

Festschrift für Anton K. Schnyder

Herausgegeben von

Pascal Grolimund
Alfred Koller
Leander D. Locker
Wolfgang Portmann

Festschrift für Anton K. Schnyder

zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Pascal Grolimund

Alfred Koller

Leander D. Loacker

Wolfgang Portmann

Schulthess § 2018

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2018
ISBN 978-3-7255-7364-6

© Umschlagbild: Fotolia/lil_22

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	XV

Zur Person

LEANDER D. LOACKER Anton K. Schnyder – ein Portrait	XXIII
GION JEGHER Eine Reihe von schönen Tagen	XXXIII

I Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Schiedsgerichtsbarkeit sowie nationales Verfahrensrecht

JÜRGEN BASEDOW <i>Soft Law</i> im Kollisionsrecht – Anmerkungen zu den Haager Grundsätzen über die Rechtswahl	3
HARALD BAUM Die Anwendung des «falschen» Rechts durch ein Schiedsgericht	19
LUKAS BOPP Die Anerkennung ausländischer Restschuldbefreiung in der Schweiz unter Einbezug der EU-Insolvenzverordnung	35
GIAN ANDRI CAPAUL Zum Anknüpfungszeitpunkt im internationalen Erbrecht	49
DIETMAR CZERNICH Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts in der Schiedsgerichtsbarkeit	63

WOLFGANG ERNST / PREDRAG SUNARIC Zum Gebrauch von EU-Recht durch Schweizer Gerichte – IPRG Art. 13 und Privatrecht von EU-Mitgliedstaaten	79
ANDREAS FURRER / JUANA VASELLA «Transportkollisionsrecht» – Zur Rolle des IPR bei der grenzüberschreitenden Beförderung von Gütern	103
DANIEL GIRSBERGER / DIRK TRÜTEN Weltweite Parteiautonomie bei internationalen Handelsverträgen und ihre Grenzen	131
PASCAL GROLIMUND «Materialisierung von Kollisionsrecht»	145
FRANZ HASENBÖHLER / SONIA YAÑEZ Strengbeweis und Freibeweis in der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)	157
DOMINIQUE JAKOB Time to say goodbye – Die Auswanderung von Schweizer Familienstiftungen aus stiftungsrechtlicher und international-privatrechtlicher Perspektive	171
PETER JUNG Stille Gesellschaften im internationalen Verhältnis	187
JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ Schiedsklausel und ihre Bedeutung für den Immunitätsverzicht sowie für die Voraussetzung der Binnenbeziehung im Erkenntnis- und Vollstreckungs- verfahren	209
MANUEL LIATOWITSCH Das anwendbare Recht bei der deliktischen Haftung der Gesellschaft für ihre Organe im internationalen Konzern	225
ALEXANDER R. MARKUS / ZINA CONRAD Einstweiliger Rechtsschutz – international	235

DOROTA PACZOSKA KOTTMANN Schiedsverfahren, Insolvenz und die verfängliche Qualifikation unter besonderer Berücksichtigung des polnischen Rechts	251
STEFANIE PFISTERER Die Befristung der Schiedsvereinbarung und die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts <i>ratione temporis</i> – eine Illusion?	275
RODRIGO RODRIGUEZ Ein neues internationales Insolvenzrecht für das IPRG	295
IVO SCHWANDER Sonderanknüpfung? Sonderanknüpfungen und «Sonderanknüpfungen»!	315
KURT SIEHR Anerkennung ausländischer Entscheidungen bei Leihmutterchaften auf Wunsch von Inländern	327
MIGUEL SOGO Streitgegenstand und Parteiautonomie im Zivilprozess und Betreibungsverfahren	341
DANIEL STAEHELIN Die Revision des schweizerischen internationalen Insolvenzrechts und das UNCITRAL Model Law	357
PETER STRICKLER Kollisionsrecht im grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren – der Spagat zwischen Universalität und Sonderanknüpfung	373
FABIAN SUTER Überlegungen zum Ordre public-Charakter des Pflichtteilsrechts	385
CLAUDIO WEINGART Nachlassplanung, Nachlassspaltung, Nachlasskonflikt und EU-Erbrechtsverordnung	395

CORINNE WIDMER LÜCHINGER
Die Berücksichtigung ausländischen Steuerrechts nach Art. 19 IPRG 427

ANDREAS WIEDE
Freie Wahl von Billigflaggen und kollisionsrechtlicher Arbeitnehmerschutz –
Ein Fallbeispiel zur Regelbildung 455

II Schuldrecht, insbesondere Vertrags- und Haftpflichtrecht

DOMENICO ACOCELLA
Rechtsdogmatik und Legitimation eines vertraglichen Rückabwicklungs-
verhältnisses bei Vertragsentstehungsmängeln 493

NOEMI BHALLA / ISAAK MEIER / NICOLA MÜLLER
Airbnb aus Sicht des schweizerischen Rechts 515

PETER BREITSCHMID / ANNINA VÖGELI
Haftungsrisiken des Beraters bei «Umgehungstatbeständen» am Beispiel
von Art. 527 Ziff. 4 ZGB 547

CHRISTIAN HEIERLI
Geldwäscher als «Begünstigter» (Art. 50 Abs. 3 OR) 565

HELMUT HEISS
Unklarheiten der Unklarheitenregel – insbesondere in ihrem Verhältnis
zur allgemeinen Rechtsgeschäftslehre 589

ALFRED KOLLER
Der vermittelte Ehe- oder/und Lebenspartner – Bemerkungen zu
Art. 406a–406h OR – ein Überblick 611

ERNST A. KRAMER
Eine neue Fallstruktur zu den Reflexschäden: Zweifelsfragen zu BGE 142 III 433 621

AHMET KUT / DAVID VASELLA
Das Deliktsrecht nach dem Entwurf für ein «OR 2020» – ausgewählte Aspekte ... 631

LEANDER D. LOACKER Arbeitsrechtliche Aspekte genetischer Untersuchungen beim Menschen	647
HANS NIGG Die Krux der Anwendung der Adäquanzformel	681
WOLFGANG PORTMANN Der Arbeitnehmerbegriff im europäischen Kontext – Bewährtes und Neues im Licht aktueller Herausforderungen	699
HANS RUDOLF TRÜEB Smart Contracts	723
MARC WEBER Freizeichnungsklauseln in Auktionsbedingungen	735
III Versicherungsrecht	
HANS-ULRICH BRUNNER Zum «Regressobligatorium» nach Art. 65 Abs. 3 SVG	755
ANDREA EISNER-KIEFER Die Revisionen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag: Neues Spiel, neues Glück?	769
WALTER FELLMANN Brokervertrag als multilateraler Innominatvertrag – vom Umgang mit dem Interessenkonflikt des Brokers	797
MARIO GASSNER / MARTINA TSCHANZ Die Weiterentwicklung des liechtensteinischen Versicherungsrechts ab 2006	813
CHRISTOPH K. GRABER Geschäftsführung und Folgepflicht in der offenen Mitversicherung	839

MORITZ W. KUHN
Zulässigkeit der Rückversicherungstätigkeit aus dem Ausland in der Schweiz –
Auslegung von Art. 2 Abs. 2 lit. a VAG 853

