht . . . . .	1375
6. Rechtswahl . . . . .	1376
a) Grundsatz . . . . .	1376
b) Grenzen . . . . .	1379
aa) Rechte Dritter . . . . .	1379
bb) Binnenmarktklausel . . . . .	1380
cc) Eingriffsnormen . . . . .	1381
dd) Ordre public . . . . .	1382
ee) Inlandssachverhalte . . . . .	1385
ff) Nichtstaatliches Recht . . . . .	1386
7. Verhältnis zu internationalen Übereinkommen . . . . .	1387
III. Anerkennung und Vollstreckung . . . . .	1389
§ 4 Schweiz . . . . .	1390
I. Zuständigkeit . . . . .	1390
1. Allgemeines . . . . .	1390
2. Wohnsitz/Sitz . . . . .	1392
3. Ort der unerlaubten Handlung . . . . .	1396
a) Allgemeines . . . . .	1396
b) Handlungs- und Unterlassungsort . . . . .	1398
c) Erfolgsort . . . . .	1401
4. Besondere Zuständigkeiten im Deliktsrecht . . . . .	1404
a) Überblick . . . . .	1404
b) Ansprüche aus Schäden einer Kernenergieanlage . . . . .	1405
c) Auskunftsrecht im Rahmen des Datenschutzgesetzes . . . . .	1409
d) Unmittelbares Forderungsrecht gegen Haftpflichtversicherer . . . . .	1411

	Note
e) Adhäsionsklagen . . . . .	1413
f) Streitgenossenschaft . . . . .	1415
g) Widerklage und Streitverkündigungsklage . . . . .	1417
h) Prorogation . . . . .	1419
II. Anwendbares Recht . . . . .	1422
1. Überblick . . . . .	1422
2. Parteiautonomie . . . . .	1424
3. Grundanknüpfung . . . . .	1429
a) Prüfungsreihenfolge . . . . .	1429
b) Akzessorische Anknüpfung . . . . .	1431
c) Gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt . . . . .	1438
d) Handlungs- und Erfolgsort . . . . .	1440
4. Sonderanknüpfungen . . . . .	1449
a) Überblick . . . . .	1449
b) Strassenverkehrsunfälle . . . . .	1450
c) Produkthaftung . . . . .	1460
d) Unlauterer Wettbewerb . . . . .	1471
e) Wettbewerbsbehinderung . . . . .	1480
f) Umweltschädigungen . . . . .	1487
g) Persönlichkeitsverletzung . . . . .	1496
III. Mehrere Haftpflichtige . . . . .	1506
IV. Unmittelbares Forderungsrecht . . . . .	1509
V. Anerkennung und Vollstreckung . . . . .	1510
§ 5 Fazit . . . . .	1514

## Literatur

- BUCHER, Vers l'implosion de la théorie des faits doublement pertinents, SJ 137 (2015) II, 67
- DASSER, Punitive Damages: Vom «fremden Fötzel» zum «Miteidgenoss», SJZ 2000, 101
- GIRSBERGER, Erfolg mit dem Erfolgsort bei Vermögensdelikten?, in: Basedow/Meier/Schnyder/Einhorn/Girsberger (Hrsg.), Private Law in the International Arena, Liber Amicorum Kurt Siehr, Den Haag 2000, 219
- GUIZIOU, Kommentar zu EuGH, Rs. C-509/09 und C-161/10, in: Clunet, 197 ff.
- HEIDERHOFF, Eine europäische Kollisionsregel für Pressedelikte, EuZW 2007, 428
- VON HEIN, Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktsrecht, Hamburg, Tübingen 1999 (zit. VON HEIN, Günstigkeitsprinzip)
- DERS., Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung, ZEuP 2009, 6
- VON HINDEN, Ein europäisches Kollisionsrecht für die Medien, in: Baetge/von Hein/von Hinden (Hrsg.), Die richtige Ordnung: Festschrift für Jan Kropholler, Tübingen 2008, 573
- HÖHLOCH, Die Bereichsausnahmen der Rom II-VO, IPRax 2012, 110
- JUNKER, Die Rom II-Verordnung: Neues Internationales Deliktsrecht auf europäischer Grundlage, NJW 2007, 3675
- KADNER GRAZIANO, Zur Reformbedürftigkeit des Schuldrechts im schweizerischen IPRG, insbesondere der Regelungen zur ausservertraglichen Haftung, SZIER 2015, 363
- KOCH, Rom II ante portas – Ein Überblick über das neue europäische Deliktskollisionsrecht, HAVE 2009, 17
- LEHMANN/DUCZEK, Grundfälle zur Rom II-VO, JuS 2012, 681
- LEIBLE, Rechtswahl im IPR der ausservertraglichen Schuldverhältnisse nach der Rom II-Verordnung, RIW 2008, 257
- LEIBLE/ENGEL, Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung – Auf dem Weg zu einheitlichen Anknüpfungsregeln für ausservertragliche Schuldverhältnisse in Europa, EuZW 2004, 7
- LEIBLE/LEHMANN, Die neue EG-Verordnung über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht («Rom II»), RIW 2007, 721
- MANKOWSKI, Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung, RIW 2008, 177
- REYMOND, La compétence internationale en cas d'atteinte à la personnalité par Internet, Genf 2015
- ROSENTHAL, Das auf unerlaubte Handlungen im Internet anwendbare Recht am Beispiel des Schweizer IPR, AJP 1997, 1340
- ROTH, Internationales Kartelldeliktsrecht in der Rom II-Verordnung, in: Baetge/von Hein/von Hinden (Hrsg.), Die richtige Ordnung: Festschrift für Jan Kropholler, Tübingen 2008, 623
- RÜHL, Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht, in: Baetge/von Hein/von Hinden (Hrsg.), Die richtige Ordnung: Festschrift für Jan Kropholler, Tübingen 2008, 187

- SAMTLEBEN, Der Kampf ums Forum, *RabelsZ* 46 (1982), 708
- SERICK, Die Sonderanknüpfung von Teilfragen im internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 1953, 633
- STAUDINGER, Das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Haager Strassenverkehrsabkommen und der Rom II-VO, in: Baetge/von Hein/von Hinden (Hrsg.), *Die richtige Ordnung: Festschrift für Jan Kropholler*, Tübingen 2008, 691
- WAGNER, Die neue Rom-II-Verordnung, *IPRax* 2008, 1
- WALDNER, Die internationale Zuständigkeit schweizerischer Gerichte zu Beurteilung von Deliktssklagen aus Nuklearunfällen, *SZIER* 2011, 5
- WURMNST, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei grenzüberschreitenden Kartelldelikten, *EuZW* 2012, 933

*Weiterführende Literatur*

- BUSCH, Die Ubiquitätsregel im Internationalen Deliktsrecht unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen IPRG, Pfaffenweiler 1996
- DASSER, Ein neuer Gerichtsstand für Adhäsionsklagen im IPRG: Zum BGE 6P.190/2006 vom 30.5.2007, *Jusletter* 20.8.2007
- DOMÉJ, Negative Feststellungsklagen im Deliktsgerichtsstand, *IPRax* 2008, 550
- GIRSBERGER, Grenzüberschreitende Persönlichkeitsverletzungen, in: Ackermann/Bommer (Hrsg.), *Liber Amicorum Martin Vonplon*, Zürich 2009, 151
- HUBER, Die Rom-II-VO – Kommissionsentwurf und aktuelle Entwicklungen, *IPRax* 2005, 73
- JACOBS, Die Notwendigkeit der Wahl des auf ausservertragliche Ansprüche anwendbaren Rechts in internationalen Wirtschaftsverträgen, *IPRax* 2015, 293
- KADNER GRAZIANO, *Europäisches Internationales Deliktsrecht*, Tübingen 2003
- KÖTHE, *Schranken der Parteiautonomie im internationalen Deliktsrecht*, Berlin 2008
- KREUZER/KLÖTGEN, Die Shevill-Entscheidung des EuGH: Abschaffung des Deliktsortsgerichtsstands des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ für ehrverletzende Streudelikte, *IPRax* 1997, 90
- LÖFFLER, *Mediendelikte im IPR und IZPR*, Frankfurt a.M. 2000
- LÜTTRINGHAUS, Das internationale Privatrecht der culpa in contrahendo nach den EG-Verordnungen «Rom I» und «Rom II», *RIW* 2008, 193
- MANKOWSKI, *Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht*, *RabelsZ* 1999, 203
- OTHENIN-GIRARD, Règlement Rome II et LDIP: quelques points de convergence et de divergence, *SJZ* 2009, 381
- RODRIGUEZ, Direktklage gegen den Haftpflichtversicherer unter dem revidierten Lugano-Übereinkommen: «Odenbreit» vor der Einbürgerung und die Folgen, *HAVE* 1/2011, 12
- SCHWANDER, Das Internationale Privat- und Zivilprozessrecht der Ansprüche aus Strassenverkehrsunfällen, in: Schaffhauser (Hrsg.), *Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht* 2009, St. Gallen 2009, 211
- DERS., Überlegungen zur Rom-II-Verordnung aus der Sicht des schweizerischen Internationalen Privatrechts (IPR), *HAVE* 1/2009, 63

- SCHOLZ/RIXEN, Die neue europäische Kollisionsnorm für ausservertragliche Schuldverhältnisse aus wettbewerbsbeschränkendem Verhalten, EuZW 2008, 327
- TRÜTEN, Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung am Beispiel der «Rom II-Verordnung», EuZ 2008, 82
- WYSS, Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung im schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Lachen 1997

## § 1 Grundproblematik

Das Grundproblem des internationalen Deliktsrechts liegt darin, dass die durch das Delikt entstehende Rechtsbeziehung in aller Regel nicht auf einer Willensentscheidung der Parteien beruht. Massgebend sind vielmehr vom Schädiger bestimmte oder auch zufällige Beziehungspunkte zwischen den Parteien. Aus kollisionsrechtlicher Sicht gilt es daher, zufällige oder allein durch den Schädiger gewählte Anknüpfungsmerkmale zu vermeiden. 1346

### Beispiel:

Ein in den USA gebautes Flugzeug der Turkish Airlines stürzt bei Paris ab und Passagiere aus ca. zwanzig Staaten finden den Tod. Nach welchem Recht richten sich Schadenersatzansprüche der Hinterbliebenen gegen die türkische Fluggesellschaft, gegen den amerikanischen Hersteller der Unglücksmaschine, gegen die amerikanischen Aufsichtsbehörden (welche das Flugzeug abgenommen hatten) und gegen die englischen oder schweizerischen Haftpflichtversicherer der primär Verantwortlichen?<sup>1470</sup>

Dieses sicherlich überdurchschnittlich komplexe international-deliktsrechtliche Beispiel zeigt bereits, dass sich nicht nur verschiedene Anknüpfungspunkte anbieten, sondern dass die Beurteilung der kollisionsrechtlichen Fragen je nach Wahl des Anspruchsgegners unterschiedlich ausfallen kann. Dies kann dazu führen, dass die Handlungen einer Person an einer Unzahl von Rechtsordnungen mit unterschiedlichen Werteordnungen gemessen werden. Eine Person kann mit anderen Worten in der heutigen globalisierten und technisierten Welt mit einer nicht mehr überschaubaren Anzahl von Rechtsordnungen konfrontiert sein, ohne dass es ihr faktisch möglich ist, die Rechtmässigkeit ihres Handelns auf diese Rechtsordnungen hin zu prüfen. 1347

### Beispiele:

Eine Meinungsäusserung kann in einem Land als grenzwertig, im anderen Land bereits als persönlichkeitsverletzend qualifiziert werden. Eine scharfe negative Äusserung über einen Konkurrenten kann in einem Land erlaubt, im anderen Land verboten sein.

Hier muss ein angemessener Ausgleich der Interessen des Geschädigten und des Schädigers gefunden werden. Der Geschädigte kann durch die Handlungen des Schädigers in einem territorial viel weiterem Umfang getroffen werden. Daher muss es dem Geschädigten möglich sein, sich in einem territorial weiteren Gebiet und zu den dort geltenden Rahmenbedingungen zur Wehr zu setzen, sowohl bezüglich der Zuständigkeit als auch des anwendbaren Rechts. 1348

---

1470 Vgl. in Re Paris Air Crash of March 3, 1974, 399 F. Supp. 732 (CD. Calif. 1975); vgl. dazu SAMT-LEBEN, RabelsZ 46 (1982), 709 ff.

- 1349 Diesem Schutzgedanken zugunsten des Geschädigten steht andererseits der verständliche Wunsch des Schädigers entgegen, dass er sein Handeln anhand der für ihn erwartbaren Rechtsordnungen einschätzen kann. Der Schädiger soll nicht überall zivilrechtlich belangt werden können und sein unrichtiges Verhalten soll anhand einer beschränkten Zahl von Rechtsordnungen beurteilt werden.
- 1350 Eine zentrale Frage im Deliktsrecht bildet überdies die Tatsache, dass Handlungs- und Erfolgsort in verschiedenen Staaten liegen können, die überdies weder der Staatsangehörigkeit, dem Wohnsitz noch dem gewöhnlichen Aufenthalt des Schädigers oder des Geschädigten entsprechen müssen.
- 1351 Eine deliktsrechtliche Anknüpfung muss einen Ausgleich finden zwischen diesen unterschiedlichen und teilweise konträren kollisionsrechtlichen Interessen. Der Ausgleich dieser widersprechenden Interessen suchten der schweizerische und der europäische Gesetzgeber in einer Kaskade subsidiärer Anknüpfungen, einer beschränkten Rechtswahlklausel sowie Spezialanknüpfungen für bestimmte Deliktstypen. Die nachfolgende Übersicht listet die wichtigsten Rechtsquellen auf:

## § 2 Rechtsquellen

	Recht der Europäischen Union	Recht der Schweiz
Gemeinsame Quellen	LugÜ	LugÜ
Nicht gemeinsame Quellen	Brüssel Ia-VO Rom II-VO	Art. 129–142 IPRG Art. 149 Abs. 2 lit. f IPRG HStVÜ

## § 3 Europäische Union

### I. Zuständigkeit

- 1353 Gemäss Art. 4 Abs. 1 Brüssel Ia-VO kann der Geschädigte deliktische Ansprüche am Wohnsitz des Schädigers einklagen. Alternativ zum Wohnsitzgerichtsstand kann der Kläger auch am Ort der unerlaubten Handlung eine Zuständigkeit begründen; dies ergibt sich aus Art. 7 Ziff. 2 Brüssel Ia-VO. Die seit 2015 geltende revidierte Fassung der Verordnung hat gegenüber der früheren Fassung – ausser einer neuen Nummerierung – im Hinblick auf die hier interessierenden Bestimmungen keine Änderungen gebracht, so dass insoweit auf die untenstehenden Ausführungen zum LugÜ verwiesen werden kann. Auch die zum früheren Art. 5 Ziff. 3 Brüssel I-VO ergangene Rechtsprechung des EuGH ist weiterhin zu beachten.



richte Art. 149b IPRG<sup>2075</sup> an und lehnen die schweizerische Zuständigkeit zugunsten des Drittstaates ab.<sup>2076</sup>

Nicht notwendig ist, dass der prorogierte Gerichtsstand eines Vertragsstaates einen Bezug zum jeweiligen Streitgegenstand aufweist. Vielmehr kann sowohl ein «neutraler» Vertragsstaat als Gerichtsstand gewählt als auch eine abstrakte Gerichtsstandsklausel vorgesehen werden.<sup>2077</sup> 1795

**Beispiele:**

Gültig wäre etwa die Klausel, dass nur vor den Gerichten des Vertragsstaates geklagt werden darf, in dem der jeweilige Beklagte seinen Wohnsitz hat. Nicht mehr zulässig ist hingegen eine Klausel, welche die Bestimmung des Gerichtsstandes ohne Konkretisierung durch den Settlor gänzlich der freien Wahl des späteren Klägers überlässt.

Nach dem Wortlaut von Art. 23 Abs. 4 LugÜ bedarf die Gerichtsstandsklausel der Schriftform, wobei die elektronische Aufzeichnung i.S.v. Art. 23 Abs. 2 LugÜ der Schriftform gleichzusetzen ist. Es reicht auch aus, wenn eine mündlich zustande gekommene Trusterrichtung einschliesslich der getroffenen Gerichtsstandswahl schriftlich bestätigt wird.<sup>2078</sup> 1796

## 2. Zuständigkeit nach IPRG

### a) Verhältnis zu anderen Rechtsakten

Da das HTÜ die Frage der internationalen Zuständigkeit nicht regelt, hat das IPRG in Art. 149b eine autonome Regelung getroffen, die subsidiär zu den einschlägigen Bestimmungen des LugÜ anzuwenden ist. Sie findet deshalb nur ausserhalb des Geltungsbereichs des LugÜ Anwendung bzw. bestimmt die örtliche Zuständigkeit, soweit das LugÜ die schweizerische internationale Zuständigkeit eröffnet.<sup>2079</sup> 1797

### b) Anwendungsbereich

Art. 149b IPRG eröffnet die Zuständigkeit der Gerichte in trustrechtlichen *Angelegenheiten*. Dieser Begriff wurde bewusst anstelle von «Streitigkeiten» gewählt und stellt somit klar, dass auch (Aufsichts-)Entscheide der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit unter die Vorschrift fallen. Hierzu zählen insbesondere *construction* oder *direction summonses* des anglo-amerikanischen Trustrechts.<sup>2080</sup> 1798

Bei der Auslegung des Begriffs der «trustrechtlichen Angelegenheiten» kann mittels Analogieschluss auf Art. 155 IPRG zurückgegriffen werden, der eine nicht abschliessende Liste der vom Gesellschaftsstatut erfassten Rechtsfragen enthält. Umfasst sind somit insbesondere Fragen der Errichtung und des Untergangs des Trusts, seiner Organisation, der internen Beziehungen, der Haftung aus Verletzung trustrechtlicher 1799

<sup>2075</sup> Vgl. dazu unten N 1789 ff.