ANDREA PFLEIDERER
Die aufschiebende Wirkung und das Verfahren bei der Rückerstattung von
unrechtmässig erbrachten Leistungen im Sozialversicherungsrecht 867

IOANNIS ROKAS
Occurrence of the risk due to an intentional act by the policyholder in a
fire insurance on account of a third party and the insurable interest of the bank
which has a pre-notice of a mortgage on the insured building 877

MARTIN SCHAUER
Die Entscheidung des EuGH «Endress/Allianz» und ihre Folgen für das
österreichische Recht 893

MANFRED WANDT
Die Gruppenversicherung in den Principles of European Insurance
Contract Law (PEICL) 903

ROLF H. WEBER / RAINER BAISCH
«Nudging» im Versicherungssektor 925

IV Gesellschaftsrecht

MARC AMSTUTZ
Kodifikation des Konzernrechts? Was der Gesetzgeber von Cosimo de' Medici
(1389–1464) lernen kann 947

PETER BÖCKLI
Kommanditaktiengesellschaft: Drei Fragen zu einem Mischwesen
des Gesellschaftsrechts 973

CHRISTOPH B. BÜHLER
Konzernhaftungsrisiken und mögliche Vorkehrungen zu deren Minimierung 989

JEAN NICOLAS DRUEY Konzerntransparenz	1017
LUKAS HANDSCHIN / LUCA KENEL Voraussetzungen und Umfang der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 Abs. 2 OR	1035
LAURENT KILLIAS Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor Schiedsgerichten – Königsweg oder Sackgasse?	1053
HANS CASPAR VON DER CRONE / MERENS CAHANNES Die Societas Unius Personae (SUP) aus Schweizer Sicht	1069
 V Internationales und nationales Wirtschaftsrecht, insbesondere Wettbewerbs- und Kartellrecht	
STEPHAN BREITENMOSER / ROBERT WEYENETH Sprünge der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen in öffentlich-rechtliche Untiefen	1093
IVO LORENZO CORVINI-MOHN Wein und Recht – die Geschichte eines geschichtsträchtigen Seminars	1113
JOACHIM FRICK Die Zukunft grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen	1123
ANDREAS HEINEMANN Die internationale Reichweite des Kartellrechts	1135
MARKUS HESS Zunehmende Unklarheiten im Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht – Gedanken an Beispielen aus dem Anleger- und Konsumentenschutzrecht	1163

RETO M. HILTY Innovationsförderung durch Schutzbegrenzungen – ein Plädoyer für die Zwangslizenz	1179
CLAIRE HUGUENIN / OLIVER DREYER Vertragsungültigkeit als Sanktion bei UWG-Verstößen	1197
PETER NOBEL Wirtschaftsrecht und wirtschaftliche Betrachtungsweise	1217
MARK PIETH / INGEBORG ZERBES Geheimnisschutz. Vom Grundrecht zum Instrument wirtschaftlicher Machtsicherung	1241
PRZEMYSŁAW JANUSZ PRZEZAK Rechtliche Aspekte der Werbung und Verkaufsförderung von Medizinprodukten	1249
RALF MICHAEL STRAUB Der Konzern als Kartellrechtssubjekt	1269
ANDREAS THIER Überlegungen zu einer Geschichte des Wirtschaftsrechts in der Schweizerischen Eidgenossenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts – das Wettbewerbsrecht als Beispiel	1305
PHILIPP ZURKINDEN / BORIS WENGER Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen Kartellrecht nach dem Bundesgerichtsurteil i.S. Gaba	1327

Verzeichnisse

Schriftenverzeichnis Anton K. Schnyder	1341
Betreute Dissertationen	1359

Einstweiliger Rechtsschutz – international

Inhaltsübersicht	Seite
I. Einleitung	235
II. Einstweiliger Rechtsschutz nach IPRG und LugÜ – Allgemeines	236
III. Einstweiliger Rechtsschutz nach IPRG	237
A. Direkte internationale Zuständigkeit	237
B. Arrestzuständigkeit	238
C. Gerichtsstandsvereinbarung	238
D. Indirekte internationale Zuständigkeit	239
IV. Einstweiliger Rechtsschutz nach LugÜ	239
A. Kategorien	239
B. Geographischer Anwendungsbereich von Art. 31 LugÜ	241
C. Sachlicher Anwendungsbereich von Art. 31 LugÜ	241
D. Definition der vorsorglichen Massnahme nach Art. 31 LugÜ	244
E. Grenzüberschreitende Vollstreckung	248
V. Fazit	250

I. Einleitung

Von der Anrufung eines international zuständigen Gerichts bis zu dessen rechtskräftiger Entscheidung kann viel Zeit verstreichen, so dass den Parteien der Verlust ihrer Rechte droht. Die Gefahr des Rechtsverlusts akzentuiert sich bei internationalen Zivilverfahren, die praxisgemäss länger dauern als rein nationale Zivilverfahren. Die Justizgewährleistungsgarantie wirkt dieser Gefahr entgegen, indem sie die Staaten verpflichtet, einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren¹. Der einstweilige Rechtsschutz in Form von vorsorglichen Massnahmen gewährleistet rechtzeitigen und effektiven Schutz des gefährdeten Rechts bis zur endgültigen Klärung des Anspruchs.

Das IPRG, das LugÜ und die seit 10. Januar 2015 in Kraft stehende, revidierte EuGVVO haben betreffend den einstweiligen Rechtsschutz eigene Regeln aufgestellt, die es

1 BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 30; vgl. auch EHRENZELLER, St.Galler Kommentar, Art. 29a, Rz. 6.

im vorliegenden Beitrag aufzuzeigen und zu vergleichen gilt². Nach allgemeinen Bemerkungen zur Internationalität wird auf das Wesentliche und das wesentlich Umstrittene beim einstweiligen Rechtsschutz unter dem IPRG eingegangen. Danach wird der Anwendungsbereich des LugÜ untersucht und hierbei insbesondere die Definition der vorsorglichen Massnahme unter Berücksichtigung der wegweisenden EuGH-Rechtsprechung beleuchtet. Gleichzeitig wird auf Unterschiede und Gemeinsamkeiten mit der EuGVVO hingewiesen.

II. Einstweiliger Rechtsschutz nach IPRG und LugÜ – Allgemeines

Das IPRG, das LugÜ und die EuGVVO gelangen nur dann zur Anwendung, wenn ein internationaler Sachverhalt vorliegt. Die Internationalität wird durch einen rechtsrelevanten Auslandbezug begründet. Beim einstweiligen Rechtsschutz ergibt sich der rechtsrelevante Auslandbezug i.d.R. aus dem ausländischen Wohnsitz bzw. Sitz einer der Parteien oder beider Parteien aus der Sicht des Gerichtsstaats³. Bei Wohnsitz beider Parteien im Gerichtsstaat kann Internationalität darauf gründen, dass sich ein relevanter Anknüpfungspunkt, wie etwa ein Erfüllungsort, in einem anderen Staat verwirklicht.⁴ Unerheblich ist, ob das Verfahren in der Hauptsache (Hauptsacheverfahren) und das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes (Massnahmeverfahren) im gleichen oder in verschiedenen Staaten durchgeführt werden. So liegt z.B. ein internationaler Sachverhalt vor, wenn ein in Frankreich wohnhafter Kläger mit einem in der Schweiz wohnhaften Beklagten im Hauptverfahren vor einem Genfer Gericht auf Herausgabe eines Fahrzeugs streitet, das Massnahmeverfahren auf Beschlagnahme des Fahrzeugs aber in Zürich durchgeführt wird. Besteht kein Auslandbezug, liegt ein rein nationaler Sachverhalt vor. In diesem Fall gelangt Art. 13 ZPO zur Anwendung.

Sollen nun die internationalen Rechtsgrundlagen miteinander verglichen werden, ist zum einen zwischen der direkten internationalen Zuständigkeit (Entscheidungszuständigkeit) und der indirekten internationalen Zuständigkeit (Anerkennungszuständigkeit) zu unterscheiden⁵. Zum anderen ist zu unterscheiden, ob ein Massnahmeverfahren im selben oder in einem anderen Staat wie das Hauptsacheverfahren durchgeführt wird.

Im Übrigen ist zu beachten, dass im IZPR nur die internationale und örtliche Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen sowie deren Anerkennung und Vollstreckung

2 Ferner gibt es bilaterale Vollstreckungsübereinkommen, die jedoch in vorliegender Hinsicht ohne grosse Bedeutung sind. Es wird deshalb nicht näher darauf eingegangen.

3 BSK IPRG-BERTI/DROESE, Art. 10 N 3.

4 EuGH 1.3.2005 Owusu, Rs. C-281/02.

5 Die direkte internationale Zuständigkeit beschlägt die Frage, welche Gerichte welchen Staates zur Entscheidung eines internationalen Zivilrechtsstreits zuständig sind. Die indirekte internationale Zuständigkeit befasst sich mit der Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Urteils.

geregelt sind. Die weiteren Voraussetzungen der vorsorglichen Massnahmen – Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund – richten sich nach der jeweiligen *lex fori*⁶. Auf diese sachlichen Voraussetzungen wird im vorliegenden Beitrag nicht weiter eingegangen.

III. Einstweiliger Rechtsschutz nach IPRG

A. Direkte internationale Zuständigkeit

Art. 10 IPRG regelt die allgemeine Zuständigkeit für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Vorbehalten sind Gerichtsstände des besonderen Teils des IPRG, die als *lex specialis* Art. 10 IPRG vorgehen⁷. Die Bestimmung sieht zwei alternative Gerichtsstände vor: die Hauptsachezuständigkeit (lit. a) und die Massnahmezuständigkeit (lit. b).

Die Hauptsachezuständigkeit ist eine sog. Annexzuständigkeit des Hauptsachegerichts. Ein in der Hauptsache zuständiges Gericht kann bei einem entsprechenden Antrag auch vorsorgliche Massnahmen anordnen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Hauptsachezuständigkeit die aktuell ergriffene ist oder eine bloss potentielle⁸. Von potentiellen Hauptsachezuständigkeiten wird gesprochen, wenn noch kein Gericht mit der Hauptsache befasst ist, oder wenn ein anderes als das mit der Hauptsache aktuell befasste Gericht für eine Massnahme angerufen wird. Ein Teil der Lehre spricht sich für das Erfordernis einer aktuellen Hauptsachezuständigkeit aus⁹. Dies ist aber nicht zwingend. Der Annex des potentiellen Hauptsachegerichts genügt.

Die Massnahmezuständigkeit ist am Gericht des Ortes, an dem die Massnahme vollstreckt werden soll. Der Vollstreckungsort liegt dort, wo die Massnahmen zu ergreifen sind, um ein Recht bzw. ein Rechtsobjekt zu schützen, zu sichern, herauszugeben oder zu beschlagnahmen, oder am Ort, an dem der rechtmässige Zustand wieder hergestellt werden soll¹⁰.

Art. 10 IPRG regelt mithin nicht nur die internationale, sondern auch die örtliche Zuständigkeit, dies im Gegensatz zum LugÜ¹¹.

6 Art. 261 Abs. 1 ZPO, wenn Schweizer Gerichte zuständig sind.

7 *Lex specialis* sind z.B. Art. 62 Abs. 1 IPRG (Scheidung, Trennung), Art. 89 IPRG (Erbrecht), Art. 153 IPRG (Gesellschaftsrecht).

8 MARKUS, IZPR, Rz. 1262.

9 Differenziert BSK IPRG-BERTI/DROESE, Art. 10 N 14a, wonach nur noch das tatsächlich angerufene Gericht als Hauptsachegericht gelten könne, sobald die Hauptsache rechthängig sei.

10 BSK IPRG-BERTI/DROESE, Art. 10 N 14.

11 Siehe hinten IV. D. 2.

B. Arrestzuständigkeit

Der Arrest ist sowohl im nationalen als auch im internationalen Kontext das typische Beispiel einer Sicherungsmassnahme für Geldforderungen oder Sicherheitsleistungen. Bei einem rein nationalen Sachverhalt kommt das SchKG zur Anwendung¹² und somit die dort vorgesehenen Zuständigkeiten. Für internationale Sachverhalte ist in der Lehre umstritten, ob sich der Arrestgerichtsstand auf Art. 272 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG oder auf Art. 10 IPRG stützt.

Gemäss Art. 272 Abs. 1 SchKG wird der Arrest vom Gericht am Betreibungsort oder am Ort, wo die Vermögensgegenstände sich befinden, bewilligt. Mit Art. 10 IPRG stehen somit vier verschiedene Zuständigkeiten zur Diskussion: Die Hauptsachezuständigkeit und die Massnahmezuständigkeit (Ort der Vollstreckung) nach IPRG sowie der Betreibungsort und der Belegenheitsort nach SchKG.

Die unterschiedlichen Lehrmeinungen gründen in der Uneinigkeit über die Qualifikation des Arrestverfahrens. Einerseits wird die Auffassung vertreten, der Arrest sei reine Vollstreckungsmassnahme und falle daher nicht unter das IPRG, welches nur Erkenntniszuständigkeiten regle¹³. Andererseits wird das Arrestverfahren als ein Erkenntnisverfahren sui generis qualifiziert mit der Begründung, dass die Sicherungsfunktion im Vordergrund stehe¹⁴.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist danach zu differenzieren, ob es sich um einen titulierten oder einen untitulierten Arrest handelt. Bei einem titulierten Arrest besteht ein Urteil (oder ein anderer Vollstreckungstitel wie ein gerichtlicher Vergleich) in der Hauptsache, dessen Vollstreckung es zu sichern gilt. In diesem Fall ist Art. 272 Abs. 1 SchKG anwendbar, zumal das IPRG keine Regeln zum Vollstreckungsverfahren aufstellt. Der untitulierte Arrest hingegen sichert vorsorglich Vermögenswerte, bis definitiv eine Entscheidung in der Hauptsache gefällt wird. Er stellt also eine Sicherungsmassnahme im Hinblick auf ein Erkenntnisverfahren dar, womit sich die Anwendung von Art. 10 IPRG rechtfertigt. Art. 30a SchKG lässt den Regelungen des IPRG, welche die Erkenntnisverfahren beschlagen, den Vorrang. Letztlich spielt die Unterscheidung aber nur eine untergeordnete Rolle, da der Vollstreckungsort i.d.R. mit dem Belegenheitsort zusammenfällt¹⁵.