<sup>2076</sup> HUBER, N 156.

<sup>2077</sup> Rauscher-MANKOWSKI, Art. 23 Brüssel I-VO N 47; HUBER, N 160.

<sup>2078</sup> HUBER, N 172.

<sup>2079</sup> BSK IPRG-VOGT/PANNATIER KESSLER, Art. 149b N 5.

<sup>2080</sup> MAYER, 20; BSK-VOGT/PANNATIER KESSLER, Art. 149b N 9.

Vorschriften, der Haftung für Schulden sowie der Vertretungsmacht der handelnden Personen. Auch Fragen betreffend den Namen bzw. die Firma des Trusts gehören hierher.<sup>2081</sup>

- 1800 Verfügt ein als Trust bezeichnetes Gebilde über die vermögensrechtliche Rechtsfähigkeit, richtet sich die gerichtliche Zuständigkeit nicht nach den trustrechtlichen Vorschriften des Kapitels 9a IPRG, sondern nach den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen der Art. 151 ff. IPRG.<sup>2082</sup>
- 1801 Rechtsbeziehungen im Aussenverhältnis sowie Streitigkeiten, die zwar einen Trust betreffen, aber nicht mehr als trustrechtlich zu qualifizieren sind, werden von Art. 149b IPRG nicht erfasst.<sup>2083</sup>

**Beispiel:**

Klagt der Trustee eines in Australien domizilierten Trusts gegen einen Schweizer mit Wohnsitz in Luzern auf Schadenersatz wegen der Beschädigung einer zum Trustvermögen gehörenden Sache, sind gem. Art. 129 IPRG die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthaltsort des Beklagten zuständig.

- 1802 Die Annahme einer trustrechtlichen Angelegenheit durch den Richter setzt nicht voraus, dass ein Trust tatsächlich nachgewiesen wurde. Das Gericht hat lediglich zu prüfen, ob das anhängig gemachte Rechtsbegehren den Bestand oder die Wirkungen eines nach Art. 149a IPRG als Trust zu qualifizierenden Rechtsverhältnisses betrifft.<sup>2084</sup>

*c) Primäre Zuständigkeit*

- 1803 Nach Art. 149b Abs. 1 Satz 1 IPRG ist in trustrechtlichen Angelegenheiten primär die Gerichtsstandswahl gem. den Bestimmungen des Trusts massgebend. Da es sich beim Trust um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt, spricht die Bestimmung richtigerweise von einer Gerichtsstandswahl und nicht von einer Gerichtsstandsvereinbarung. Art. 149b Abs. 1 Satz 1 IPRG steht im Einklang mit dem LugÜ, das ebenfalls die Möglichkeit einer Gerichtsstandswahl vorsieht.<sup>2085</sup> Soweit der Settlor (oder eine andere dazu ermächtigte Person) nichts anderes bestimmt, besitzt der gewillkürte Gerichtsstand ausschliessliche Wirkung.<sup>2086</sup> Auch insoweit stimmen LugÜ und IPRG überein.
- 1804 Die Wahl oder eine Ermächtigung dazu in den Trustbestimmungen ist gem. Art. 149b Abs. 1 Satz 2 IPRG nur zu beachten, wenn sie schriftlich erfolgt ist oder in einer anderen Form vorgenommen wurde, die ihren Nachweis durch Text ermöglicht. In formaler Hinsicht orientiert sich Art. 149b Abs. 1 Satz 2 IPRG somit an der allgemeinen Bestimmung über Gerichtsstandsvereinbarungen in Art. 5 Abs. 1 IPRG.<sup>2087</sup>

---

2081 KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2843.

2082 MAYER, 20.

2083 MAYER, 21.

2084 MAYER, 22.

2085 Art. 23 Abs. 4 LugÜ; vgl. dazu oben N 1792 ff.

2086 Art. 149b Abs. 1 Satz 3 IPRG.

2087 Vgl. dazu ZK IPRG-VOLKEN, Art. 5 N 50 ff.; BSK IPRG-GROLIMUND/BACHOFNER, Art. 5 N 20 ff.

Art. 149b Abs. 2 IPRG sieht vor, dass der Richter am gewählten Gerichtsstand seine Zuständigkeit bei Vorliegen bestimmter Beziehungen zum betreffenden Kanton bzw. zur Schweiz nicht ablehnen darf. Diese Bestimmung orientiert sich an Art. 5 Abs. 3 IPRG, geht jedoch weiter als dieser, indem sie nicht nur auf den Sitz der Prozessparteien, sondern auch auf denjenigen des Trusts sowie des Trustees abstellt.<sup>2088</sup> Eine enge Verbindung zur Schweiz besteht auch dann, wenn sich ein Grossteil des Trustvermögens hier befindet. Auch in diesen Fällen darf das Gericht daher seine Zuständigkeit nicht ablehnen.<sup>2089</sup> 1805

Die Frage, ob in trustrechtlichen Angelegenheiten ein Schiedsgericht angerufen werden kann, wird in Kapitel 9a nicht angesprochen. Grundsätzlich ist dies aber möglich, soweit entsprechend Art. 7 IPRG eine schiedsfähige Streitsache vorliegt. Gemäss Art. 177 Abs. 1 IPRG ist «jeder vermögensrechtliche Anspruch» schiedsfähig.<sup>2090</sup> 1806

**Beispiele:**

Verlangt der Begünstigte vom Trustee Auszahlung von Mitteln des Trusts, handelt es sich unproblematisch um einen schiedsfähigen vermögensrechtlichen Anspruch. Hingegen ist es fraglich, ob die Absetzung eines Trustees und die Ernennung eines Nachfolgers schiedsfähig sind. Hierbei handelt es sich um die Wahrnehmung von Aufsichtsfunktionen, die grundsätzlich durch staatliche Gerichte gewährleistet werden. Es muss daher jeweils abgeklärt werden, ob das auf den Trust anwendbare Recht die Ausübung der Aufsichtsfunktion durch ein Schiedsgericht überhaupt zulässt.<sup>2091</sup>

*d) Sekundäre bzw. alternative Zuständigkeiten*

In Ermangelung einer gültigen Gerichtsstandswahl kann der Kläger an einem der Gerichtsstände gem. Art. 149b Abs. 3 lit. a–c IPRG gegen eine andere am Trustverhältnis beteiligte Partei vorgehen. Danach kann in der Schweiz wahlweise am Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten oder am Sitz des Trusts geklagt werden. Im Zusammenhang mit der Aktivität einer Niederlassung des Beklagten oder des betroffenen Trusts kann ausserdem Klage am Ort dieser Niederlassung erhoben werden. Diese Regelung lehnt sich an diejenige des internationalen Gesellschaftsrechts an<sup>2092</sup> und steht im Einklang mit dem LugÜ, welches ebenfalls eine Wahlmöglichkeit zwischen dem Wohnsitz der beklagten Partei, der involvierten Niederlassung und dem Sitz des Trusts vorsieht.<sup>2093</sup> Sämtliche Gerichtsstände des Art. 149b Abs. 3 IPRG gelten nur für innertrustrechtliche Streitigkeiten, d.h. sie gelten nicht im Hinblick auf das Aussenverhältnis.<sup>2094</sup> 1807

Art. 149b Abs. 3 lit. b IPRG stellt auf den «Sitz» eines Trusts ab. Wie bereits erwähnt<sup>2095</sup> kann ein Trust jedoch keinen Sitz im eigentlichen Sinne haben, da er nicht 1808

<sup>2088</sup> Art. 149b Abs. 2 lit. a IPRG.

<sup>2089</sup> Art. 149b Abs. 2 lit. b IPRG.

<sup>2090</sup> BSK IPRG-MABILLARD/BRINER, Art. 177 N 9; ZK IPRG-VISCHER, Art. 177 N 3; CHK IPRG-FURRER/GIRSBERGER/AMBAUEN, Art. 177 N 8.

<sup>2091</sup> BSK-VOGT/PANNATIER KESSLER, Vor Art. 149a–c N 203.

<sup>2092</sup> Art. 151 Abs. 1 und 2 IPRG.

<sup>2093</sup> Art. 2, 5 lit. 5 und 6 LugÜ; vgl. dazu oben N 1782 f.

<sup>2094</sup> Anderer Ansicht GUTZWILLER, Art. 149b N 33, 44 im Hinblick auf den Gerichtsstand der Niederlassung.

<sup>2095</sup> Vgl. oben N 1784 ff.

über eine Rechtspersönlichkeit verfügt. Der schweizerische Gesetzgeber hat den Begriff dennoch als «Hilfsmittel der Gesetzesmechanik»<sup>2096</sup> eingeführt, da er sowohl für die gerichtliche Zuständigkeit als auch als Betreibungsort<sup>2097</sup> benötigt wird. Art. 21 Abs. 3 IPRG definiert diesen «Sitz» allgemein, indem als Sitz der in den Trustbestimmungen schriftlich oder in anderer Form durch Text nachweisbar bezeichnete Sitz seiner Verwaltung gelten soll.

- 1809 Gemäss Art. 149b Abs. 4 IPRG kann bei Streitigkeiten über die Verantwortlichkeit infolge öffentlicher Ausgabe von Beteiligungspapieren und Anleihen neben den Gerichtsständen des Art. 149b Abs. 3 IPRG bei den schweizerischen Gerichten am Ausgabeort geklagt werden. Diese besondere Zuständigkeit kann durch eine Gerichtsstandswahl nicht ausgeschlossen werden. Art. 149b Abs. 4 IPRG ist weitgehend der gesellschaftsrechtlichen Zuständigkeitsvorschrift des Art. 151 Abs. 3 IPRG nachempfunden.
- 1810 Die Vorschrift geht insoweit über das – ansonsten konsequent verfolgte – Konzept des Kapitels 9a hinaus, als z.T. auch das Aussenverhältnis betreffende vertragsrechtliche Tatbestände umfasst sind.

**Beispiel:**

Ein Investor klagt wegen irreführender Prospektangaben gegen den Trustee im Zusammenhang mit der Emission von Anleihen durch einen *business trust*. Der Kläger zählt nicht zu den am Trust Beteiligten, kann sich in diesem Fall aber ausnahmsweise auf einen Gerichtsstand des Kapitels 9a IPRG berufen.<sup>2098</sup>

### III. Anwendbares Recht

#### 1. Allgemeines

- 1811 Im Hinblick auf das anwendbare Recht verweist Art. 149c Abs. 1 IPRG pauschal auf das HTÜ. Insoweit kann auf die Ausführungen zum HTÜ oben in N 1744 ff. verwiesen werden. Die Verweisung ist rein deklaratorischer Natur, da der Staatsvertrag ohnehin zur Anwendung gelangt.<sup>2099</sup> Das Übereinkommen ist unmittelbar sowie *erga omnes* anwendbar und bedarf keines nationalen Anwendungsbefehls.
- 1812 Der Umfang des Truststatuts ist Art. 8 HTÜ zu entnehmen.<sup>2100</sup> Ausgeschlossen sind gem. Art. 4 HTÜ Vorfragen in Bezug auf die Gültigkeit von Testamenten oder die Übertragung von Vermögenswerten auf den Trustee. Ausserdem enthält Art. 15 HTÜ einen Vorbehalt zugunsten der zwingenden Bestimmungen der Kollisionsnormen des Forums insbesondere auf den Gebieten des Schutzes Minderjähriger und Handlungsunfähiger, der Ehewirkungen, des Erbrechts, der Übertragung von Eigen-

---

<sup>2096</sup> GUTZWILLER, Einführung, 12.

<sup>2097</sup> Art. 284a Abs. 2 SchKG.

<sup>2098</sup> Strittig ist, ob der Gerichtsstand des Art. 149b Abs. 4 IPRG neben die sich aus Art. 149b Abs. 1 und 3 IPRG ergebenden oder die vertragsrechtlichen Gerichtsstände der Art. 112 ff. IPRG tritt. Die vertragsrechtliche Natur des Anspruchs spricht dabei eher für Letzteres; vgl. eingehend MAYER, 27.

<sup>2099</sup> Art. 1 Abs. 2 IPRG.

<sup>2100</sup> Vgl. dazu oben N 1759.

tum und dinglicher Sicherungsrechte, des Schutzes von Gläubigern bei Zahlungsunfähigkeit sowie des Schutzes gutgläubiger Dritter in anderen Belangen.

In einigen Situationen beansprucht das Übereinkommen per se keine Geltung, so dass insoweit autonome Kollisionsregeln zur Anwendung gelangen müssen (dazu oben N 1750 ff.). Der schweizerische Gesetzgeber hat dieses Problem in der Weise gelöst, dass er die Kollisionsregeln des HTÜ auch auf Fälle anwendbar erklärt, in denen das Übereinkommen unmittelbar keine Geltung beansprucht (Art. 149c Abs. 1 IPRG). In diesen Fällen wirkt die in Art. 149c Abs. 1 IPRG vorgesehene Verweisung auf das HTÜ konstitutiv. 1813

Die Gesetzgebungstechnik könnte dahingehend ausgelegt werden, dass der schweizerische Gesetzgeber den Anwendungsbereich des HTÜ für die Schweiz eigenmächtig erweitert habe. Dies ist jedoch nach zutreffendem Verständnis nicht der Fall. Vielmehr übernimmt das IPRG die Kollisionsregeln des HTÜ, um sie auf Tatbestände anzuwenden, die nicht mehr unter das Übereinkommen, sondern unter den Geltungsbereich des IPRG fallen. Insofern kann von einer analogen Anwendung des HTÜ – bzw. von Teilen desselben – im Rahmen des autonomen Verweisungsrechts gesprochen werden.<sup>2101</sup> Im Folgenden wird auf diese Besonderheiten, die das Verhältnis zu Art. 5 und 13 HTÜ betreffen, näher eingegangen. 1814

## 2. Verhältnis zu Art. 5 HTÜ

Gemäss Art. 5 HTÜ ist das Übereinkommen nicht anzuwenden, «soweit das nach Kapitel II.[HTÜ] bestimmte Recht Trusts oder die Art von Trusts, um die es geht, nicht vorsieht». Nach Art. 149c Abs. 2 IPRG ist das vom Übereinkommen bezeichnete Recht jedoch auch dort massgebend, wo dieses nach Art. 5 HTÜ nicht anzuwenden wäre. 1815

### Beispiel:

Wesentliche Vermögensgegenstände eines kanadischen Trusts befinden sich in der Schweiz. In Ermangelung einer gültigen Rechtswahl fände auf den Anspruch des Begünstigten auf Ausschüttung gem. Art. 7 Abs. 2 lit. b HTÜ schweizerisches Recht Anwendung. Diesem Recht ist das Institut des Trusts jedoch fremd, so dass das Übereinkommen gem. Art. 5 HTÜ ausser Betracht bleibt und autonomes Recht zur Anwendung gelangt. Klagt der Begünstigte in der Schweiz, wendet der hiesige Richter Art. 7 Abs. 2 lit. b HTÜ in seiner Eigenschaft als autonome, durch Art. 149c Abs. 2 IPRG berufene Kollisionsregel an und gelangt so dennoch zur Anwendbarkeit schweizerischen Rechts.

Hintergrund der Ausschaltung von Art. 5 HTÜ ist der Gedanke, dass der in dieser Vorschrift vorgesehene Mechanismus dem schweizerischen Kollisionsrecht fremd ist. Kennt – wie im obigen Beispiel – das durch eine Verweisungsregel bestimmte Recht das betroffene Rechtsinstitut nicht, führt dies nach schweizerischer Auffassung nicht automatisch dazu, dass ein anderes Recht zur Anwendung gelangt. 1816

Vielmehr ist bei ausländischen Rechtsinstituten, die dem schweizerischen Recht unbekannt sind, auf Aspekte der rechtsvergleichenden – funktionellen – Qualifikation 1817

2101 MAYER, 29.

zurückzugreifen.<sup>2102</sup> Anhand eines Vergleichs des ausländischen Rechtsinstituts mit den inländischen Rechtsinstituten ist festzustellen, welches schweizerische Rechtsinstitut oder welche (kombinierten) Rechtsinstitute aus ihrer Funktion heraus dem ausländischen am besten entsprechen. Es sind dann die für diese Rechtsinstitute geltenden Normen anwendbar; das ausländische Rechtsinstitut wird also – wenn möglich – in die entsprechenden schweizerischen Rechtsinstitute transponiert.<sup>2103</sup>

**Beispiel:**

Vor Inkrafttreten des HTÜ hat das Bundesgericht im bekannten «Harrison» Entscheid die Rechtsbeziehungen zwischen den Trustbeteiligten als fiduziarische Vermögensübertragung und Auftrag zugunsten Dritter im Verhältnis zwischen Settlor und Trustee sowie als Schenkung im Verhältnis zwischen Settlor und Begünstigtem qualifiziert.<sup>2104</sup>

- 1818 Erscheint eine solche Transposition im Einzelfall unmöglich oder inadäquat, bleibt nach dem Konzept des IPRG immer noch die Möglichkeit einer Korrektur über Art. 1 ZGB oder die Ausnahmeklausel des Art. 15 IPRG.<sup>2105</sup>
- 1819 Gegen die Regelung des IPRG wird gelegentlich eingewendet, sie führe zur Anerkennung der Rechtswahl zugunsten eines Staates, der das Institut des Trusts nicht kennt.<sup>2106</sup> Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen, da nach Art. 6 Abs. 2 HTÜ eine solche Rechtswahl unwirksam ist. Art. 149c Abs. 2 IPRG ändert daran nichts, denn die Bestimmung gelangt erst zur Anwendung, wenn auch die objektive Anknüpfung zum Recht eines Nicht-Truststaates führt.<sup>2107</sup>

### 3. Verhältnis zu Art. 13 HTÜ

- 1820 Art. 149c Abs. 2 IPRG enthält neben dem Ausschluss von Art. 5 HTÜ auch einen Verzicht der Schweiz auf Anrufung der Schutzklausel des Art. 13 HTÜ. Danach ist ein Staat nicht verpflichtet, einen sog. Binnentrust anzuerkennen, bei dem sämtliche beteiligte Inländer sind und nur der Trust selbst einen Auslandsbezug hat. Von diesem Recht macht die Schweiz gem. Art. 149c Abs. 2 IPRG explizit keinen Gebrauch.
- 1821 Damit kommt das HTÜ also auch zur Anwendung, wenn es sich um einen schweizerischen Binnentrust handelt, bei dem die engste Verbindung eigentlich zur Schweiz besteht und der einzige Auslandsbezug in der Wahl des auf den Trust anwendbaren ausländischen Rechts liegt.<sup>2108</sup> Diese Regelung entspricht der liberalen Haltung des IPRG, das es im Rahmen von Art. 154 IPRG den Gründern einer Gesellschaft ebenfalls gestattet, diese einem beliebigen Recht ihrer Wahl zu unterstellen.<sup>2109</sup>

2102 FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, N 422 ff.

2103 FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN/SCHRAMM, 369; a.A. BSK IPRG VOGT/PANNATIER KESSLER, Art. 149c N 5, die in diesen Fällen auf Art. 150 ff. IPRG zurückgreifen wollen; allgemein zur Transposition siehe FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, N 757 ff.

2104 BGE 96 II 79 E. 7 i.S. Harrison vs. SKA.

2105 ZK IPRG-KELLER/GIRSBERGER, Art. 15 N 4.

2106 EICHNER, 190; BSK IPRG-VOGT/PANNATIER KESSLER, Art. 149c N 3.

2107 MAYER, 33.

2108 DUDLI, 32.

2109 ZK IPRG-VISCHER, Art. 154 N 2; BSK IPRG-EBERHARD/VON PLANTA, Art. 154 N 6.

#### 4. Besondere Vorschriften betreffend Publizität

Art. 149d IPRG sieht die Möglichkeit vor, auf das Trustverhältnis durch eine Anmerkung im Grundbuch, im Schiffsregister, im Luftfahrzeugbuch oder in den Registern für Immaterialgüterrechte hinzuweisen. Insoweit kann das an bestimmten Vermögensgegenständen bestehende Trustverhältnis registerrechtlich transparent gemacht werden.<sup>2110</sup> 1822

Mit dieser Kannvorschrift setzt das IPRG die entsprechende Vorgabe des Art. 12 HTÜ um. Das schweizerische Recht geht allerdings insoweit über das Übereinkommen hinaus, als ein «nicht angemerkt oder eingetragenes Trustverhältnis gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam» sein soll und grundsätzlich nur angemerkte Trustverhältnisse gegenüber Dritten wirksam sind (Art. 149d Abs. 3 IPRG). Der Schutz des gutgläubigen Erwerbers gilt jedoch nicht im Fall der unentgeltlichen Veräusserung, da der Trustee nicht i.S.v. Art. 239 Abs. 1 OR über sein eigenes Vermögen verfügt und daher kein gültiges Verpflichtungsgeschäft zwischen dem Trustee und dem Dritten entstehen kann, so dass der Dritte zufolge mangelnder causa kein Eigentum an dem aus dem Trustvermögen stammenden Gegenstand erwirbt.<sup>2111</sup> 1823

Unberührt von der Eintragung des Trustverhältnisses im Grundbuch oder einem ähnlichen Register bleibt eine allfällige Haftung des Trustees aus unerlaubter Handlung. 1824

##### Beispiel:

Ist Trustee T als Grundstückeigentümer im Grundbuch eingetragen, haftet er persönlich mit seinem ganzen Vermögen sowie mit dem Trustvermögen aus Werkeigentümerhaftung<sup>2112</sup> bzw. Grundeigentümerhaftung<sup>2113</sup>. Dabei kommt es nicht darauf an, ob ein Eintrag des Trustverhältnisses erfolgt ist oder nicht.

Die praktische Bedeutung von Art. 149d IPRG wird jedoch dadurch gemindert, dass insbesondere Rechte an Immaterialgütern, Schiffen und Luftfahrzeugen häufig nicht direkt durch den Trustee, sondern durch eine vom Trust bzw. dem Trustee beherrschte juristische Person (sog. *underlying company*) gehalten werden. Der Trustee veräussert dann nicht das eingetragene Recht selbst, sondern die Aktien der als Eigentümer im Register eingetragenen *underlying company*.<sup>2114</sup> 1825

### IV. Anerkennung und Vollstreckung

#### 1. HTÜ

Aufgrund des Vorbehalts zugunsten völkerrechtlicher Verträge in Art. 1 Abs. 2 IPRG richten sich die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide in Trustsachen primär nach staatsvertraglichen Rechtsquellen. 1826

2110 KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2857.

2111 BSK IPRG-VOGT/PANNATIER KESSLER, Art. 149d N 18; KREN KOSTKIEWICZ, IPR, N 2857.

2112 Art. 58 OR.

2113 Art. 679 ZGB.

2114 BSK IPRG-VOGT/PANNATIER KESSLER, Art. 149d N 4 f.; CHK IPRG-GASSMANN, Art. 149d N 18.

- 1827 Das HTÜ enthält zwar in Kapitel III. Bestimmungen über die «Anerkennung» von Trusts.<sup>2115</sup> Hierbei handelt es sich jedoch – trotz der leicht missverständlichen Formulierung – um ein rein kollisionsrechtliches Konzept, das mit der prozessrechtlichen Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen *Entscheiden* nicht zu verwechseln ist. Mangels einer eigenständigen Regelung im HTÜ ist im Hinblick auf die Anerkennung und Vollstreckung trustrechtlicher Entscheide daher auf die einschlägigen Bestimmungen des LugÜ bzw. des autonomen schweizerischen Rechts abzustellen.

## 2. LugÜ

- 1828 Da Entscheide in trustrechtlichen Angelegenheiten in den sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ fallen, werden diese grundsätzlich gem. Art. 33 Ziff. 1 LugÜ anerkannt, ohne dass es eines speziellen Anerkennungsverfahrens bedarf. Allerdings sind neben den allgemeinen Anerkennungshindernissen auch die Einschränkungen von Art. 15 HTÜ zu beachten.<sup>2116</sup>
- 1829 Grundsätzlich muss auch ein Urteil anerkannt und vollstreckt werden, das einen Trust missachtet. Im Bereich der Vollstreckung eines ausländischen Urteils nach LugÜ, das in der Schweiz nach den Regeln der Spezialexekution vollstreckt wird, ist deshalb zu prüfen, ob im Rahmen dieser Vollstreckung auch das HTÜ berücksichtigt werden muss. Dabei können insbesondere solche Entscheidungen Probleme aufwerfen, die aus einem Vertragsstaat des LugÜ stammen, der seinerseits nicht dem HTÜ angehört.<sup>2117</sup>
- 1830 Dies gilt v.a. im Hinblick auf die Pfandverwertungsbetreibung, bei der im ausländischen Entscheid explizit festgehalten wird, welcher Vermögensgegenstand zur Befriedigung hinzugezogen werden soll. In diesem Fall kommt es zu einem Konflikt, denn der Einwand, dass der Pfandgegenstand zu einem Trustvermögen und nicht dem Trustee (als Schuldner) gehört, darf auf der Stufe der Vollstreckung nicht mehr berücksichtigt werden, solange der Entscheid klar festhält, um welches Vermögen es sich bei der Vollstreckung handeln soll. Insoweit geht das LugÜ dem HTÜ vor.<sup>2118</sup>
- 1831 Anders ist im Hinblick auf eine Drittperson zu entscheiden, die nicht Partei des ausländischen Verfahrens war. Auf der Stufe der Vollstreckung steht ihr das Widerspruchverfahren gem. Art. 107 SchKG zu. Dies folgt bereits aus rechtsstaatlichen Erwägungen, da dem Dritten andernfalls die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung genommen würde.<sup>2119</sup>

2115 Vgl. dazu oben N 1761 ff.

2116 DUDLI, 136; zu Art. 15 HTÜ vgl. oben N 1812.

2117 Zum Beispiel Deutschland, wo der Trust i.d.R. vertragsrechtlich qualifiziert wird, vgl. bei MÜKOKINDLER, Bd. 11 (IntGesR), N 310 f., der insoweit eine «Verweisung» des autonomen IPR auf die Rom I-VO annimmt, und zwar über deren sachlichen Anwendungsbereich hinaus.

2118 DUDLI, 140.

2119 DUDLI, 140.



### 3. IPRG

In Art. 149e IPRG hat der Gesetzgeber spezielle Anerkennungsvoraussetzungen für Entscheide in trustrechtlichen Angelegenheiten geschaffen, die den allgemeinen Bestimmungen der Art. 25 ff. IPRG als *leges speciales* vorgehen. 1832

Nach Art. 149e Abs. 1 lit. a–e IPRG werden ausländische Entscheide in trustrechtlichen Angelegenheiten in der Schweiz anerkannt, wenn: 1833

- sie von einem nach Art. 149b Abs. 1 IPRG gültig bezeichneten Gericht getroffen worden sind (lit. a);
- sie im Staat ergangen sind, in dem die beklagte Partei ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Niederlassung hatte (lit. b);
- sie im Staat ergangen sind, in dem der Trust seinen Sitz hatte (lit. c);
- sie im Staat ergangen sind, dessen Recht der Trust untersteht (lit. d), oder
- sie im Staat anerkannt werden, in dem der Trust seinen Sitz hat, und die beklagte Partei ihren Wohnsitz nicht in der Schweiz hatte (lit. e).

Mit dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber eine anerkennungsfreundliche Regelung geschaffen, die der entsprechenden Bestimmung von Art. 165 IPRG betreffend die Gesellschaften nachgebildet ist. Da beim Trust keine Gerichtsstandsvereinbarung (sondern nur eine einseitige Gerichtsstandswahl durch den Settlor) vorliegen kann, welche die Zuständigkeit gem. Art. 26 lit. b IPRG begründen könnte, musste insofern mit Art. 149e lit. a IPRG Abhilfe geschaffen werden.<sup>2120</sup> 1834

Gemäss 149e Abs. 2 IPRG gilt die international-gesellschaftsrechtliche Bestimmung des Art. 165 Abs. 2 IPRG entsprechend. Dies bedeutet, dass im Zusammenhang mit bestimmten Klagen aus öffentlichen Emissionen von Beteiligungspapieren oder Anleihen auch Urteile des Emissionsstaates anerkannt werden, sofern der Beklagte keinen Wohnsitz in der Schweiz hat.<sup>2121</sup> 1835

## § 5 Fazit

Von den EU-Mitgliedstaaten sind bislang nur wenige dem HTÜ beigetreten. In Ermangelung einer unionalen Regelung des Kollisionsrechts gestaltet sich die Rechtslage insoweit daher weiterhin unübersichtlich. Immerhin enthält das europäische IZPR vereinheitlichte Bestimmungen auf den Gebieten der internationalen Zuständigkeit sowie der Anerkennung und Vollstreckung, die auch nach Inkrafttreten der Brüssel Ia-VO weitgehend identisch mit denjenigen des LugÜ sind. 1836

Die Schweiz verfügt nicht über ein materielles Trustrecht. Da das Institut des Trusts in der hiesigen Rechtspraxis jedoch durchaus eine Rolle spielt, hat sich die Schweiz mit Wirkung vom 1. Juli 2007 dem HTÜ angeschlossen. Da dieses im Prinzip nur eine Regelung des anwendbaren Rechts sowie der kollisionsrechtlichen «Anerkennung» des 1837

2120 DUDLI, 131.

2121 MAYER, 88.

Rechtsinstituts des Trusts in *civil law*-Staaten enthält, hat der schweizerische Gesetzgeber in Kapitel 9a IPRG eine autonome Regelung der internationalen Zuständigkeit und der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide getroffen.

- 1838 Ausserdem enthält das IPRG eine autonome Regelung des anwendbaren Rechts für Fälle, die das HTÜ nicht regelt. Im Interesse eines einheitlichen Gesamtkonzepts erstreckt das IPRG insoweit die Anknüpfungsregeln des Übereinkommens auch auf diese Fälle.

Mit der Verlegung des statutarischen Sitzes wechselt eine Gesellschaft, die der Gründungstheorie<sup>2159</sup> untersteht, ihr Personalstatut. Eine Gesellschaft, die ihren Sitz grenzüberschreitend verlegen will, beabsichtigt stets, ihre Identität zu wahren, und zwar v.a. um ihre Privilegien firmen-, steuer- und administrativrechtlicher Natur zu erhalten und sich den Aufwand einer Neugründung im Ausland zu sparen. Angestrebt wird deshalb i.d.R. eine identitätswahrende Sitzverlegung ohne Liquidation der Gesellschaft am alten Sitz und eine Neugründung am neuen Sitz. 1863

Im Gegensatz zur Liquidation und Neugründung, die beide allein dem jeweiligen Gesellschaftsstatut unterliegen, bedarf es bei einer identitätswahrenden Sitzverlegung mit Wechsel des Personalstatuts (Art. 154 IPRG) des Zusammenwirkens zweier Rechtsordnungen. Wie das zu geschehen hat, regeln nur wenige Rechtsordnungen in einem IPR-Gesetz. Sie begnügen sich manchmal nur mit der Feststellung dieses Zusammenwirkens. Eine Ausnahme ist das schweizerische IPRG, das zwischen der Sitzverlegung ins Inland und der Sitzverlegung ins Ausland unterscheidet.<sup>2160</sup> 1864

## § 2 Rechtsquellen

	Recht der Europäischen Union	Recht der Schweiz
Gemeinsame Quellen	LugÜ	LugÜ
Nicht gemeinsame Quellen	Brüssel Ia-VO Nationales IPR überlagert von der Rspr. des EuGH, z.B. – EuGH 9.3.1999 Centros – EuGH 5.11.2002 Übersee- ring – EuGH 30.9.2003 Inspire Art – EuGH 16.12.2008 Cartesio	Art. 150–165 IPRG HRegV FinfraG

1865

## § 3 Europäische Union

### I. Zuständigkeit

#### 1. Organisationsrechtliche Fragen

Für Verfahren, welche die Gültigkeit, die Nichtigkeit oder die Auflösung einer Gesellschaft oder die Gültigkeit der Beschlüsse ihrer Organe zum Gegenstand haben, sind gem. Art. 24 Ziff. 2 Brüssel Ia-VO die Gerichte des EU-Mitgliedstaats ausschliesslich 1866

2159 Vgl. dazu näher oben N 1847 ff.

2160 Vgl. dazu näher unten N 1974 ff.

zuständig, in dessen Hoheitsgebiet die Gesellschaft ihren Sitz hat. Die Bestimmung entspricht der Vorgängervorschrift des Art. 22 Ziff. 2 Brüssel I-VO bzw. LugÜ, so dass insoweit auf die Ausführungen unten N 1904 f. verwiesen werden kann.