C. Gerichtsstandsvereinbarung

Mit einer Gerichtsstandsvereinbarung können Zuständigkeiten derogiert und/oder prorogiert werden. Bei einer ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarung wird ein Klage-

12 Art. 335 Abs. 2 ZPO.

13 BGer v. 24.1.2014, 5A_817/2013 E. 7; GASSMANN, Arrest, S. 43; WALTER, AJP, S. 62.

14 EHRENZELLER, Grundlagen, S. 74; GREINER, Rechtsschutz, S. 669.

15 MARKUS, IZPR, Rz. 1263.

forum prorogiert, während die übrigen, gesetzlichen bzw. staatsvertraglichen Gerichtsstände derogiert werden.

Haben die Parteien einen Gerichtsstand nach Art. 10 lit. a IPRG derogiert, so scheidet er auch für den Erlass vorsorglicher Massnahmen aus¹⁶. Die Massnahmezuständigkeit nach Art. 10 lit. b IPRG kann ebenfalls derogiert werden¹⁷. In diesem Zusammenhang ist allerdings die einschränkende Rechtsprechung des Bundesgerichts zu beachten. In BGE 125 III 451 entschied es, dass trotz einer Gerichtsstandsvereinbarung vor einem anderen als dem ausschliesslich prorogierten Gericht um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht werden kann, «wenn dieses andere Gericht allein in der Lage ist, eine sofort vollstreckbare Massnahme rechtzeitig anzuordnen»¹⁸ (Exklusivitätsregel). Nach dieser Rechtsprechung bleibt also ein Rückgriff auf Art. 10 lit. b IPRG möglich, wenn die Anrufung des Hauptsachegerichts unzumutbar und der unmittelbare Vollzug durch das Massnahmengericht möglich ist¹⁹. Die Unzumutbarkeit wird durch zeitliche und sachliche Dringlichkeit (z.B. Gefahr, dass Vermögenswerte beiseite geschafft werden) begründet.

D. Indirekte internationale Zuständigkeit

Ausländischen Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen wird die Anerkennungsfähigkeit nach Art. 25 ff. IPRG weitgehend abgesprochen. Die Vertreter dieser Auffassung führen zur Begründung auf, dass solche Entscheide nicht endgültig i.S.v. Art. 25 lit. b IPRG sind²⁰. Zu bemerken ist, dass das IPRG vereinzelt ausdrücklich die Anerkennbarkeit von ausländischen vorsorglichen Massnahmen vorsieht, wie z.B. bei Massnahmen den Nachlass betreffend (Art. 96 Abs. 3 IPRG). Das Bundesgericht hatte bisher noch keine Gelegenheit, einen klärenden Entscheid zu fällen.

IV. Einstweiliger Rechtsschutz nach LugÜ

A. Kategorien

Fällt ein Sachverhalt unter den Anwendungsbereich des LugÜ, kommen die nachfolgenden zwei Kategorien von Zuständigkeiten für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen in Frage.

1. Zuständigkeit der Hauptsachegerichte

Wie unter dem IPRG, handelt es sich bei der ersten Kategorie um die Annexkompetenz der Hauptsachegerichte. Jedes Hauptsachegericht nach LugÜ ist ohne weiteres zuständig,

¹⁶ BSK IPRG-BERTI/DROESE, Art. 10 N 14a.

¹⁷ CHK-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM IPRG, Art. 10 N 9.

¹⁸ BGE 125 III 451 E. 3a.

¹⁹ BGE 125 III 451 E. 3b.

²⁰ Vgl. WALTER/DOMEJ, IZPR, S. 421 f.; MARKUS, IZPR, Rz. 1374.

vorsorgliche Massnahmen zu erlassen, da ihm eine Sachnähe zum Gegenstand des Massnahmeverfahrens unterstellt wird²¹. Das Hauptsachegericht ist nicht nur befugt, sondern geradezu verpflichtet, sich bei einem entsprechenden Antrag für den einstweiligen Rechtsschutz als zuständig zu erklären²². Dies ist Ausfluss der Justizgewährungsgarantie, die fordert, dass eine Zuständigkeit für die Beurteilung einer vorsorglichen Massnahme in einem Vertragsstaat selbst dann besteht, wenn dieser keine Massnahmezuständigkeit kennt.

Anders als beim IPRG muss das entscheidende Gericht nicht aktuell mit der Hauptsache befasst sein. Es genügt unbestrittenerweise ein potentielles Hauptsachegericht²³. Allerdings wird das Gericht mit Vorteil seine potentielle Hauptsachezuständigkeit im Entscheid festhalten, ansonsten seine Entscheidung wie von einem Massnahmegericht nach Art. 31 LugÜ behandelt werden könnte²⁴ mit der Folge, dass die dort einschränkenden Voraussetzungen greifen würden²⁵.

2. Massnahmezuständigkeit nach Art. 31 LugÜ

Ebenfalls ähnlich dem IPRG stellt das LugÜ als zweite Kategorie die Massnahmezuständigkeit nach Art. 31 LugÜ zur Verfügung. Art. 31 LugÜ lautet wie folgt:

«Die im Recht eines durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates vorgesehenen einstweiligen Massnahmen einschliesslich solcher, die auf eine Sicherung gerichtet sind, können bei den Gerichten dieses Staates auch dann beantragt werden, wenn für die Entscheidung in der Hauptsache das Gericht eines anderen durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates aufgrund dieses Übereinkommens zuständig ist²⁶.»

Es handelt sich im Ausgangspunkt um eine Verweisungsnorm. Sie begründet für sich allein keine Zuständigkeit, sondern ist stets i.V.m. einer nationalen Massnahmezuständigkeit zu lesen²⁷. Für die Schweiz ist insofern das IPRG (insbesondere Art. 10) und gegebenenfalls das SchKG zu konsultieren. Durch die ausdrückliche Verweisung auf nationales Recht werden die ansonsten durch das Übereinkommen ausgeschlossenen nationalen Gerichtsstände dem einstweiligen Rechtsschutz zugänglich gemacht. Insofern ist diese Bestimmung in der Systematik des LugÜ eine Besonderheit²⁸.

Art. 31 LugÜ bedarf nun der näheren Betrachtung.

21 EuGH 17.11.1998 Van Uden, Rs. C-391/95, Rn. 19, 22; EuGH 27.3.1999 Mietz, Rs. C-99/96, Rn. 40 f.; BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 112 f.; vgl. auch MARKUS, IZPR, Rz. 1265.