## 2. Allgemeine Zuständigkeit

- 1867 Soweit es sich nicht um eine organisationsrechtliche Frage nach Art. 24 Ziff. 2 Brüssel Ia-VO handelt, steht für alle anderen gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten der allgemeine Gerichtsstand am Sitz der Gesellschaft offen. Gemäss Art. 63 Brüssel Ia-VO ist insoweit alternativ – nach Wahl des Klägers – entweder auf den satzungsmässigen Sitz, die Hauptverwaltung oder die Hauptniederlassung abzustellen.<sup>2161</sup> Auch in diesem Bereich hat die Brüssel Ia-VO keine Neuerungen gebracht, so dass auf die Ausführungen zu Art. 60 LugÜ unten in N 1897 ff. verwiesen werden kann.

## II. Anwendbares Recht

### 1. Gesetzgebung

#### a) Allgemeines

- 1868 Obwohl bereits der EWG-Vertrag von 1957 einen Auftrag zur Angleichung des internationalen Gesellschaftsrechts innerhalb der damaligen Gemeinschaft enthielt, existiert in der EU bis heute kein derartiger Rechtsakt. Die ursprünglich vorgesehene Harmonisierung sollte im Wege des Abschlusses eines völkerrechtlichen Übereinkommens unter den Mitgliedstaaten erfolgen. Entsprechend forderte Art. 293 EGV<sup>2162</sup> die Mitgliedstaaten auf, untereinander Verhandlungen einzuleiten, um zugunsten ihrer Staatsangehörigen erstens «die gegenseitige Anerkennung der Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2 EGV», zweitens «die Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei der Verlegung des Sitzes von einem Staat in einen anderen» und drittens «die Möglichkeit der Verschmelzung von Gesellschaften, die den Rechtsvorschriften verschiedener Mitgliedstaaten unterstehen,» sicherzustellen.

#### b) Gegenseitige Anerkennung der Gesellschaften

- 1869 In der Folgezeit erwies sich das Verfahren des Art. 293 EGV jedoch als zu unflexibel. So scheiterten bereits 1968 alle Versuche, eine Vereinbarung über die gegenseitige Anerkennung der Gesellschaften zu erzielen, an der mangelnden Kompromissfähigkeit der Mitgliedstaaten in der Frage des innerhalb der Gemeinschaft einheitlich anzuwendenden Anknüpfungskonzeptes.

---

<sup>2161</sup> Saenger-DÖRNER, Art. 63 EuGVVO N 3; Musielak/Voit-STADLER, Art. 63 EuGVVO N 1.

<sup>2162</sup> Die Vorschrift wurde durch den 2009 in Kraft getretenen AEUV ersatzlos gestrichen; vgl. dazu BEUL, StAM 2011, 87.

c) *Grenzüberschreitende Sitzverlegung*

Da der Weg über Art. 293 EGV somit versperrt war, griff die Kommission im Hinblick auf den Erlass eines Rechtsakts über die grenzüberschreitende Sitzverlegung auf die Ermächtigung zum Erlass von Richtlinien im Bereich des Gesellschaftsrechts zurück.<sup>2163</sup> Im Jahre 1997 legte sie einen Vorentwurf einer Richtlinie über die grenzüberschreitende Sitzverlegung<sup>2164</sup> vor, der jedoch niemals das Stadium eines offiziellen Vorschlags erreichte.<sup>2165</sup> 1870

Der wesentliche Schwachpunkt des damaligen Vorentwurfs lag darin begründet, dass er allein die identitätswahrende Verlegung des Satzungssitzes ermöglichen sollte, aber keine Angleichung des Kollisionsrechts beabsichtigte. Diese Problematik wurde wenig später durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften – wenigstens teilweise – gelöst (vgl. dazu unten N 1876 ff.) 1871

d) *Grenzüberschreitende Fusion («Verschmelzung»)*

Während die mit der innerstaatlichen Verschmelzung verbundenen Fragen im Rahmen der dritten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie<sup>2166</sup> gelöst werden konnten, blieb der diesbezügliche Auftrag des Art. 293 EGV im grenzüberschreitenden Bereich zunächst uneingelöst. Das auf dieser Rechtsgrundlage zunächst vorgesehene Übereinkommen wurde seit 1972 nicht weiter verfolgt. Stattdessen schlug die Kommission Ende 1984 den Erlass einer internationalen Fusionsrichtlinie (zehnte Richtlinie) vor.<sup>2167</sup> Die Annahme der Richtlinie scheiterte jedoch zunächst an der Frage der Mitbestimmung. So fürchteten insbesondere die deutschen Gewerkschaften eine «Flucht aus der Mitbestimmung», während sich die übrigen Mitgliedstaaten ebenso über einen möglichen «Import» der deutschen Mitbestimmung sorgten.<sup>2168</sup> 1872

Als Ende 2000 eine Lösung für das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)<sup>2169</sup> gefunden wurde, war der Weg frei zum Erlass der Verschmelzungsrichtlinie 2005/56/EG.<sup>2170</sup> Danach unterliegt jede an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligte Gesellschaft im Hinblick auf den Verschmelzungsvorgang den Bestimmungen des für sie massgebenden innerstaatlichen Rechts, soweit die Richtlinie nichts anderes 1873

2163 Heute Art. 50 Abs. 2 lit. g AEUV.

2164 Vierzehnte gesellschaftsrechtliche Richtlinie.

2165 DI MARCO, ZGR 1999, 10; JANISCH, 308 ff.

2166 Dritte Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9.10.1978 gemäss Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. Nr. L 295 vom 20.10.1978, 1.

2167 Vorschlag einer 10. Richtlinie des Rates nach Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. Nr. C 23 vom 25.1.1985, 11.

2168 DAUSES-BEHRENS, E. III., N 125.

2169 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. Nr. L 294 vom 10.11.2001, 1.

2170 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. Nr. L 310 vom 25.11.2005, 1; zum Ganzen: TRÜTEN, Die Mobilität von Gesellschaften, 145 ff.

bestimmt.<sup>2171</sup> Dies gilt u.a. für die Einberufung und Durchführung der Versammlung der Gesellschafter, für den Schutz von Minderheitsgesellschaftern und für den Gläubigerschutz.<sup>2172</sup> Die Richtlinie regelt die Verschmelzung im Wege der Aufnahme und der Neugründung.

*e) Übernahmeangebote*

- 1874 Auch die 2004 erlassene Übernahmerichtlinie konnte erst nach einer 15-jährigen Verhandlungsphase erlassen werden.<sup>2173</sup> Im Bereich der Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts drängte v.a. Grossbritannien auf eine Einheitslösung, nach der für beides der Sitz der Zielgesellschaft massgeblich sein sollte.<sup>2174</sup> Der gefundene Kompromiss enthält indes eine differenzierende Regelung: Liegen Sitz- und Handelsort (d.h. des Handelsplatzes, auf dem die Kapitalbeteiligungen gehandelt werden) im selben Mitgliedstaat, ist das Aufsichtsorgan des Sitzes zuständig und das Recht dieses Mitgliedstaates anwendbar.<sup>2175</sup>
- 1875 Ist dagegen der Mitgliedstaat des Sitzes ein anderer als der, in dem die Wertpapiere gehandelt werden, ist nach Rechtsgebieten zu unterscheiden: Im Hinblick auf arbeits- und gesellschaftsrechtliche Fragen verbleiben Zuständigkeit und anwendbares Recht beim Sitzmitgliedstaat. Handelt es sich dagegen um rein übernahmerechtliche Fragen, sind die Behörden im Staat des Handelsplatzes zuständig, und das dortige Recht ist anwendbar.<sup>2176</sup> Diese Lösung verhindert zwar, dass ausländisches Recht angewendet werden muss, kann aber zu einer Aufspaltung der Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts bei ein- und demselben Angebot führen.<sup>2177</sup>

## **2. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften**

*a) Hintergrund*

- 1876 Nach einer längeren Phase des Stillstands hatte der Europäische Gerichtshof ab 1999 in mehreren Urteilen Gelegenheit, sich mit Fragen des internationalen Gesellschaftsrechts zu befassen. Dabei ging es jeweils um die Vereinbarkeit nationaler Regelungen mit der EU-Niederlassungsfreiheit, denn Art. 49 AEUV verbietet Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats. Art. 54 Abs. 1 AEUV stellt Gesellschaften im Hinblick auf die Ausübung der Niederlassungsfreiheit natürlichen Personen gleich. Die Vorschrift regelt somit allgemein die Anwendung des Niederlassungsrechts auf

---

2171 Art. 4 Abs. 1 lit. b VerschmelzungsRL.

2172 MüKo-KINDLER, Bd. 11 (IntGesR), N 352.

2173 Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 betreffend Übernahmeangebote, ABL Nr. L 142 vom 30.4.2004, 12; zum Ganzen: HOPT, 73; TRÜTEN, Die Mobilität von Gesellschaften, 153 ff.

2174 NOBEL, Transnationales und Europäisches Aktienrecht, 477.

2175 Art. 4 Abs. 2 lit. a ÜbernahmeRL.

2176 Art. 4 Abs. 2 lit. e ÜbernahmeRL.

2177 NOBEL, Transnationales und Europäisches Aktienrecht, 477.

«Gesellschaften» und bezieht sie in den persönlichen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ein.

Unter dem Begriff der «freien Niederlassung» versteht das Unionsrecht den Fall der auf Dauer angelegten Übersiedlung einer Gesellschaft von einem Mitgliedstaat in einen anderen mit dem Ziel der Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten.<sup>2178</sup> 1877

Kollisionsrechtlich gesprochen geht es hierbei um die Frage der identitätswahrenden Sitzverlegung. Dabei löst aus Sicht der Sitztheorie die grenzüberschreitende Verlegung des Verwaltungssitzes einer ausländischen Gesellschaft in das Inland bei gleichzeitigem Verbleib des Satzungssitzes am ursprünglichen Ort der Inkorporation (Zuzugsfall; vgl. unten N 1880 ff.) regelmässig einen Wechsel des Gesellschaftsstatuts aus.<sup>2179</sup> Neu untersteht die Gesellschaft dem Recht ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes. 1878

Dieses Recht verlangt jedoch i.d.R. die Eintragung der Gesellschaft in das entsprechende Vereins-, Handels- oder Genossenschaftsregister. Mangels Eintragung kann die Gesellschaft aber nicht als existent angesehen werden. Dies kann nur durch eine Neugründung der Gesellschaft nach inländischem Recht behoben werden.<sup>2180</sup> Gleiches gilt grundsätzlich für den Fall der grenzüberschreitenden Verlegung des Verwaltungssitzes einer inländischen Gesellschaft in einen ausländischen Staat<sup>2181</sup> (Wegzugsfall; vgl. unten N 1884 ff.). 1879

#### b) Zuzugsfälle

Der in den Jahren 1999–2003 entschiedenen Gruppe von Urteilen «Centros»<sup>2182</sup>, «Überseering»<sup>2183</sup> und «Inspire Art»<sup>2184</sup> ist gemeinsam, dass sie ausschliesslich Zuzugsfälle betreffen. Instruktiv ist insoweit der Sachverhalt des «Überseering»-Urteils: 1880

Im Oktober 1990 erwarb die niederländische Gesellschaft Überseering BV ein Grundstück in Düsseldorf, das sie gewerblich nutzte. 1992 beauftragte Überseering das Unternehmen NCC mit der Sanierung eines Garagengebäudes und eines Motels, die sich auf diesem Grundstück befanden. Die Leistungen wurden erbracht; Überseering machte jedoch Mängel der Malerarbeiten geltend. Im Dezember 1994 erwarben zwei in Düsseldorf wohnhafte deutsche Staatsangehörige sämtliche Geschäftsanteile an Überseering. Nachdem Überseering NCC vergeblich aufgefordert hatte, die festgestellten Mängel zu beseitigen, verklagte sie 1996 NCC aus dem zwischen beiden bestehenden Generalunternehmervertrag auf Ersatz der Kosten der Beseitigung der angeblichen Mängel. Die deutschen Instanzgerichte wiesen die Klage ab. Nach ihren Feststellungen hatte Überseering aufgrund des Erwerbs ihrer Geschäftsanteile durch zwei deutsche Staatsangehörige

2178 Art. 49 Abs. 2 AEUV.

2179 Hopt/Wiedemann-ASSMANN, Internationales Gesellschaftsrecht, N 554.

2180 MüKo-KINDLER, Bd. 11 (IntGesR), N 421.

2181 Hopt/Wiedemann-ASSMANN, Internationales Gesellschaftsrecht, N 554.

2182 EuGH, Urteil vom 9.3.1999, Rs. C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, Centros.

2183 EuGH, Urteil vom 5.11.2002, Rs. C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, Überseering; EWS 2002, 569 mit Anm. HIRTE; JZ 2003, 947; NJW 2002, 3614.

2184 EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, Inspire Art; JZ 2004, 37; ZIP 2003, 1885; GmbHR 2003, 1260 mit Anm. MEILICKE; EWS 2003, 513 mit Anm. HIRTE.

ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Düsseldorf verlegt. Nach der in Deutschland gewohnheitsrechtlich geltenden Sitztheorie sei Überseering als Gesellschaft niederländischen Rechts in Deutschland nicht rechtsfähig und demnach auch nicht parteifähig, so dass ihre Klage dahinfallen müsse.

- 1881 In diesem Grundsatzentscheid stellte der EuGH klar, dass die generelle Versagung der Rechts- und Parteifähigkeit von Kapitalgesellschaften ausländischen Rechts mit der Niederlassungsfreiheit nicht zu vereinbaren sei. Vielmehr setze die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit zwingend die Anerkennung dieser Gesellschaften durch alle Mitgliedstaaten voraus, in denen sie sich niederlassen wollen.<sup>2185</sup>
- 1882 Insbesondere seien die Mitgliedstaaten nach Art. 49 und 54 AEUV verpflichtet, die Rechts- und Parteifähigkeit zu «achten», welche die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzen.<sup>2186</sup> Damit wurde klargestellt, dass die Anwendung der Sitztheorie, d.h. der automatische Wechsel des Gesellschaftsstatuts bei Verlegung des Verwaltungssitzes einer ausländischen Gesellschaft, innerhalb der Union gegen die Niederlassungsfreiheit verstößt.
- 1883 Über diese negative Feststellung hinaus wurde diskutiert, ob der Gerichtshof damit auch positiv eine Aussage im Hinblick auf das in der Union geltende Gesellschaftskollisionsrecht getroffen hatte.<sup>2187</sup> Wenn nach dem «Überseering»-Urteil ein Mitgliedstaat verpflichtet ist, «die Rechtsfähigkeit (...) zu achten, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzt», heisst dies im Ergebnis, die Existenz der Gesellschaft der Rechtsordnung zu unterstellen, nach der sie gegründet wurde. Dies kann in der Praxis allein durch die Anwendung der Gründungstheorie umgesetzt werden.

### *c) Wegzugsfälle*

- 1884 Hatte sich der EuGH 1988 im Fall «Daily Mail» noch dahingehend ausgesprochen, dass die Niederlassungsfreiheit es den Gesellschaften nationalen Rechts nicht gestatte, den Sitz ihrer Geschäftsleitung unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaften des Mitgliedstaats ihrer Gründung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen,<sup>2188</sup> bot sich dem Gerichtshof 20 Jahre später in der Rechtssache «Cartesio» die Gelegenheit zur Korrektur dieser grösstenteils kritisch aufgenommenen Judikatur.
- 1885 In dem zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um eine ungarische Gesellschaft, die unter Aufrechterhaltung ihrer Registrierung in Ungarn – und damit ihres ungarischen Gesellschaftsstatuts – ihren tatsächlichen Verwaltungssitz nach Italien verlegen wollte.

---

2185 EuGH, Urteil vom 5.11.2002, Rs. C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, Überseering, N 59.

2186 EuGH, Urteil vom 5.11.2002, Rs. C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632, Überseering, N 95.

2187 Kritisch ROTH, IPRax 2003, 120 f.; KINDLER, NJW 2003, 1073; ZIMMER?, BB 2003, 2.

2188 EuGH, Urteil vom 27.9.1988, Rs. 81/87, ECLI:EU:C:1988:456, Daily Mail.



- DIES., Englische, walisische und französische Konkursverwalter in der Schweiz, Zürich 1997
- TRAUTMAN/WESTBROOK/GAILLARD, Four Models of International Bankruptcy, Am. J.Comp.L. 1993, 573
- TRUNK, Grenzüberschreitende Insolvenz von Gesellschaften im Verhältnis EG-Schweiz: Folgerungen aus Centros, Überseering und Inspire Art, SZIER 2004, 531
- VOLKEN, Europäische Harmonisierung des Konkursrechts: frühe Staatsverträge, in: Schwander/Stoffel (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg i.Ü. 1991, 464
- DERS., L'harmonisation du droit international privé de la faillite, Rec.d.Cours 1991, 347
- WALDER, Die international konkursrechtlichen Bestimmungen des neuen IPR-Gesetzes, in: Dallèves et al. (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, 325
- WALTHER, Allgemeiner Überblick: Grundlagen und Probleme des internationalen Konkursrechts, in: Spühler (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Internationalen Insolvenzrechts, Zürich/Basel/Genf 2003

## § 1 Übersicht

### I. Europäische Union

Das internationale Insolvenzrecht ist in der Europäischen Union durch die am 26. Juni 2015 in Kraft getretene revidierte Verordnung über Insolvenzverfahren (EuInsVO)<sup>2331</sup> geregelt, welche für sämtliche Mitgliedstaaten mit Ausnahme von Dänemark gilt.<sup>2332</sup> Sie findet auf Insolvenzverfahren Anwendung, die nach dem 26. Juni 2017 eröffnet wurden,<sup>2333</sup> und ersetzt für diese Verfahren ihren Vorgängerrechtsakt von 2002.<sup>2334</sup> Regelungsgegenstände der Verordnung sind die innerunionale Zuständigkeit, die grenzüberschreitende Wirkung und Anerkennung von Insolvenzverfahren sowie das anwendbare Recht. Die Verordnung schafft kein einheitliches europäisches Insolvenzverfahren, sondern koordiniert im Wesentlichen die existierenden nationalen Insolvenzordnungen und -verfahren für grenzüberschreitende Sachverhalte.<sup>2335</sup> 2033

Wie die Erwägungsgründe zeigen, stehen für die EuInsVO zwei Zielsetzungen im Vordergrund: Zum einen soll sie das Funktionieren des Binnenmarktes gewährleisten, indem sie effiziente und wirksame grenzüberschreitende Insolvenzverfahren ermöglicht. Zum anderen will die Verordnung dem Forum shopping vorbeugen, indem 2034

2331 Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 über Insolvenzverfahren, ABl. Nr. L 141 vom 5.6.2015, 19.

2332 Vgl. Erwägungsgrund 88 EuInsVO.

2333 Art. 84 EuInsVO.

2334 Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren, ABl. Nr. L 160 vom 30.6.2000, 1.

2335 Zur Geschichte der europäischen Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiet des internationalen Insolvenzrechts vgl. MüKo-KINDLER, Bd. 11, Einl. IntInsR, N 9 ff.

den Parteien die Möglichkeit genommen wird, sich durch die Verlagerung von Vermögensgegenständen oder Rechtsstreitigkeiten von einem Mitgliedstaat in einen anderen über die Anwendung des Kollisionsrechts insolvenzrechtliche Vorteile zu verschaffen.<sup>2336</sup>

## II. Internationale Staatsverträge

### 1. Multilaterale Staatsverträge

#### a) Lugano-Übereinkommen

- 2035 Das LugÜ schliesst in Art. 1 Abs. 2 lit. b Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren (Generalexekution) von seinem Anwendungsbereich aus. Art. 22 Ziff. 5 LugÜ statuiert dagegen für Verfahren, welche die Zwangsvollstreckung aus Entscheidungen (Spezialexekution) zum Gegenstand haben, den ausschliesslichen Gerichtsstand des Vollstreckungsorts. Somit hat das Übereinkommen trotz Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ für insolvenzbezogene Streitigkeiten Bedeutung.
- 2036 Für die Anerkennungsklage, das Verfahren betreffend die provisorische Rechtsöffnung<sup>2337</sup> sowie die Aberkennungsklage<sup>2338</sup> sind die allgemeinen Gerichtsstände des LugÜ massgebend. Art. 22 Ziff. 5 LugÜ betrifft namentlich den Zahlungsbefehl, das definitive Rechtsöffnungsverfahren, die Klage auf Aufhebung und Einstellung der Betreibung (Art. 85 SchKG) sowie die negative Feststellungsklage von Art. 85a SchKG. Keine Anwendung findet das LugÜ demgegenüber auf die paulianische Anfechtungsklage.<sup>2339</sup>
- 2037 Bei der Bestimmung des Umfangs und der Tragweite der Ausnahme von Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ erachtet es das Bundesgericht für massgebend, ob das betreffende Verfahren seine Grundlage im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht hat. Verfahren, die aller Wahrscheinlichkeit nach auch ohne den Konkurs erhoben worden wären, fallen danach nicht unter den Ausschlussbestand von Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ.

#### Beispiel:

Im Hinblick auf die Frage der Anerkennung und Vollstreckung eines belgischen Entscheids gegen die Nachlassmassen von zwei Gesellschaften des ehemaligen SAir-Konzerns konnte nach Ansicht des Bundesgerichts für die Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt der Anhängigmachung ihres Begehrens beim belgischen Gericht kein Zweifel daran bestehen, dass sie das Urteil ausschliesslich im Nachlassverfahren über die Beschwerdeführerinnen gegenüber deren Massen würde vollstrecken könne. Angesichts dieser funktionalen Beziehung stellt die in Belgien nach der Eröffnung des schweizerischen Nachlassverfahrens ausschliesslich im Hinblick auf die Kollokation erhobene Klage ein insolvenzrechtliches Verfahren dar, das gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens fällt.<sup>2340</sup>

2336 Erwägungsgründe 3–5 EuInsVO.

2337 Vgl. ZR 97 (1998) Nr. 14, 42 ff. sowie ZR 102 (2003) Nr. 1, 1 ff.; ausdrücklich offen gelassen in BGE 130 III 285.

2338 Zusätzlich besteht ein Gerichtsstand am Betreibungsort; vgl. BGE 130 III 285.

2339 Vgl. unten N 2093 ff.

2340 BGE 140 III 320; vgl. dazu RODRIGUEZ, N 639 ff.; HUNKELER/WOHL, Jusletter vom 30.6.2014, N 14 ff.; ZZZ 2014/2015, 108 ff. mit Anm. SCHWANDER; KÖLZ, ZBJV 2014, 766; GIRSBERGER/TRÜTEN, SJZ 2015, 96 f; SCHMIDT, ZInsO 2010, 1214; MANKOWSKI, EWiR 2014, 691.

b) Weitere multilaterale Vereinbarungen

Verglichen mit dem weit gespannten Netz von Staatsverträgen auf dem Gebiet des internationalen Zivilprozessrechts ist die Bedeutung des Völkervertragsrechts im internationalen Insolvenzrecht gering. Neben dem LugÜ wurden gegen Ende des letzten Jahrhunderts zwei weitere multilaterale Übereinkommen geschaffen: das Europäische Übereinkommen des Europarates über bestimmte internationale Aspekte des Konkurses vom 5. Juni 1990 (sog. Istanbul-Übereinkommen)<sup>2341</sup> und das Übereinkommen der Europäischen Gemeinschaften über Insolvenzverfahren vom 23. November 1995.<sup>2342</sup> Beide Übereinkommen sind jedoch im Zuge der Bemühungen der EU zur Schaffung eines sekundärrechtlichen Instruments nicht in Kraft getreten.<sup>2343</sup> 2038

## 2. Bilaterale Staatsverträge

a) Anwendbares Recht

Das Insolvenzrecht ist hauptsächlich staatliches Vollstreckungsrecht und somit vornehmlich prozessrechtlicher Natur. Deshalb gilt auch für das Insolvenzrecht der Grundsatz, wonach sich das anwendbare Verfahrensrecht nach der *lex fori* richtet, also nach dem Recht des Staates, in dem das Verfahren durchgeführt wird: der *lex fori concursus*.<sup>2344</sup> Entsprechend existieren – abgesehen von bilateralen Verträgen und der (nur innerhalb der EU geltenden) EuInsVO, welche die grundsätzliche Relevanz der *lex fori concursus* statuiert – keine Staatsverträge, welche das für internationale Insolvenzverfahren geltende Recht regeln. 2039

b) Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommen

Ein zentrales Thema des internationalen Insolvenzrechts bildet die Frage, welche Auswirkungen die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf die ausländischen Aktiven und Passiven des Schuldners sowie auf ausländische Verfahren hat. Da dabei – wie in kaum einem anderen Rechtsgebiet – internationale Kooperation notwendig ist, kann es nicht erstaunen, dass die ältesten teilweise noch heute gültigen Staatsverträge – welche in der Schweiz noch dem kantonalen Recht entstammen – das internationale Insolvenzrecht betreffen. 2040

Es sind dies die Übereinkunft zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und der Krone Württemberg betreffend die Konkursverhältnisse und Gleichbehandlung der beiderseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen vom 12. Dezember 1825/13. Mai 1826,<sup>2345</sup> die Übereinkunft zwischen schweizerischen Kantonen und dem Kö-

2341 <<http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/136>>.

2342 Vgl. unten N 2181 ff.

2343 Vgl. zum EG-Übereinkommen unten N 2182; zum Istanbul-Übereinkommen STOLL, 35.

2344 Der lateinische Begriff ist insofern ungenau, als er nur vom Konkurs spricht, obwohl die *lex fori* «concursum» auch für Sanierungsverfahren gilt. Sie müsste deshalb eigentlich umfassender «*lex fori insolventiae*» genannt werden. Weil der Begriff sich eingebürgert hat, wird er aber im Folgenden trotz seiner Ungenauigkeit auch in diesem Buch verwendet.

2345 Zürich GS 283.1; PATOCCHI/GEISINGER, Nr. 42; vgl. BGE 109 III 86.

nigreich Bayern über die gleichmässige Behandlung der gegenseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen vom 11. Mai./27. Juni 1837<sup>2346</sup> und die Übereinkunft zwischen schweizerischen Kantonen und dem Königreich Sachsen über die gleichmässige Behandlung der gegenseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen vom 4./17. Februar 1837.<sup>2347</sup> Ausser Kraft ist demgegenüber die für die Schweiz wichtigste Vereinbarung jener Zeit, der schweizerisch-französische Staatsvertrag von 1869, der das Konkursrecht in den Art. 6–9 regelte.<sup>2348</sup>

### III. UNCITRAL Modellgesetz und Legislative Guide

- 2042 Das UNCITRAL Modellgesetz betreffend grenzüberschreitende Insolvenzen von 1997<sup>2349</sup> wurde aufgrund der stetig zunehmenden Bedeutung des internationalen Insolvenzrechts geschaffen. Dieses Modellgesetz will die Zusammenarbeit von Insolvenzverwaltern über die Grenze vereinfachen sowie die Koordination mehrerer paralleler Insolvenzverfahren und die Anerkennung von Insolvenzverfahren und -entscheidungen in anderen Staaten erleichtern.
- 2043 Es soll als Mustervorlage für Staaten dienen, welche eigene gesetzliche Regelungen erlassen oder revidieren wollen. Entsprechend haben bereits einige Staaten das UNCITRAL Modellgesetz mit mehr oder weniger grossen Änderungen umgesetzt.<sup>2350</sup> Neben dem Modellgesetz hat die UNCITRAL mit ihrem *Legislative Guide on Insolvency Law*<sup>2351</sup> von 2004 weitere Empfehlungen für die Gesetzgebung von Nationalstaaten geschaffen, die hauptsächlich das innerstaatliche Insolvenzrecht betreffen. Der 2010 angenommene dritte Teil des Leitfadens (*Legislative Guide on Insolvency, Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency*) befasst sich mit den Besonderheiten der Gruppeninsolvenz.<sup>2352</sup>
- 2044 Ausserdem ist auf den 2013 revidierten *Guide to Enactment and Interpretation* hinzuweisen, der nicht nur Hinweise für die gesetzgeberische Umsetzung enthält, sondern die Rechtspraxis bei der Auslegung der dem Modellgesetz zugrunde liegenden Begrifflichkeiten unterstützen soll. Die revidierte Fassung berücksichtigt insbesondere auch die EuInsVO und die dazu in den vergangenen Jahren ergangene Rechtsprechung.<sup>2353</sup>

2346 Zürich GS 283.2; PATOCCHI/GEISINGER, Nr. 40; vgl. BezGer Zürich, ZR 96 (1997) Nr. 104 sowie BLSchK 1999, 25.

2347 PATOCCHI/GEISINGER, Nr. 41; vgl. OGer Schaffhausen, ABSH 2001, 78 ff.

2348 SR 0.276.193.491; ausser Kraft gesetzt auf den 1.1.1992 (AS 1992, 200) im Zuge des Inkrafttretens des LugÜ.

2349 Model Law on Cross-Border Insolvency of the United Nations Commission on International Trade Law, A/RES/52/158, 52nd Sess. [1998].

2350 Vgl. dazu die Liste auf der Homepage der UNCITRAL <[www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency/1997Model\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html)>.

2351 UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law* (adopted on 25 June 2004), New York 2005.

2352 <[www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf)>.

2353 <[www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency/1997Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html)>.

## IV. Autonomes Recht

### 1. Ausländisches IPR

Die EuInsVO koordiniert das internationale Insolvenzrecht nur unter den EU-Mitgliedstaaten. Im Verhältnis zu Drittstaaten gilt in der EU weiterhin das Recht des Eröffnungsstaates, d.h. das nationale Recht des jeweiligen Mitgliedstaates.<sup>2354</sup> So hat bspw. Deutschland von seiner Kompetenz zur Regelung des Verhältnisses zu Drittstaaten bei Gelegenheit des Erlasses der Durchführungsbestimmungen für die EuInsVO 2002 im Rahmen des 11. Teils der Insolvenzordnung (InsO) Gebrauch gemacht und insoweit ein gegenüber der EuInsVO weniger kooperationsfreundliches autonomes internationales Insolvenzrecht für Sachverhalte eingeführt, die das Verhältnis zu EU-Drittstaaten (z.B. zur Schweiz) betreffen.<sup>2355</sup> 2045

### 2. Schweizerisches IPRG

Das 11. Kapitel des IPRG (Art. 166–175 IPRG) trägt die Überschrift «Konkurs und Nachlassvertrag». Aufgrund dessen könnte man annehmen, es regle das gesamte schweizerische internationale Insolvenzrecht. Dem ist jedoch nicht so. Das 11. Kapitel des IPRG regelt einzig die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge, d.h. das inländische Hilfsinsolvenzverfahren<sup>2356</sup> mit Bezug auf ein ausländisches, im Inland anerkanntes Hauptverfahren. Geregelt ist somit bestenfalls die Hälfte des internationalen Insolvenzrechts. 2046

Das schweizerische internationale Insolvenzrecht ist derzeit im Wandel begriffen. Zählte es zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des IPRG zu den fortschrittlichsten Regelungen weltweit, gilt es heute, Anschluss an die in der Zwischenzeit entstanden internationalen Standards zu finden. Bereits 2004 hat die Schweiz ihr Bankeninsolvenzrecht umgestaltet.<sup>2357</sup> Mit der vorgesehenen Revision des 11. Kapitel des IPRG sollen Schwachstellen des geltenden Rechts beseitigt, komplizierte Abgrenzungen vereinfacht und die Möglichkeiten der Koordination mit ausländischen Verfahren verbessert werden (vgl. dazu unten N 2174 ff.).<sup>2358</sup> 2047

### 3. Schweizerisches SchKG

Die schweizerische internationale Zuständigkeit zur Eröffnung eines inländischen Haupt-Insolvenzverfahrens ist im SchKG<sup>2359</sup> geregelt.<sup>2360</sup> Danach gehört in einem 2048

<sup>2354</sup> Dausen-KREUZER/WAGNER, N 198.

<sup>2355</sup> Art. 335 ff. InsO; WEHDEKING, DZWIR 2003, 133 ff.; für das österreichische Recht vgl. GEROLDINGER, 17.

<sup>2356</sup> Bezüglich der terminologischen Bezeichnung werden auch die Begriffe Minikonkurs, Partikularkonkurs, Anschlusskonkurs, Parallelkonkurs und Sekundärkonkurs verwendet.

<sup>2357</sup> Art. 37f und 37g des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG), SR 952.0; Art. 10 der Bankeninsolvenzverordnung FINMA (BIV-FINMA), SR 952.05.

<sup>2358</sup> Botschaft IPRG Revision 11. Kapitel, 4125 ff.

<sup>2359</sup> Bundesgesetz vom 11.4.1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), SR 281.1

<sup>2360</sup> Grundsatz der direkten Zuständigkeit am ordentlichen Betreibungsort am (Wohn-)Sitz des Schuldners in der Schweiz, Art. 46 Abs. 1 und 2 SchKG.

Hauptverfahren sämtliches pfändbares Vermögen des Schuldners, «gleichviel wo es sich befindet», zur Konkursmasse (Art. 197 Abs. 1 SchKG). Welche Wirkungen dieses Hauptverfahren im Ausland entfalten soll, bestimmt sich ebenfalls nach dem schweizerischen Recht. Das IPRG enthält hierzu keine Regeln.