22 BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 116, auch zum Folgenden.

23 EuGH 17.11.1998 Van Uden, Rs. C-391/95, Rn. 29, 34.

24 EuGH 27.3.1999 Mietz, Rs. C-99/96, Rn. 55.

25 Vgl. sogleich nachfolgend.

26 Art. 31 EuGVVO mit inhaltlich demselben Wortlaut.

27 BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 125.

28 BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 6.

B. Geographischer Anwendungsbereich von Art. 31 LugÜ

In geographischer Hinsicht ist Art. 31 LugÜ dann anwendbar, wenn die antragsgegnerische Partei ihren Wohnsitz bzw. Sitz in einem Vertragsstaat hat (Art. 2 i.V.m. Art. 4 LugÜ) oder eine Anknüpfung nach Art. 22 oder Art. 23 LugÜ in einem Vertragsstaat besteht. Zudem muss die vorsorgliche Massnahme vor einem Gericht in einem LugÜ-Staat beantragt werden. Das LugÜ muss also auf die Hauptsache anwendbar sein²⁹.

C. Sachlicher Anwendungsbereich von Art. 31 LugÜ

Für die Frage, ob ein Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Massnahme unter den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 31 LugÜ i.V.m. Art. 1 LugÜ fällt, ist gemäss herrschender Lehre und EuGH-Rechtsprechung einzig auf die zu sichernden Ansprüche abzustellen³⁰. Als akzessorische Anträge sind die vorsorglichen Massnahmen losgelöst von der Qualifikation der Hauptanträge zu beurteilen, weshalb es weder auf die Rechtsnatur noch das Verfahren in der Hauptsache ankommt³¹.

Dazu ein Beispiel: In einem Schiedsverfahren stellt die klägerische Partei vor dem Gericht eines LugÜ-Staats den Antrag, es sei dem Beklagten einstweilen zu verbieten, die Aktien der Gesellschaft X zu veräussern. Die Hauptsache, in welcher es um die Gültigkeit eines Aktienveräusserungsvertrags geht, fällt nach Art. 1 Ziff. 2 lit. d LugÜ nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ. Der zu sichernde Anspruch ist jedoch als Zivil- und Handelssache im Sinne des Art. 1 Ziff. 1 LugÜ einzuordnen, weshalb das Massnahmegericht aufgrund des LugÜ als zuständig erachtet wird.

Nachstehend wird u.a. darauf eingegangen, ob eine solche Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs bei vorsorglichen Massnahmen gerechtfertigt ist.

1. Massnahmen zugunsten eines Schiedsverfahrens

Im bereits zitierten Urteil Van Uden, hat der EuGH entschieden, dass Art. 24 EuGVÜ (neu Art. 31 EuGVVO; Art. 31 LugÜ) auch dann eine Zuständigkeit des Massnahmegerichts begründet, wenn ein Hauptsacheverfahren vor einem Schiedsgericht bereits eingeleitet wurde oder eingeleitet werden kann³². Es begründete seinen Entscheid damit, dass die einstweiligen Massnahmen bloss zur Unterstützung des Schiedsverfahrens und nicht auf die Durchführung desselben gerichtet seien. Sie beträfen damit nicht die Schiedsgerichtsbarkeit als Rechtsgebiet, sondern vielmehr die Sicherung verschiedenartiger Ansprüche³³.

29 MARKUS, IZPR, Rz. 1272.

30 BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 12 und 14 m.w.H.

31 BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 14; MARKUS, IZPR, Rz. 1273 ff.; EuGH 6.3.1980 De Cavel II, Rs. C-120/79, Rn. 9.

32 EuGH 17.11.1998 Van Uden, Rs. C-391/95, Rn. 34.

33 EuGH 17.11.1998 Van Uden, Rs. C-391/95, Rn. 33.

Der Entscheid ist in der Lehre auf Kritik gestossen. Er ist sowohl mit dem Wortlaut des LugÜ als auch mit demjenigen der EuGVVO schlicht nicht vereinbar³⁴. Beide Rechtsquellen schliessen die Schiedsgerichtsbarkeit von ihrem sachlichen Anwendungsbereich ausdrücklich aus (Art. 1 Ziff. 2 lit. d LugÜ, Art. 2 lit. d EuGVVO). Ein in der Hauptsache zuständiges Schiedsgericht kann demnach kein Gericht eines LugÜ-Staates i.S.v. Art. 31 LugÜ sein³⁵. Hingegen ist der Entscheid Van Uden für diejenigen vorsorglichen Massnahmen zumindest nachvollziehbar, welche vor Initiierung eines Hauptverfahrens beantragt wurden, denn zu diesem Zeitpunkt kann u.U. nicht mit Sicherheit gesagt werden, ob die Streitigkeit in der Hauptsache staats- oder schiedsgerichtlicher Natur sein wird³⁶.

2. Beweismassnahmen

Eine Beweismassnahme sichert Beweise im Hinblick auf ein bevorstehendes Beweisverfahren eines Hauptsacheverfahrens. Sie dient somit nur indirekt der Wahrung des Hauptsacheanspruchs. Vorsorgliche Massnahmen i.e.S. dienen demgegenüber direkt der Sicherung von Rechten und Rechtsverhältnissen³⁷.

Im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen zwei belgischen Gesellschaften ersuchte St. Paul Dairy Industries NV um eine vorgezogene Vernehmung eines in den Niederlanden wohnenden Zeugen. Es stellte sich heraus, dass die Vernehmung des Zeugen zum Zweck der Einschätzung einer eventuellen Klage, zur Feststellung der Grundlage für eine solche Klage und zur Beurteilung der Erheblichkeit der geltend gemachten Klagegründe angehoben wurde. Der EuGH entschied, dass eine vorläufige Beweisabnahme, deren ausschliessliches Ziel es ist, die Prozesschancen des Hauptsacheverfahrens einzuschätzen, nicht unter den Begriff der vorsorglichen Massnahme i.S.v. Art. 24 EuGVÜ fällt³⁸.

Die neue Fassung der EuGVVO schliesst sichernde Beweismassnahmen hingegen in ihren Anwendungsbereich mit ein. Gemäss Lehre und der dargelegten Rechtsprechung des EuGH sollen aber zumindest solche Massnahmen vom Anwendungsbereich der EuGVVO ausgeschlossen sein, die nicht auf Sicherung der Beweisaufnahme gerichtet sind, wie z.B. Anordnungen zur Zeugenvernehmung³⁹.

Die Einordnung von Beweismassnahmen in den Anwendungsbereich des Systems von Brüssel und Lugano ist insgesamt problematisch. Wie dargelegt, können vorsorgliche Massnahmen ohne eine besondere Voraussetzung immer am Hauptsachegerichtsstand beantragt und mit grenzüberschreitender Wirkung angeordnet werden. Die grenzüberschreitende Beweisaufnahme steht jedoch im Konflikt mit den Grundsätzen der internationalen Rechtshilfe und der staatlichen Souveränität. Zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung nach Kapitel III EuGVVO eignen sich Beweismassnahmen in keinem Fall.