- 2049 Für die tatsächliche Auslandswirkung ist sodann jedoch wiederum das Recht am ausländischen Lageort der Aktiven oder Passiven massgebend, allenfalls auch Staatsverträge oder die Bereitschaft zur Kooperation und Anerkennung des schweizerischen Insolvenzverfahrens.
- 2050 Die vorgesehene Revision des 11. Kapitels des IPRG wird auch zu einer Änderung des SchKG führen.<sup>2361</sup>

## § 2 Rechtsquellen

	Recht der Europäischen Union	Recht der Schweiz	Sonstige Regelwerke
Gemeinsame Quellen	–	–	UNCITRAL Modellgesetz mit Legislative Guide und Guide to Enactment and Interpretation
Nicht gemeinsame Quellen	EuInsVO (ausser Dänemark), i.V.m. nationalem Recht	Art. 166–175 IPRG SchKG Bilaterale Übereinkommen mit Württemberg, Sachsen und Bayern	

## § 3 Grundproblematik

### I. Zweck

- 2052 Bei der Schuldeneintreibung gelten für die Gläubiger die Grundsätze «wer zuerst kommt, mahlt zuerst» und «wer zu spät kommt, den bestraft das Leben», so dass er leer ausgeht.<sup>2362</sup> Das Insolvenzrecht bezweckt, durch eine geordnete Gesamtvollstreckung solche für den Juristen willkürlich anmutende Regeln zu verhindern.<sup>2363</sup>
- 2053 Die Gesamtvollstreckung erfolgt im Rahmen eines Insolvenzverfahrens, welches entweder in Form eines auf Liquidation des Schuldnervermögens gerichteten Konkurses (*liquidation judiciaire, fallimento, quiebra, bankruptcy, compulsory winding up*) oder

<sup>2361</sup> Art. 288a Ziff. 4 SchKG; vgl. <[www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/4149.pdf](http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/4149.pdf)>.

<sup>2362</sup> SIEHR, Das IPR der Schweiz, 688.

<sup>2363</sup> Vgl. z.B. § 1 der deutschen Insolvenzordnung (InsO): «Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Dem redlichen Schuldner wird Gelegenheit gegeben, sich von seinen restlichen Verbindlichkeiten zu befreien.»

## II. Regelungsinhalt der EuInsVO

### 1. Überblick

Um das Ziel zu erreichen, die Abwicklung von Insolvenzverfahren mit grenzüberschreitenden Bezügen zu erleichtern und effizienter zu gestalten, regelt die EuInsVO zunächst die internationale Zuständigkeit für die Eröffnung von Haupt-, Sekundär- und Partikularinsolvenzverfahren (Art. 3 und 34 EuInsVO). Abgesichert wird das Regelungsziel durch Normierung der automatischen Anerkennung der Wirkungen eines in einem Mitgliedstaat eröffneten Hauptinsolvenzverfahrens in allen anderen Mitgliedstaaten (Art. 19 EuInsVO) sowie mittels Vorschriften zur Koordination von Haupt- und Sekundärverfahren (Art. 34–52 EuInsVO). 2192

Art. 7 EuInsVO statuiert den kollisionsrechtlichen Grundsatz, dass die *lex fori concursus* auf das Insolvenzverfahren Anwendung findet, sofern keine Ausnahme (Art. 8–18 EuInsVO) zur Anwendung gelangt. Einzelne materiellrechtliche Bestimmungen (Art. 21–31 sowie Art. 53–55 EuInsVO) gehören ebenfalls zur Verordnung. Die EuInsVO schafft somit kein einheitliches europäisches Insolvenzverfahren, sondern koordiniert lediglich die existierenden nationalen Insolvenzordnungen und -verfahren bei grenzüberschreitenden Sachverhalten. 2193

Unternehmen des Finanzdienstleistungsbereichs fallen nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung, da für sie besondere Vorschriften gelten und die nationalen Aufsichtsbehörden über weitergehende Eingriffsbefugnisse verfügen.<sup>2518</sup> 2194

### 2. Hauptinsolvenzverfahren

#### a) Eröffnungszuständigkeit

Für die Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahren über ein Schuldnervermögen, das sich über zwei oder mehrere Mitgliedstaaten der EU verteilt, ist gem. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO das Gericht des Mitgliedstaates zuständig, «in dessen Gebiet der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen hat». Die Regelung ist von erheblicher Tragweite, da durch die Entscheidung darüber, in welchem Mitgliedstaat das jeweilige Verfahren zu eröffnen ist, im Grundsatz zugleich über das anwendbare Insolvenzrecht entschieden wird.<sup>2519</sup> Die Festlegung der internationalen Zuständigkeit und die verfahrens- sowie materiellrechtlichen Wirkungen des Insolvenzverfahrens hängen also unmittelbar zusammen. Dem liegt der Gedanke der Einheitlichkeit des Verfahrens in der Union zugrunde. 2195

Bei juristischen Personen wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass der Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen der Ort ihres satzungsmässigen Sitzes 2196

<sup>2518</sup> Art. 1 Abs. 2 EuInsVO; vgl. insoweit Richtlinie 2001/24/EG vom 4.4.2001 über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten, ABl. Nr. L 125 vom 5.5.2001, 15; Art. 267 ff. der Richtlinie 2009/138/EG betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), ABl. Nr. L 335 vom 17.12.2009, 1.

<sup>2519</sup> Art. 7, 35 EuInsVO; vgl. auch TRÜTEN, Entwicklung, 418.

ist.<sup>2520</sup> Dabei sind nach der «Interedil»-Rechtsprechung des EuGH alle Orte in Betracht zu ziehen, an denen die Schuldnergesellschaft eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt und Vermögenswerte besitzt, sofern diese Orte für Dritte erkennbar sind. Diese Faktoren sind in einer Gesamtbetrachtung und unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.<sup>2521</sup>

- 2197 Die revidierte Verordnung kodifiziert diese Rechtsprechung und präzisiert, unter welchen Umständen die Vermutung, dass der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen einer juristischen Person der Ort ihres statutarischen Sitzes ist, widerlegt werden kann. Dies ist der Fall, «wenn die Gesamtbetrachtung aller relevanter Faktoren die von Dritten überprüfbare Feststellung zulässt, dass sich der tatsächliche Mittelpunkt der Verwaltung und der Kontrolle der Gesellschaft sowie die Verwaltung ihrer Interessen in einem anderen Mitgliedsstaat [als dem ihres statutarischen Sitzes] befinden».<sup>2522</sup>
- 2198 Dies kann insbesondere bei Gesellschaften der Fall sein, welche an ihrem Sitz keiner Geschäftstätigkeit nachgehen – d.h. bei Domizil- oder Briefkastengesellschaften.<sup>2523</sup> Umstände, welche gegen den Interessenmittelpunkt am statutarischen Sitz sprechen, sind auch eine fehlende dortige firmeneigene Adresse sowie fehlende Telefon- und Faxanschlüsse<sup>2524</sup> und die Tatsache, dass alle die Geschäftsführung bildenden natürlichen Personen ihren Wohnsitz in einem anderen Staat haben<sup>2525</sup> oder keine dortige Geschäftstätigkeit der Gesellschaft zu verzeichnen ist. Ferner kann es darauf ankommen, ob am statutarischen Sitz ein funktionsfähiger Apparat (Personal sowie Büro) – soweit für die Geschäfte der Gesellschaft in ihrem behaupteten Umfang notwendig – vorhanden ist oder nicht. Grund zur Skepsis besteht auch, wenn am statutarischen Sitz keine Sitzungen der Geschäftsleitung abgehalten werden – auch wenn dafür steuerliche Gründe existieren.<sup>2526</sup>
- 2199 Die Anknüpfung am Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen entspricht der sog. Sitztheorie, welche im internationalen Gesellschaftsrecht – im Rahmen der EuGH-Rechtsprechung «Centros»<sup>2527</sup> und «Inspire Art»<sup>2528</sup> – zugunsten der Gründungstheorie aufgegeben wurde. Die Anknüpfung steht im Widerspruch zu Art. 166 IPRG, welcher für die Anerkennung eines ausländischen Konkurses die Konkurseröffnung am statutarischen Sitz voraussetzt.

2520 Art. 3 Abs. 1 Satz 2 EuInsVO; MüKo-KINDLER, Bd. 11, Art 3 EuInsVO N 24. Bei einer natürlichen Person, die eine selbständige gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit ausübt, wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass der Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen ihre Hauptniederlassung ist.

2521 EuGH, Urteil vom 20.10.2011, Rs. C-396/09, ECLI:EU:C:2011:671, Interedil Srl; vgl. auch NZI 2011, 990 mit Anm. MANKOWSKI, EuZW 201, 912; Urteil vom 11.2.2012, Rs. C-191/10, ECLI:EU:C:2011:838, Société Rastelli Davide; vgl. auch NZI 2012, 148 mit Anm. MANKOWSKI.

2522 Erwägungsgrund 30 EuInsVO; EuGH, Urteil vom 14.6.2012, Rs. C-396/09, ECLI:EU:T:2012:301, Vereniging Milieudefensie/Europäische Kommission, N 52.

2523 EuGH, Urteil vom 2.5.2006, Rs. C-341/04, ECLI:EU:C:2006:28, Eurofood IFSC Ltd.

2524 Vgl. OLG Düsseldorf, IPRax 1996, 128.

2525 Vgl. OLG Köln, 1999, 377.

2526 Vgl. OLG Frankfurt, RIW 1999, 783.

2527 EuGH, Urteil vom 9.3.1999, Rs. C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, Centros.

2528 EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512, Inspire Art.



b) *Grenzüberschreitende Wirkung*

Entscheidungen über die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in einem Mitgliedstaat sind in allen übrigen Mitgliedstaaten automatisch anzuerkennen (Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 EuInsVO). Wird ein Hauptinsolvenzverfahren eröffnet, so hat die Eröffnung diejenigen Wirkungen, die das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung dieser beilegt (vgl. Art. 7 EuInsVO). Das Vermögen wird also unabhängig von dessen Belegenheitsort nach dem jeweils anwendbaren nationalen Insolvenzrecht des Eröffnungsstaates (*lex fori concursus*) erfasst.<sup>2529</sup> Insofern kommt dem Hauptverfahren grundsätzlich universelle Geltung zu (Prinzip der Universalität).

Eine Grenze bilden nur der Ordre public-Vorbehalt des Art. 33 EuInsVO sowie der allgemeine Einwand des Rechtsmissbrauchs bzw. der Gesetzesumgehung.<sup>2530</sup>

**Art. 33 EuInsVO**

*Öffentliche Ordnung*

Jeder Mitgliedstaat kann sich weigern, ein in einem anderen Mitgliedstaat eröffnetes Insolvenzverfahren anzuerkennen oder eine in einem solchen Verfahren ergangene Entscheidung zu vollstrecken, soweit diese Anerkennung oder Vollstreckung zu einem Ergebnis führt, das offensichtlich mit seiner öffentlichen Ordnung, insbesondere mit den Grundprinzipien oder den verfassungsmässig garantierten Rechten und Freiheiten des Einzelnen, unvereinbar ist.

Die Bestimmung der EuInsVO von 2002, wonach die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, eine Entscheidung anzuerkennen und zu vollstrecken, die eine Einschränkung der persönlichen Freiheit oder des Postgeheimnisses zur Folge hätte, ist in der revidierten Verordnung nicht mehr enthalten.<sup>2531</sup>

Die EuInsVO von 2002 enthielt keine Regelung darüber, welche Gerichte bzw. sonstigen Stellen für den Erlass der nach Art. 32 Abs. 1 EuInsVO anzuerkennenden Nebenentscheidungen international zuständig sind. Insoweit lag in Bezug auf diese praktisch bedeutsame Frage eine Regelungslücke vor. Die revidierte Verordnung löst das Problem, indem das Gericht, das die Insolvenz eröffnet hat, auch für Klagen zuständig ist, die sich direkt aus dem Insolvenzverfahren ableiten oder in engem Zusammenhang damit stehen wie beispielsweise Insolvenzanfechtungsklagen. Steht eine solche Klage im Zusammenhang mit einer anderen zivil- oder handelsrechtlichen Klage gegen denselben Beklagten, hat der Insolvenzverwalter die Möglichkeit, beide Klagen vor das Gericht am Wohnsitz des Beklagten zu bringen, wenn dieses Gericht nach der Brüssel Ia-VO zuständig ist.<sup>2532</sup> Danach kann ein Verwalter etwa eine insolvenzrechtliche Haftungsklage gegen einen Geschäftsführer und eine auf Delikts- oder Gesellschaftsrecht (Existenzvernichtungshaftung, Rückerstattung verbotener Ausschüttungen) gestützte Klage gegen dieselbe Person vor demselben Gericht erheben.<sup>2533</sup>

2529 Vgl. zum anwendbaren Recht unten N 186 ff.

2530 TRÜTEN, Entwicklung, 425.

2531 TRÜTEN, Entwicklung, 425.

2532 Art. 6 Abs. 2 EuInsVO.

2533 KOM (2012) 744 endg., 7; KINDLER/SAKKA, EuZW 2015, 463.

### 3. Partikular- und Sekundärinsolvenzverfahren

#### a) Zweck der Verfahren

- 2204 Mit der EuInsVO wurde keine einheitliche Regelung im Hinblick auf Sicherungs- und Vorrechte in der Insolvenz geschaffen. Eine uneingeschränkte Realisierung des Universalitätsprinzips war daher nicht möglich. Das Universalitätsprinzip und die damit verbundene grundsätzliche Geltung der *lex fori concursus* werden insofern eingeschränkt. Die EuInsVO folgt somit dem Prinzip einer «kontrollierten» Universalität.
- 2205 Einen Aspekt dieses Ansatzes bildet die Zulassung von Territorialverfahren, welche ausschliesslich das Vermögen am Belegenheitsort erfassen und für die das jeweilige nationale Insolvenzrecht des Verfahrensstaates (*lex fori concursus subsidiaris*) anwendbar ist. Die Territorialverfahren beschränken entweder die grenzüberschreitenden Wirkungen des Hauptinsolvenzverfahrens oder greifen dort ein, wo ein Hauptinsolvenzverfahren nicht eröffnet werden kann. Dabei wird unterschieden zwischen Partikularinsolvenzverfahren (Art. 3 Abs. 2 und 4 EuInsVO) und Sekundärinsolvenzverfahren (Art. 3 Abs. 2 und 3 i.V.m. Art. 34 ff. EuInsVO).

#### b) Partikularinsolvenzverfahren

- 2206 Solange kein Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wurde, besteht die Möglichkeit, am Ort einer Niederlassung ein Partikularverfahren gem. Art. 3 Abs. 2 EuInsVO zu eröffnen. Dies ist jedoch nur unter engen Voraussetzungen möglich. Die Eröffnung eines Partikularverfahrens ist nur zulässig, wenn der Schuldner in einem anderen Staat als in demjenigen, in dem das Partikularverfahren eröffnet werden soll, den Mittelpunkt seiner Interessen hat. Denn ansonsten müsste ein Hauptinsolvenzverfahren eröffnet werden.
- 2207 Des Weiteren muss der Schuldner im Eröffnungsstaat eine Niederlassung haben. Dabei ist jeder Tätigkeitsort massgebend, «an dem der Schuldner einer wirtschaftlichen Aktivität von nicht vorübergehender Art nachgeht oder in den drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens nachgegangen ist, die den Einsatz von Personal und Vermögenswerten voraussetzt».<sup>2534</sup> Die alleinige Belegenheit von Vermögenswerten ist nicht ausreichend.<sup>2535</sup>
- 2208 Darüber hinaus muss die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens am Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen aufgrund der dort geltenden Rechtslage (z.B. mangels Insolvenzfähigkeit, welche insbesondere in Staaten des romanischen Rechtskreises nur Kaufleuten vorbehalten ist) objektiv nicht möglich sein.<sup>2536</sup> Hierfür reicht es jedoch nicht aus, dass lediglich eine bestimmte Person keine Antragsbefugnis besitzt.<sup>2537</sup>

2534 Art. 2 Ziff. 10 EuInsVO.

2535 MüKo-KINDLER, Bd. 11, Art. 3 EuInsVO N 58, 60.

2536 MüKo-KINDLER, Bd. 11, Art. 3 EuInsVO N 71.

2537 MANSEL/THORN/WAGNER, IPRax 2012, 25 f.

Zudem wird vorausgesetzt, dass die Eröffnung des Partikularverfahrens von einem Gläubiger beantragt wird, der seinen Sitz in dem Mitgliedsstaat hat, in dem sich die betreffende Niederlassung befindet oder dessen Forderung auf einer sich aus dem Betrieb dieser Niederlassung ergebenden Verbindlichkeit beruht (Art. 3 Abs. 2 und 4 EuInsVO). 2209

Das Partikularverfahren hat keine grenzüberschreitenden Wirkungen. Es erfasst ausschliesslich Vermögenswerte, welche im entsprechenden Verfahrensstaat belegen sind (Art. 3 Abs. 2 EuInsVO). Dies bedeutet auch, dass sich die Wirkungen nicht nur auf die Niederlassung selbst erstrecken, sondern auf das gesamte in dem Staat vorhandene Schuldnervermögen.<sup>2538</sup> 2210

Nach der Eröffnung eines Partikularverfahrens sind ausserdem Art. 50 und 51 EuInsVO zu beachten. Sie gestatten es dem Verwalter eines nachträglich eröffneten Hauptverfahrens, einzelne Modifikationen des vormaligen Partikularverfahrens anzuordnen. Dem hat der Verwalter des nunmehrigen Sekundärverfahrens Folge zu leisten. 2211