34 MARKUS, IZPR, Rz. 1274.

35 Siehe vorne IV. C.

36 MARKUS, IZPR, Rz. 1274.

37 MARKUS, AJP, IV B. 2. a. ii; MARKUS, Jusletter, Rz. 25.

38 EuGH 28.4.2005 Paul Diary, Rs. C-104/03, N 25.

39 MARKUS, AJP, IV B. 2. a. ii.

Es fehlt ihnen bereits am Gegenstand der Anerkennung, denn Tatsachen können nicht Gegenstand einer Anerkennung i.S. des IZPR sein. Beweissmassnahmen sind somit keine vorsorglichen Massnahmen i.e.S. Sie sind vielmehr bei der internationalen Rechtshilfe anzusiedeln⁴⁰.

3. Arrestzuständigkeit

Im Anwendungsbereich des LugÜ stellt sich die Frage, ob sich der Arrestgerichtsstand nach Art. 31 LugÜ oder nach Art. 22 Ziff. 5 LugÜ bestimmt.

Gemäss Bundesgericht ist der Arrest eine Zwangsmassnahme nach Art. 22 Ziff. 5 LugÜ⁴¹. Es ist aber auch unter LugÜ zwischen einem titulierten und einem untitulierten Arrest zu unterscheiden. Ein titulierter Arrest steht, wie bereits zum IPRG dargelegt⁴², im Dienst des Vollstreckungsverfahrens. Er kann daher unter Art. 22 Ziff. 5 LugÜ eingeordnet werden. Das Bundesgericht hatte jedoch einen untitulierten Arrest zu beurteilen, der immer im Zusammenhang mit einem Erkenntnisverfahren, also einem Titelproduktionsverfahren, steht. Umgekehrt hat das Bundesgericht dem italienischen sequestro conservativo ohne weiteres die Qualität einer in der Schweiz vollstreckbaren (Erkenntnis-)Massnahme attestiert⁴³. Der untitulierte Arrest ist also auch im Rahmen des LugÜ eine vorsorgliche Massnahme im Zusammenhang mit einem Erkenntnisverfahren und fällt richtigerweise unter Art. 31 LugÜ⁴⁴.

Zu bemerken ist, dass die binnenrechtliche Zuständigkeit nach Art. 272 Abs. 1 SchKG mit den autonomen Kriterien des LugÜ kompatibel ist. Die Voraussetzung der realen Verknüpfung ist gegeben, da der Arrest unabhängig von der Hauptsachezuständigkeit auf in der Schweiz belegenes Vermögen erwirkt werden kann. Die übrigen Voraussetzungen sind unbeachtlich, da der Arrest keine Leistungsmassnahme ist⁴⁵. Schliesslich ist zu erwähnen, dass ein vorgängiges hauptfrageweises Exequatur des ausländischen LugÜ-Titels nicht erforderlich ist, zumal ansonsten ausländische LugÜ-Titel gegenüber ausländischen IPRG-Titeln starkt benachteiligt würden⁴⁶, was dem Sinn des LugÜ zuwiderlaufen würde.

4. Gerichtsstandsvereinbarung

Wie beim IPRG können mit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 LugÜ sowohl die Hauptsache- als auch die Massnahmezuständigkeit derogiert werden.

40 Zum Ganzen MARKUS, AJP, IV B. 2. a. ii.; MARKUS, IZPR, Rz. 1270.

41 BGer v. 24.1.2014, 5A_817/2013 E. 7.

42 Siehe vorne III. B.

43 BGE 135 III 670 E. 3.1.2.

44 Zum Ganzen MARKUS, IZPR, Rz. 1285 ff.

45 MARKUS, IZPR, Rz. 1289.

46 Vgl. aber BGer v. 24.1.2014, 5A_817/2013 E. 7 obiter; Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich (PS 160 237) v. 25.4.2017.

Inwiefern die in Art. 31 LugÜ vorbehaltenen nationalen Zuständigkeiten ebenfalls derogiert werden können, beurteilt sich grundsätzlich nach nationalem Recht. Das Bundesgericht hat für das schweizerische Recht entschieden, dass die Derogationswirkung grundsätzlich auch für nationale Massnahmeständigkeiten gilt, mit der bereits genannten Ausnahme der Exklusivitätsregel⁴⁷. Gemäss dieser Rechtsprechung sind die Parteien also befugt, ein anderes als das vereinbarte Gericht für den Erlass vorsorglicher Massnahmen in der Schweiz anzurufen, unter den Voraussetzungen der Unzumutbarkeit an das vereinbarte Gericht zu gelangen und der Möglichkeit des angerufenen Gerichts, die Massnahme unmittelbar zu vollstrecken.

Gerichtsstandsvereinbarungen können mit einer sog. anti-suit injunction geschützt werden. Mit dieser Massnahme wird die Klageerhebung oder die Verfahrensführung vor ausländischen Gerichten verboten. Es handelt sich um ein Prozessführungsverbot und richtet sich damit an die Gegenpartei.

Gemäss EuGH sind jedoch anti-suit injunctions zugunsten einer alternativen staatsgerichtlichen Zuständigkeit unter dem LugÜ verpönt und unzulässig, da sie die Zuständigkeitsregelung durch anreizgesteuertes Parteiverhalten ins Leere laufen lassen⁴⁸.

D. Definition der vorsorglichen Massnahme nach Art. 31 LugÜ

Der Wortlaut des LugÜ definiert nicht, was eine vorsorgliche Massnahme ist. Während sie unter dem IPRG nach schweizerischem Recht, also nach Art. 261 ff. ZPO, qualifiziert wird, ist im Anwendungsbereich des LugÜ umstritten, ob und wie weit die Definition nach nationalem Recht erfolgen soll oder ob sie vertragsautonom zu bestimmen ist⁴⁹.

1. Definition des EuGH

Nach der Definition des EuGH sind unter vorsorglichen Massnahmen, einschliesslich solcher, die auf eine Sicherung gerichtet sind, Massnahmen zu verstehen, die «auf in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallenden Rechtsgebieten ergehen und eine *Sach- oder Rechtslage erhalten* sollen, um *Rechte zu sichern*, deren Anerkennung im Übrigen bei dem in der Hauptsache zuständigen Gericht beantragt wird»⁵⁰. Mit der Zweckumschreibung – dem Erhalten und Sichern von Rechten – schreibt der EuGH im Grunde vor, dass Massnahmen nach Art. 31 LugÜ einen einstweiligen Charakter aufweisen müssen. Haben die Massnahmen einen selbständigen Charakter, wie z.B. die Eheschutzmassnahmen (soweit diese überhaupt vom Anwendungsbereich erfasst sind), fal-

47 Siehe vorne III. C.

48 Vgl. EuGH 10.02.2009 *West Tankers*, Rs. C-185/07; EuGH 27.4.2004 *Turner*, Rs. C-159/02, Rn. 31.

49 BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 24, m.H. auf die unterschiedlichen Lehrmeinungen.

50 EuGH 26.3.1992 *Reichert*, Rs. C-261/90, Rn. 34; EuGH 17.11.1998 *Van Uden*, Rs. C-391/95, Rn. 37; EuGH 28.4.2005 *St. Paul Dairy*, Rs. C-104/03, Rn. 13.

len sie nicht unter den Massnahmebegriff i.S.v. Art. 31 LugÜ⁵¹. Diese Definition geht weit. Sie umfasst Sicherungs-, Regelungs- und Leistungsmassnahmen.

Zu beachten ist zudem die Problematik, die sich im Zusammenhang mit dem Charakter von Art. 31 LugÜ als Verweisungsnorm ergibt. Mit der Verweisung auf nationale Massnahmezuständigkeiten⁵² besteht die Gefahr, dass Hauptsachezuständigkeiten des LugÜ umgangen werden. Die nationalen Regelungen sind mannigfaltig. Einzelne Vertragsstaaten kennen Massnahmen, welche die Durchführung eines Hauptsacheverfahrens unnötig machen und dadurch ihren einstweiligen Charakter verlieren können⁵³. Andere wiederum lassen für vorsorgliche Massnahmen exorbitante⁵⁴ Gerichtsstände zu, die nach Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Anhang I LugÜ für die Hauptsache ausgeschlossen sind.

Um der Umgehungsgefahr zu begegnen, hat der EuGH noch unter Art. 24 EuGVÜ/LugÜ (neu die gleichlautenden Art. 35 EuGVVO und Art. 31 LugÜ) in zwei wegweisenden Urteilen einschränkende Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen eingeführt⁵⁵. Aus technischer Sicht handelt es sich bei diesen Voraussetzungen um instrumentsautonome Einschränkungen, welche den nationalen Definitionen von vorsorglichen Massnahmen einen zwingenden Rahmen geben. Besondere Anknüpfungskriterien werden sozusagen als Minimalstandard festgelegt. Sie haben eine Doppelfunktion, indem sie nicht nur die Anknüpfung bestimmen, sondern auch als einschränkendes Definitionsmerkmal einer «vorsorglichen Massnahme» dienen⁵⁶.

Nach dieser Rechtsprechung muss zwischen dem Gegenstand der beantragten Massnahme und der gebietsbezogenen Zuständigkeit des Vertragsstaats, in dem das angerufene Massnahmegericht liegt, eine *reale Verknüpfung* bestehen⁵⁷. Es wird also ein Binnenbezug zwischen der beantragten vorsorglichen Massnahme und dem Forumsstaat verlangt.

Eine noch restriktivere Anknüpfung sieht der EuGH für Leistungsmassnahmen vor, deren vertragliche Hauptleistungspflicht in Geld besteht⁵⁸, wie z.B. bei der vorsorglichen Bezahlung des strittigen Kaufpreises. Das Problem besteht darin, dass der Streit in der Hauptsache hier vorweggenommen wird, ohne an einem Hauptsachegerichtsstand beurteilt worden zu sein. Der EuGH entschied, dass solche Leistungsmassnahmen nur vor

51 BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 17 und 32.

52 Siehe vorne IV. A. 2.

53 Z.B. das niederländische kort geding-Verfahren, das englische payment order-Verfahren oder das französische référé-provision-Verfahren; BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 25, 41.

54 Exorbitant sind Zuständigkeiten mit einer ungenügenden Verbindung zum Streitgegenstand oder zu den Parteien; weiterführend dazu MARKUS, IZPR, Rz. 747 ff.

55 EuGH 17.11.1998 Van Uden, Rs. C-391/95; EuGH 27.3.1999 Mietz, Rs. C-99/96.

56 MARKUS, IZPR, Rz. 1278 ff.

57 EuGH 17.11.1998 Van Uden, Rs. C-391/95, Rn. 40; BGE 129 III 626 E. 5.3; vgl. zur realen Verknüpfung hinten IV. D. 2.

58 Die Tragweite der Einschränkung «in Geld» ist umstritten; vgl. dazu BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 57 ff.

den Gerichten des Ortes geltend gemacht werden können, wo sich die von der Massnahme betroffenen Vermögenswerte des Schuldners befinden⁵⁹. Zudem muss die Rückzahlung des zugesprochenen Betrags an die beklagte Partei für den Fall gewährleistet sein, dass die klagende Partei in der Hauptsache unterliegt⁶⁰.

Zusammenfassend setzen Gerichtsstände gestützt auf Art. 31 LugÜ i.V.m. einer nationalen Massnahmезuständigkeit voraus, dass zwischen dem Gegenstand der Massnahme und dem Forumsstaat eine reale Verknüpfung besteht. Bei den Leistungsmassnahmen wird zudem verlangt, dass die vorsorglichen Massnahmen am Belegenheitsort beantragt werden und die Rückzahlung des Zugesprochenen gewährleistet ist. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, stehen nur noch die Hauptsachezuständigkeiten nach Art. 2 ff. LugÜ offen⁶¹.

Schliesslich bleibt zu bemerken, dass weder das LugÜ noch der EuGH Dringlichkeit für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme verlangen. Ob Dringlichkeit erforderlich ist, bestimmt das nationale Recht des an das LugÜ gebundenen Staats. Wenn also das Bundesgericht eine Leistungsmassnahme nur dann als einstweilige Massnahme i.S.v. Art. 31 LugÜ gelten lässt, sofern sie zur «Sicherstellung der Wirksamkeit des Urteils in der Hauptsache sachlich erforderlich und zeitlich dringend ist»⁶², so gilt dies nur für Schweizer Massnahmen. Ein Schweizer Gericht darf einer ausländischen Massnahme nicht aufgrund des Fehlens der Dringlichkeit die Anerkennung und Vollstreckung verweigern⁶³.

2. Die «reale Verknüpfung» im Besonderen

Das Kriterium der realen Verknüpfung gilt unbestrittener Weise für alle Massnahmegerichte nach Art. 31 LugÜ i.V.m. nationalem Recht, nicht hingegen für Hauptsachegerichte⁶⁴. Wie erwähnt, können Hauptsachegerichte ohne weiteres vorsorgliche Massnahmen erlassen⁶⁵. Einigkeit besteht auch darüber, dass die reale Verknüpfung sich auf die internationale, nicht jedoch auf die örtliche Zuständigkeit bezieht⁶⁶.

Hingegen ist die konkrete Tragweite der realen Verknüpfung in der Lehre umstritten und wurde von der Rechtsprechung bisher nicht geklärt. Für einen Teil der Lehre besteht zwischen dem angerufenen Massnahmegericht und dem Gegenstand der Massnahme dann eine reale Verknüpfung, wenn die Massnahme im angerufenen Forumsstaat auch voll-

59 EuGH 17.11.1998 Van Uden, Rs. C-391/95, Rn. 39; EuGH 27.3.1999 Mietz, Rs. C-99/96, Rn. 42; vgl. MAGNUS/MANKOWSKI/PERTEGÁS SENDER, Brussels I Regulation, Art. 31 N 28, wonach bei Geldleistungen strikte Territorialität herrscht.

60 EuGH 17.11.1998 Van Uden, Rs. C-391/95, Rn. 47; EuGH 27.3.1999 Mietz, Rs. C-99/96, Rn. 42.

61 MARKUS, IZPR, Rz. 1278; EuGH 17.11.1998 Van Uden, Rs. C-391/95, Rn. 40, 47; EuGH 27.3.1999 Mietz, Rs. C-99/96, Rn. 42.