Von seinem Grundkonzept her entspricht der Partikularkonkurs nach der EuInsVO somit dem schweizerischen Niederlassungskonkurs. Letzterer ist im Gegensatz zum Partikularkonkurs jedoch unabhängig davon möglich, ob die Eröffnung eines Hauptverfahrens in einem anderen Staat möglich ist oder nicht (vgl. Art. 3 Abs. 4 lit. a EuInsVO). Zudem ist die Eröffnung eines Niederlassungskonkurses auch noch nach der Eröffnung eines ausländischen Hauptverfahrens möglich, was im Anwendungsbereich der EuInsVO nicht der Fall ist (Art. 3 Abs. 3 EuInsVO). 2212

### *c) Sekundärinsolvenzverfahren*

Das in Art. 3 Abs. 3 EuInsVO erwähnte Sekundärverfahren hat in Art. 34 ff. EuInsVO eine ausführliche Regelung erfahren. Vom Partikularverfahren (vgl. oben N 2206 ff.) unterscheidet es sich dadurch, dass es erst nach der Eröffnung eines Hauptverfahrens initiiert werden kann (vgl. Art. 3 Abs. 2 und 3 i.V.m. Art. 34 EuInsVO). Gemeinsam ist beiden Verfahren, dass sie eine Niederlassung des Schuldners in einem Mitgliedsstaat ausserhalb des «COMI-Mitgliedstaats» voraussetzen (Art. 3 Abs. 2 EuInsVO). Der Antrag auf Eröffnung des Sekundärverfahrens kann gem. Art. 37 Abs. 1 EuInsVO sowohl vom Verwalter des Hauptverfahrens als auch von jedem gem. dem autonomen internationalen Insolvenzrecht des Sekundärverfahrensstaates dazu Berechtigten gestellt werden. 2213

Dem Sekundärverfahren kommen drei wichtige Funktionen zu: Zunächst dient es den Sicherungsinteressen der Gläubiger, welche nur im nationalen Bereich des Sekundärverfahrens Geschäftsverbindungen mit dem Gemeinschuldner unterhielten. Da auf das Sekundärverfahren das Recht des Staates anwendbar ist, in welchem dieses Verfahren durchgeführt wird (vgl. Art. 35 EuInsVO), brauchen sie sich nicht mit einem ausländischen und nach ausländischem Recht geführten Verfahren vertraut zu 2214

<sup>2538</sup> MüKo-KINDLER, Bd. 11, Art. 3 EuInsVO N 61.

machen. Folge der Eröffnung des Sekundärverfahrens ist aber auch, dass der Vermögensbeschlagnahme die Gegenstände erfassen kann, welche aus kollisionsrechtlichen Gründen von der Hauptinsolvenz nicht berührt werden. Gemeint sind damit insbesondere die in Art. 8 EuInsVO benannten dinglichen Rechte an Gegenständen, die im Ausland belegen sind. Schliesslich hat ein Sekundärverfahren eine Hilfsfunktion. Dieses Verfahren soll dem Hauptinsolvenzverwalter ermöglichen, unübersichtliche Insolvenzverfahren aufzuspalten und die Hilfe eines vor Ort tätigen, dort rechts- und sprachkundigen Sekundärverwalters zu erlangen.<sup>2539</sup>

- 2215 Sekundärinsolvenzverfahren werden von ihrem Verwalter grundsätzlich ausschliesslich nach den Regeln der *lex fori concursus subsidiaris* durchgeführt (Art. 35 EuInsVO). Aus dem Prinzip der gemilderten bzw. kontrollierten Universalität des Hauptverfahrens ergibt sich jedoch eine Pflicht zur Kooperation. Gang und Ausgang des Sekundärverfahrens sollen den Bedürfnissen des Hauptinsolvenzverfahrens untergeordnet werden, sofern dies mit den Zielen des Sekundärverfahrens zu vereinbaren ist.<sup>2540</sup>
- 2216 Im Rahmen der Revision der EuInsVO hat der europäische Gesetzgeber u.a. auch Änderungen im Hinblick auf die Abstimmung des Sekundärinsolvenzverfahrens mit dem Hauptverfahren vorgenommen. Dabei stand das Bemühen im Vordergrund, Hindernisse, die einer möglichen Sanierung im Wege stehen können, abzubauen. Dementsprechend wurde die Bestimmung in der EuInsVO von 2002, wonach es sich bei dem Verfahren im Sekundärverfahrensstaat immer um ein Liquidationsverfahren handeln musste,<sup>2541</sup> gestrichen.
- 2217 Das Sekundärverfahren der EuInsVO entspricht weitgehend dem Verfahren des schweizerischen Hilfskonkurses. Sowohl Art. 35 EuInsVO als auch Art. 170 IPRG sehen dabei die Bestimmungen der *lex fori concursus subsidiaris* als wesentlich an. Der Unterschied zwischen dem schweizerischen Hilfskonkurs und dem Sekundärverfahren nach EuInsVO liegt jedoch darin, dass Ersterer Voraussetzung dafür ist, dass ein ausländischer Konkurs in der Schweiz überhaupt wahrgenommen werden kann, während im Rahmen der EuInsVO Konkurse automatisch anerkannt werden und das Sekundärverfahren die Universalität eines Hauptkonkurses gerade begrenzt. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass im Anwendungsbereich der EuInsVO ein Sekundärverfahren nur möglich ist, wenn im entsprechenden Staat eine Niederlassung vorhanden ist.

#### 4. Anwendbares Recht

##### a) Grundsatz: *lex fori concursus*

- 2218 Die Wirkungen eines in einem Staat eröffneten Insolvenzverfahrens erstrecken sich auch auf die anderen Mitgliedstaaten der EU. Dazu sind Kollisionsregeln erforderlich. Die wichtigste davon ist Art. 7 EuInsVO. Die verfahrens- und materiellrechtlichen Wirkungen eines Insolvenzverfahrens auf die davon betroffenen Personen und

<sup>2539</sup> MüKo-KINDLER, Bd. 11, Art. 29 EuInsVO N 2.

<sup>2540</sup> Erwägungsgründe 48 ff. EuInsVO; HASS/HUBER/GRUBER/HEIDERHOFF, Art. 3 EuInsVO N 48.

<sup>2541</sup> Art. 3 Abs. 3 Satz 2 und 27 Satz 2 EuInsVO 2002 i.V.m. Anhang B EuInsVO 2002; vgl. auch TRÜTEN, Entwicklung, 421.

Rechtsverhältnisse bestimmen sich grundsätzlich nach der *lex fori concursus*, d.h. nach dem Recht des Staates der Verfahrenseröffnung. Auch in dieser Bestimmung widerspiegelt sich das Universalitätsprinzip.

Die Kollisionsregel des Art. 7 EuInsVO dient nicht zuletzt dem Gleichlauf von internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht («*statutum sequitur forum*»). Dies fördert das der Verordnung zugrunde liegende Ziel der Einheitlichkeit des Insolvenzverfahrens, weil so die schwer durchführbare Unterscheidung zwischen Verfahrensrecht und materiellem Insolvenzrecht vermieden wird.<sup>2542</sup> Allfällige Rückverweisungen des internationalen Privatrechts des Insolvenzstaates sind unbeachtlich.<sup>2543</sup> 2219

Die *lex fori concursus* legt die Voraussetzungen für die Eröffnung, Abwicklung und Beendigung des Insolvenzverfahrens fest. In Form von nicht abschliessenden Beispielen zählt Art. 7 Abs. 2 lit. a–m EuInsVO die durch das nationale Insolvenzrecht geregelten Sachverhalte auf. 2220

### **Art. 7 EuInsVO**

#### *Anwendbares Recht*

(1) Soweit diese Verordnung nichts anderes bestimmt, gilt für das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen das Insolvenzrecht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet das Verfahren eröffnet wird (im Folgenden «Staat der Verfahrenseröffnung»).

(2) Das Recht des Staates der Verfahrenseröffnung regelt, unter welchen Voraussetzungen das Insolvenzverfahren eröffnet wird und wie es durchzuführen und zu beenden ist. Es regelt insbesondere:

- a) bei welcher Art von Schuldnern ein Insolvenzverfahren zulässig ist;
- b) welche Vermögenswerte zur Insolvenzmasse gehören und wie die nach der Verfahrenseröffnung vom Schuldner erworbenen Vermögenswerte zu behandeln sind;
- c) die jeweiligen Befugnisse des Schuldners und des Verwalters;
- d) die Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Aufrechnung;
- e) wie sich das Insolvenzverfahren auf laufende Verträge des Schuldners auswirkt;
- f) wie sich die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf Rechtsverfolgungsmassnahmen einzelner Gläubiger auswirkt; ausgenommen sind die Wirkungen auf anhängige Rechtsstreitigkeiten;
- g) welche Forderungen als Insolvenzforderungen anzumelden sind und wie Forderungen zu behandeln sind, die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstehen;
- h) die Anmeldung, die Prüfung und die Feststellung der Forderungen;
- i) die Verteilung des Erlöses aus der Verwertung des Vermögens, den Rang der Forderungen und die Rechte der Gläubiger, die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgrund eines dinglichen Rechts oder infolge einer Aufrechnung teilweise befriedigt wurden;
- j) die Voraussetzungen und die Wirkungen der Beendigung des Insolvenzverfahrens, insbesondere durch Vergleich;
- k) die Rechte der Gläubiger nach der Beendigung des Insolvenzverfahrens;
- l) wer die Kosten des Insolvenzverfahrens einschliesslich der Auslagen zu tragen hat;
- m) welche Rechtshandlungen nichtig, anfechtbar oder relativ unwirksam sind, weil sie die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligen.

2542 HASS/HUBER/GRUBER/HEIDERHOFF, Art. 4 EuInsVO N 1.

2543 HUBER, EuZW 2002, 492.

b) *Sonderanknüpfungen*

- 2221 Der Grundsatz der Anwendbarkeit der *lex fori concursus* gilt allerdings nicht ohne gewichtige Einschränkungen. Die in Art. 5–18 EuInsVO enthaltenen Sonderanknüpfungen berufen – einseitig – meist das Recht eines anderen Mitgliedstaats. Einige Kollisionsnormen sind aber auch als allseitige Kollisionsnormen mit universaler Reichweite ausgestaltet, so dass auch drittstaatliche Rechte anwendbar sein können. Beispielsweise wird nach Art. 9 EuInsVO die Auf- bzw. Verrechnungsbefugnis von der Eröffnung nicht berührt, wenn die Auf- bzw. Verrechnung nach dem Forderungsstatut zulässig ist.
- 2222 Die Sonderanknüpfungen rechtfertigen sich aus dem Grundgedanken, dass die dort geregelten Sachverhalte so eng mit dem sonstigen materiellen Recht dieses Staates verzahnt sind, dass eine Anwendung des ausländischen Insolvenzrechts wegen fehlender Abstimmung auf das inländische materielle Recht zu Wertungswidersprüchen führen könnte. Dies trifft insbesondere auf sachenrechtliche Zusammenhänge zu. Im Einzelnen gilt Folgendes:
- Bei Eigentumsvorbehalten (Art. 10 EuInsVO), bei Verträgen über einen unbeweglichen Gegenstand (Art. 11 EuInsVO), bei eintragungspflichtigen Rechten (Art. 14 EuInsVO) und bei Dritterwerb von unbeweglichen oder beweglichen Sachen und Wertpapieren, die eine Eintragung in ein öffentliches Register verlangen (Art. 17 EuInsVO), ist das Recht des Belegenheitsortes (*lex rei sitae*) bzw. der Ort des Registers massgeblich. Bei dinglichen Rechten Dritter (Art. 8 EuInsVO) ist zu beachten, dass die EuInsVO keine positive Anknüpfungsregel enthält. Es wird lediglich die *lex fori concursus* ausgeschlossen. Mangels positiver Regelung ist der Anknüpfungspunkt in Bezug auf dingliche Rechte Dritter folglich aus dem jeweiligen internationalen Insolvenzrecht des Insolvenzstaates zu bestimmen. Dort wird regelmässig die *lex rei sitae* zur Anwendung kommen, bei dem es sich dabei um eine international anerkannte Anknüpfungsregel handelt.
  - Bei Rechten und Pflichten aus Zahlungs- und Abwicklungssystemen oder eines Finanzmarktes (Art. 12 EuInsVO) wird ausdrücklich auf das Vertragsstatut (*lex contractus*) verwiesen.
  - Bei Arbeitsverträgen (Art. 13 EuInsVO) ist zu beachten, dass die Verordnung unmittelbar keinen Anknüpfungspunkt festlegt, sondern auf die Kollisionsnormen der Mitgliedstaaten für Arbeitsverträge verweist, d.h. auf Art. 8 Rom I-VO.<sup>2544</sup> Danach ist das Recht des Arbeitsortes massgeblich.
  - Bei im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bereits hängigen Verfahren sieht Art. 18 EuInsVO vor, dass das Recht am Verfahrensort (*lex fori processualis*) die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf dieses Verfahren regelt.
  - Die Voraussetzungen der Wirksamkeit einer Verrechnung bestimmen sich gem. Art. 7 Abs. 2 lit. d EuInsVO nach dem Recht des Eröffnungsstaates. Nach Art. 9 EuInsVO besteht allerdings eine Einschränkung für den Fall, dass das Recht des

2544 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. Nr. L 177 vom 4.7.2008, 6.

Eröffnungsstaates eine Verrechnung nicht oder nur beschränkt zulässt. Nach Art. 9 Abs. 1 EuInsVO gilt diese Einschränkung aber dann nicht, wenn das Recht, das auf die Forderung des insolventen Schuldners anwendbar ist, eine Verrechnung in der Insolvenz erlaubt.

- Grundsätzlich gilt für die Anfechtung von Rechtshandlungen die *lex fori concursus*, vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. m EuInsVO. Art. 16 EuInsVO verdrängt jedoch das Anfechtungsrecht des Verfahrensstaates, wenn der durch die Rechtshandlung begünstigte Gläubiger nachweisen kann, dass auf diese Rechtshandlung das Recht eines anderen Mitgliedstaates anwendbar und sie nach diesem Recht nicht anfechtbar ist.

## 5. Koordination und Publizität

Die EuInsVO von 2002 regelte nur den Informationsaustausch zwischen dem Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens und den Verwaltern der Sekundärinsolvenzverfahren. Eine entsprechende Bestimmung über den Informationsaustausch der beteiligten Insolvenzgerichte fehlte. Da sich die mitgliedstaatlichen Vorschriften insoweit unterscheiden, will die revidierte Verordnung den Insolvenzrichter hierzu ermuntern und ihm die nötigen Freiräume gewähren, welche die Abwicklung komplexer Insolvenzverfahren bisweilen erfordern.<sup>2545</sup> 2223

Die Gerichte können hierzu bei Bedarf eine unabhängige Person oder Stelle bestellen, die auf ihre Weisungen hin tätig wird.<sup>2546</sup> Darüber hinaus verpflichtet die Verordnung die Verwalter sowohl des Haupt- als auch eines Partikular- oder Sekundärinsolvenzverfahrens zur Zusammenarbeit und Kommunikation mit jedem Gericht, das mit einem Antrag auf Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens befasst ist oder das ein solches Verfahren eröffnet hat.<sup>2547</sup> 2224

Ergänzend schreibt die EuInsVO neu die Einrichtung mitgliedstaatlicher Register vor, die europaweit die der Verordnung unterliegenden Verfahren und relevante Gerichtsentscheidungen auflisten.<sup>2548</sup> Damit sollen grundlegende Informationen über das Insolvenzverfahren zugänglich gemacht werden, auf die die Öffentlichkeit im Internet gebührenfrei zugreifen kann. Die Verordnung sieht darüber hinaus eine Vernetzung der nationalen Insolvenzregister vor. Der Zugang soll über das Europäische Justizportal erfolgen.<sup>2549</sup> Ausserdem soll ausländischen Gläubigern, insbesondere kleinen Gläubigern und KMU, die Anmeldung ihrer Forderungen erleichtert werden. Hierzu sollen Standardformulare für die Mitteilung an die Gläubiger und für die Anmeldung der Forderungen eingeführt werden.<sup>2550</sup> 2225

Bislang fehlen entsprechende Koordinationsbestimmungen im 11. Kapitel des IPRG sowie im SchKG, was wohl auch auf mangelndes Vertrauen des schweizerischen Gesetzgebers in die Angemessenheit anderer Insolvenzrechte und die Kompetenz aus- 2226

<sup>2545</sup> Art. 42 EuInsVO; REINHART, NZI 2012, 310.

<sup>2546</sup> Art. 42 Abs. 1 Satz 2 EUInsVO.

<sup>2547</sup> Art. 43 EuInsVO.

<sup>2548</sup> Art. 24 ff. EuInsVO; PAULUS, NZI 2012, 302.

<sup>2549</sup> Art. 25 EuInsVO.

<sup>2550</sup> Art. 55 EuInsVO.

ländischer Verwalter zurückzuführen ist. Gerade im Fall grenzüberschreitender Sanierungsverfahren ist eine solche Zusammenarbeit eine notwendige Voraussetzung für das Gelingen der Sanierungsbestrebungen.

- 2227 Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang das *Cross-Border Insolvency Concordat* der International Bar Association (IBA) aus dem Jahre 1995, das Empfehlungen enthält, welche die Kooperation zwischen verschiedenen Insolvenzverwaltern vereinfachen sollen. In der Schweiz existiert die Kooperation mit dem Ausland bisher nur auf freiwilliger Basis.

**Beispiel:**

Im Fall «AIOC Corporation» ging es um eine in diversen Ländern aktive Metallhandels-gesellschaft, über deren Tochterfirma in den USA ein «Chapter 11-Verfahren» und über deren schweizerischen Tochterfirma in Zug der Konkurs eröffnet wurde. Die beiden In-solvenzverwaltungen schlossen je mit Zustimmung der örtlichen Konkursgerichte ein Protokoll ab, das eine Aufteilung unter möglicher Wahrung der Souveränität der jewei-ligen Gerichte und Rechtsordnungen vorsah.<sup>2551</sup>

- 2228 Mit der Revision des 11. Kapitels des IPRG soll auch diesem Manko Rechnung getra-gen und den beteiligten Stellen die Möglichkeit eingeräumt werden, ihre Handlungen soweit als möglich zu koordinieren und mit ausländischen Konkursverwaltungen so-wie ausländischen Behörden zusammenzuarbeiten.<sup>2552</sup>

## 6. Konzerninsolvenz

- 2229 Zu den im Rahmen der Revision der EuInsVO von 2002 diskutierten Themen zählte auch die Frage, ob die Verordnung um eine Regelung der Konzerninsolvenz zu ergän-zen sei. Das Fehlen entsprechender Bestimmungen in der Verordnung von 2002 er-staunt zunächst, stellen doch Zusammenbrüche internationaler Konzerne geradezu den Prototyp grenzüberschreitender Insolvenzen dar.<sup>2553</sup> Die Gründe für die entspre-chende Zurückhaltung des europäischen Gesetzgebers erschliessen sich einerseits aus dem Konzept der EuInsVO von 2002, welches sich darauf beschränkte, die grenzüber-schreitenden Wirkungen nationaler Insolvenzverfahren zu koordinieren, und ande-rerseits aus der Rechtslage in verschiedenen Mitgliedstaaten, die den Konzern in der Insolvenz teilweise ignorieren.
- 2230 Angesichts der bestehenden Systematik der EuInsVO und des Fehlens jeglicher Sach-normen erschien es auch 2014 noch verfrüht, ein einheitliches materielles Konzern-insolvenzrecht schaffen zu wollen. Dementsprechend legt die revidierte EuInsVO in ihrem neuen Kapitel V den Schwerpunkt auf eine abgestimmte Abwicklung der ein-zelnen Insolvenzverfahren.<sup>2554</sup> Das hierzu vorgesehene Gruppen-Koordinationsver-fahren gelangt zur Anwendung, wenn Insolvenzverfahren über das Vermögen ver-

2551 Vgl. <[www.iiiglobal.org/sites/default/files/2-\\_Landolt\\_0.pdf](http://www.iiiglobal.org/sites/default/files/2-_Landolt_0.pdf)>.

2552 Vgl. zur Reform des 11. Kapitels des IPRG oben N 2174 ff.

2553 Vgl. etwa die umfangreichen und öffentlichkeitswirksamen Verfahren in den Fällen «Parmalat» (Tribunale di Parma, ZIP 2004, 1220), «Hettlage» (AG München, IPRax 2004, 433), «Zenith» (AG Siegen, NZI 2004, 673) oder Rover (High Court of Justice, Chancery Division Birmingham, ZIP 2005, 1610).

2554 Art. 56–77 EuInsVO.



schiedener Mitglieder derselben Unternehmensgruppe in mehr als einem Mitgliedstaat eröffnet worden sind.<sup>2555</sup> Das Gruppenverfahren kann von jedem Insolvenzverwalter einer Konzerngesellschaft bei jedem Gericht, das für das Insolvenzverfahren eines Mitglieds der Gruppe zuständig ist, beantragt werden. Wird die Eröffnung bei Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten beantragt, erklären sich die später angerufenen Gerichte zugunsten des zuerst angerufenen Gerichts für unzuständig.<sup>2556</sup>

Bei der Durchführung des Verfahrens steht die Person des Koordinators im Mittelpunkt: So haben die einzelnen Verwalter dessen Empfehlungen sowie den Inhalt des von ihm zu erstellenden Gruppen-Koordinationsplans zu berücksichtigen. Dieser Plan umfasst im Wesentlichen ein Massnahmenpaket zur Sanierung der jeweiligen gruppenangehörigen Unternehmen.<sup>2557</sup> 2231

## § 6 Fazit

Die EuInsVO regelt grundsätzlich nur innerunionale Insolvenzen und ist im Verhältnis zu EU-Drittstaaten nicht anwendbar. Dennoch hat sie auch Auswirkungen auf die Schweiz, denn sie ist auf Verfahren anwendbar, bei denen der Mittelpunkt der hauptsächlichlichen Interessen des Schuldners in der EU liegt und ein Bezug zu weiteren EU-Staaten gegeben ist, was im Verhältnis Schweiz-EU-Mitgliedstaaten häufig vorkommt. Auch wenn Vermögenswerte in der Schweiz liegen oder Gläubiger in der Schweiz ihren Sitz oder Wohnsitz haben, sind sie von einem ausländischen Konkurs betroffen. 2232

Die Tatsache, dass innerhalb der EU ein Konkursverfahren am Interessenmittelpunkt des Schuldners eröffnet werden muss, ist auch für schweizerische Gläubiger zu berücksichtigen, welche ein entsprechendes Verfahren in Gang setzen oder in einem solchen Verfahren Rechte geltend machen wollen. 2233

### Beispiel:

Ein Schweizer hat mit einer in Frankreich ansässigen, aber europaweit tätigen Unternehmung verschiedene Geschäfte abgeschlossen. Aufgrund der Tatsache, dass sich der Mittelpunkt der wirtschaftlichen Interessen dieser Unternehmung in Polen befindet, wurde dort das Hauptinsolvenzverfahren über diese Unternehmung eröffnet. Aufgrund von Art. 19 Abs. 1 EuInsVO wird diese Eröffnungszuständigkeit in allen EU-Mitgliedstaaten – und somit auch in Frankreich – anerkannt. Der in der Schweiz wohnhafte Gläubiger kann somit in seiner Erwartung, dass aufgrund des französischen Insolvenzrechts ein allfälliges Insolvenzverfahren in Frankreich stattfinden müsste, getäuscht werden, und muss schauen, dass er im polnischen Verfahren zu seinem Geld kommt.

Wenn am europäischen Interessenmittelpunkt – der nicht dem statutarischen Sitz entspricht – ein Verfahren eröffnet worden ist, wird dieses in den anderen europäischen Staaten automatisch anerkannt (Art. 19 Abs. 1 EuInsVO). Demgegenüber anerkennt die Schweiz bislang grundsätzlich nur ausländische Konkurse, welche am statutori- 2234

2555 Erwägungsgrund 62 EuInsVO.

2556 Art. 62 EuInsVO.

2557 Art. 70 EuInsVO.

schen Sitz ergangen sind.<sup>2558</sup> Somit besteht zwischen dem schweizerischen IPRG und der EuInsVO (bis zum Inkrafttreten der Revision) ein Wertungskonflikt, welcher das Risiko der gegenseitigen Anerkennungsverweigerung erhöht, was weder im Sinne der Schweiz noch im Sinne der EU oder der am Konkursverfahren beteiligten Parteien sein kann.

- 2235 In der Praxis führt dies zu «hinkenden» Rechtsverhältnissen: Der Schuldner ist im einen Land konkursbefangen, während er im anderen verfügungsberechtigt bleibt. Die in- und/oder ausländischen Gläubiger haben insoweit das Nachsehen. Da die Einzelzwangsvollstreckung mangels Konkursanerkennung weiterhin möglich bleibt, können einzelne Gläubiger zum Nachteil aller anderen auf das Schuldnervermögen zugreifen. Eine gleichwertige und angemessene Berücksichtigung aller, auch der im Inland wohnhaften Gläubiger, kann so nicht sichergestellt werden.
- 2236 Akzentuiert wird diese Problematik in all denjenigen Fällen, in denen ein Unternehmen seinen statutarischen Sitz in der Schweiz hat, aber ein Mitgliedstaat der EU ein Konkursverfahren über dieses Unternehmen eröffnet, weil sich dessen COMI im fraglichen Mitgliedstaat befindet.

**Beispiel:**

Eine europaweit tätige Unternehmung, welche ihre hauptsächlichen Interessen in Deutschland hat, wählt ihren statutarischen Sitz aus steuerlichen Gründen im Kanton Obwalden. Aus schweizerischer Sicht sind die Behörden des Kantons Obwalden für die Konkurseröffnung zuständig. Aufgrund der Bestimmung in Art. 3 Abs. 1 EuInsVO eröffnen nun jedoch die deutschen Behörden den Konkurs über die betreffende Unternehmung. Aufgrund von Art. 19 Abs. 1 EuInsVO wird dieser Konkurs in allen EU Mitgliedstaaten anerkannt.

- 2237 Auch in Zukunft wird die Schweiz mit Konkursdekreten, Nachlassverträgen und Kollisionsplänen aus EU-Mitgliedstaaten konfrontiert sein. Viele dieser Konkursdekrete werden basierend auf den in der EuInsVO festgelegten Eröffnungszuständigkeiten sowie in Anwendung des in der EuInsVO bezeichneten nationalen Rechts erlassen worden sein. Durch das im betreffenden europäischen Staat bereits angelaufene Verfahren werden Kompetenzen in Anspruch genommen, Fakten geschaffen, Vermögenswerte beschlagnahmt und vorsorgliche Massnahmen durchgesetzt, die im schweizerischen Hilfskonkurs hingenommen werden müssen. Vielfach wird – je nachdem, wo die Vermögenswerte liegen – die schweizerische Konkursverwaltung im inländischen Hilfskonkurs auf die Kooperation mit der ausländischen Konkursverwaltung angewiesen sein. Die Modalitäten dieser Kooperation werden sich aus praktischen Gründen oftmals an der EuInsVO orientieren, weil der überwiegende Teil der Arbeit ohnehin im europäischen Mitgliedstaat zu tun ist.
- 2238 Durch die Revision des 11. Kapitels des IPRG wird zumindest ein wichtiger Teil der Diskrepanzen zwischen beiden Rechtsordnungen im Bereich des internationalen Insolvenzrechts aufgehoben werden.

---

<sup>2558</sup> Vgl. oben N 2081 ff. und 2107 ff.

# Sachregister

## A

actio pauliana 2148 ff.  
action directe 1008  
Adelstitel 142  
Adhäsionsklagen 1413 f.  
Adoptionsrecht 452 f., 477  
Aktive Streitgenossenschaft 1576  
ALI-Principles 730, 765  
Allianznamen 142  
Anerkennungsprotokoll zum EPÜ 732, 834  
Anerkennungszuständigkeit 585 ff.  
Anfechtungsklage 2148 ff.  
Anknüpfung 443 f.  
– alternative 443  
Anleihen 1945 ff.  
Annexzuständigkeit 310 f.  
Anti-suit injunction 833  
Apostilleerfordernis 531  
Arbeitsvertrag 1068 ff., 1152 ff.  
Aufrechnung 1554 ff.  
Ausländische Gesellschaften 1952 ff.  
Auslegungskontinuität 1526  
AuslUnthÜ 471  
Ausnahmeklausel 578  
Ausservertragliche Schuldverhältnisse 1564 ff.  
Ausweichregelung 268 ff.  
Authentizität 534 ff.

## B

Bearbeiten von Personendaten 1504  
Bedingte IPR-Verweisung 1181  
Beförderungsverträge 935 ff., 1155 f.  
Bekanntmachung eines Konkurses 2140  
Belegenheitszuständigkeit 163 ff., 312 ff., 550 ff.  
– subsidiäre 312 f.  
Bestandesklagen 770 ff.

Beteiligungspapiere 1945 ff.  
Beweismass 1445 f.  
BGH AÜ 454, 460  
BG-KKE 475 f.  
Bilaterale Abkommen mit Württemberg, Sachsen und Bayern 2051  
Binnenmarktklausel 1380  
Brautgabe 234 ff., 298 ff.  
Brüssel Ia-VO 598 ff., 732 f., 895 ff., 1236 ff., 1352 ff., 1524 ff., 1767 ff., 1865 ff.  
Brüssel IIa-VO 202 f.

## C

CIEC-Übereinkommen 148, 210  
CISG 895 ff., 1114 ff., 1699  
CLIP Principles 730, 767  
Concubinage 407, 430 f.  
culpa in contrahendo 912, 1567 ff., 1716 ff.

## D

Datenschutzgesetz 1409 f.  
debitor cessus 1299  
Deckungsverhältnis 1294 ff.  
Deliktische Schuldverhältnisse 1358 ff.  
Differenzierungstheorie 1855  
Dingliche Rechte 617 ff., 659 ff.  
– an beweglichen Sachen 637 ff.  
– an Immobilien 617 ff., 659 ff.  
– beschränkte 661  
Dispositionsfreiheit 478  
Distanzdelikt 1401 f.  
Domizilanknüpfung 506 ff.  
Doppelrelevante Tatsachen 833  
Doppelstaater 133  
Double renvoi 577 f.  
Drittes Geschlecht 104  
Durchgangsstaat 679

## E

- Ehe gleichgeschlechtlicher Partner 409 ff.
- Ehe 206
  - common law-Ehe 430 f.
  - Handschuhehe 232
  - Mehrehe 222 f., 228 f., 247 f.
  - Scheinehe 224
  - Stellvertreterehe 231
  - Zivilehe 230
- Eheähnliches Verhältnis 404
- Eheanerkennung 226 ff.
- Ehefähigkeitszeugnis 210 ff.
- Ehegüterrecht 304 ff.
- Ehehindernis 221 ff., 228 ff., 247 ff.
- Ehescheidung 339 ff.
- Eheschliessungsfreiheit 247
- Eheungültigkeitsklage 235 ff.
- Eheverbote 204
- Ehevertrag 302
- Ehevoraussetzungen 216 ff.
- Ehewirkung 249 ff., 284 ff., 287 ff.
- Eigentumsvorbehalt 676 ff., 716 ff.
- Eilmassnahmen 164
- Eilzuständigkeit 164
- Eingetragene Partnerschaft 202 ff., 204 ff., 389 ff., 392 ff., 412 ff.
  - Anerkennung 401 ff.
- Eingriffskondiktion 1227
- Einheit des Schuldstatuts 1547
- Eintragungsklagen 778 f.
- Emigrationsfusion 1986 ff.
- Enteignung 2022 ff.
- Entsendung 1071 ff.
- EPG 739 ff.
- Equity-Rechtsprechung 1737
- Erbprätendenten 496 f.
- Erbstatut 556 ff., 565 ff.
  - hypothetisches 520
- Erbvertrag 479 ff., 519 ff., 573 ff.
- Erfüllungsort 972 ff., 1052 ff.
- erga omnes 720 f.
- Erlöschen von Forderungen 1547 ff., 1697 ff.
- Erlöschensgründe 1706, 1713
- Erwachsenenschutz-Übereinkommen 152 f.
- EuEheVO 209 f.
- EU-Entsenderichtlinie 1035
- EuErbVO 482
- EuGüVO 202 ff., 305, 308
- EuInsVO 2033 f., 2177 f.
- EU-Kulturgüterrichtlinie 601
- EuPartVO 202 f., 204 f., 306
- EU-Patentpaket 735 f., 737 f.
- EuPatVO 732 f., 737 f.
- Europarat 2180 f.
- EuUnthVO 202 f., 250 ff., 253 ff.
- EVÜ 902

## F

- falsus procurator 1199
- favor gerentis 1176
- favor negotii 1176, 1180
- Feststellungsklagen 819
  - negativen 819
  - positiven 819
- FinfraG 1865
- Flaggenstaat 230
- Floating choice of law clause 920
- Flüchtling 75 f.
- Forderungsabtretung 1529 f.
- Forderungsstatut 1599 f.
- Forderungsübergang 1619 ff.
- Foreign court-theory 561
- Form der Abtretung 1635
- Formeller Antrag 2118 ff.
- formlose Verbindungen 430 f.
- forum actoris 898 f.
- forum delicti 1006
- forum necessitatis 501
- Forum shopping 207
- Freizügigkeitsrecht 116 ff.
- Fremdenrecht 1842 f.
- Fristprognose 828 ff.
- Funktionsgerechte Auslegung 2111
- Fusion 1872 ff., 1972 ff., 1984 ff.
- Fusionsstatut 1991
- Fusionsvertrag 1990 f.