62 BGE 125 III 451, E. 3b.

63 BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 205 ff., 218.

64 BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 157, 159, 177; BGE 129 III 626, E. 5.3.1.

65 Siehe vorne IV. A. 1.

66 BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 156.

streckt werden kann⁶⁷. Ein anderer Ansatz stellt auf den Gerichtsstand ab, wo die Massnahme ihre Wirkung entfaltet⁶⁸. Es stellt sich mithin die Frage, ob es eine reale Verknüpfung mit dem Durchsetzungsstaat oder dem Wirkungsstaat braucht. Diese Frage ist von praktischer Bedeutung, wenn Durchsetzungs- und Wirkungsstaat auseinanderfallen, wie dies bspw. bei einer in personam-Massnahme, wie der britischen freezing injunction⁶⁹ mit einer Sanktionsandrohung, der Fall sein kann. Ordnet z.B. ein Gericht in Grossbritannien unter Androhung einer Geldstrafe an, die gesuchsgegnerische Partei dürfe während einer gewissen Dauer nicht über ihr in der Schweiz gelegenes Vermögen verfügen und verstösst die gesuchsgegnerische Partei gegen diese Anordnung, indem sie auf ihr Konto in der Schweiz greift, so würde die Geldstrafe im Staat des anordnenden Gerichts in Grossbritannien vollstreckt werden; wirken würde sie allerdings in der Schweiz, wo das Vermögen der gesuchsgegnerischen Partei liegt. Nach der erstgenannten Lehrmeinung besteht zwischen dem britischen Gericht und der in personam-Massnahme eine reale Verknüpfung, weil die Massnahme im Staat des angerufenen Gerichts durchgesetzt werden kann. Nach der zweitgenannten Lehrmeinung wäre eine Verknüpfung nicht gegeben, weil die Massnahme nicht in Grossbritannien, sondern in der Schweiz wirkt. Folglich wäre das Gericht in Grossbritannien nicht zuständig, die in personam-Massnahme zu erlassen.

Für den Durchsetzungsstaat spricht, dass insbesondere eine unvertretbare Unterlassungs- oder Duldungsmassnahme nur dann effektiv ist, wenn die mit ihr zusammenhängende Sanktion auch im Erlassstaat vollstreckt werden kann⁷⁰. Das Erfordernis der «realen Verknüpfung» will der gesuchstellenden Partei einen raschen und effizienten vorsorglichen Rechtsschutz vor Ort erlauben. Darin liegt der Mehrwert der reinen Massnahmezuständigkeit gegenüber der Hauptsachezuständigkeit. Die gerichtliche Zuständigkeit wäre unter diesem Aspekt mit dem Ort der Durchsetzung der Massnahme gleichzusetzen (was in Art. 10 lit. b IPRG mit dem Ausdruck «vollstreckt» allerdings präziser wiedergegeben wird). Wäre die Massnahme dagegen im Wirkungsstaat zu erlassen, könnte die Durchsetzung eines gerichtlichen Gebots oder Verbots oft nur über ein Exequaturverfahren erfolgen; der Mehrwert der reinen Massnahmezuständigkeit gegenüber der Hauptsachezuständigkeit wäre weitgehend verloren.

Ausnahmen vom Prinzip des Durchsetzungsstaats mögen sich etwa in Fällen anbieten, in welchen territorial beschränkte Schutzrechte betroffen sind⁷¹. Bei der Verknüpfung mit dem Durchsetzungsstaat stellt sich hingegen ganz generell die Problematik der über-

67 BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 163 m.w.H.; vgl. MAGNUS/MANKOWSKI/PERTEGÁS SENDER, Brussels I Regulation, Art. 31 N 29, wonach eine territoriale Verbindung zwischen Massnahme und Forum ausreiche.

68 EuGH 21.4.1980 Denilauer, Rs. C-125/79, Rn. 15 f.; BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 170 ff.

69 Früher «mareva injunction», eine vorsorgliche Massnahme mit dem Hauptinhalt eines persönlichen Verfügungsverbots über Vermögenswerte in einem bestimmten Umfang.

70 BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 171, MERKT, mesures provisoires, Rz. 354.

71 Vgl. BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 180.

schiessenden Wirkung in den Wirkungsstaat. Diese Frage ist im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Vollstreckbarerklärung anzusprechen⁷².

Bei der Sicherung von Vermögenswerten ist zu unterscheiden, ob sich die Massnahme nur auf einzelne Vermögenswerte bezieht, wie beim Schweizer Arrest oder ob sie das gesamte Vermögen der gesuchsgegnerischen Partei beschlägt, wie dies beim deutschen dinglichen Arrest der Fall ist. Sind einzelne Vermögenswerte betroffen, ist der Vollstreckungsstaat derjenige Staat, in dem die Sache liegt. Bei Forderungen gegenüber einem Dritten (z.B. Bankguthaben) ist der Domizilstaat des Drittschuldners der Vollstreckungs- und somit Erlassstaat. Ist das gesamte Vermögen betroffen, muss sich im Erlassstaat genügend Vermögenssubstrat befinden, um den Hauptanspruch im Wesentlichen zu befriedigen. Kann kein solcher Staat gefunden werden, so ist die reale Verknüpfung in demjenigen Staat, in welchem sich der grösste Teil des schuldnerischen Vermögens befindet⁷³.

Vor dem geschilderten Hintergrund ist zu fragen, inwieweit die vorsorglichen Massnahmen nach Art. 31 LugÜ wegen dem Erfordernis der realen Verknüpfung überhaupt eine extraterritoriale Wirkung entfalten können. Dass Erlassstaat und Vollstreckungsstaat auseinanderfallen, will die «reale Verknüpfung» in der Tendenz verhindern. Das Erfordernis der realen Verknüpfung schränkt also die extraterritoriale Wirkung von vorsorglichen Massnahmen nach Art. 31 LugÜ ein. Dies wird insbesondere bei sachbezogenen Leistungsmassnahmen offenkundig, weil hier der Erlassstaat gleichzeitig der Belegenheitsort des Streitobjekts oder der betroffenen Vermögenswerte sein muss. Dieser Bezug schliesst eine Vollstreckung in im Ausland gelegene Vermögenswerte i.d.R. inhaltlich aus⁷⁴. Die extraterritoriale Wirkung kann nur einer in personam-Massnahme (z.B. ein Unterlassungsgebot, eine freezing order) oder einem dinglichen Arrest zukommen, wenn zwar die Massnahme im Ausland wirkt, jedoch die Sanktion im Erlassstaat vollstreckbar ist⁷⁵. Hinzu kommen Fälle, in welchen das Gesamtvermögen des Gesuchsgegners betroffen ist, ohne dass eine Massnahme in personam erlassen wurde.

E. Grenzüberschreitende Vollstreckung

Entscheide über vorsorgliche Massnahmen gelten als Entscheidungen i.S.v. Art. 32 LugÜ. Während vorsorgliche Massnahmen nach IPRG aufgrund ihrer fehlenden Endgültigkeit i.S.v. Art. 25 lit. b IPRG aus überwiegender Sicht als nicht anerkennungsfähig gelten, sind vorsorgliche Massnahmeentscheide nach LugÜ grundsätzlich in jedem Vertragsstaat anerkenn- und vollstreckbar, solange sie die Zuständigkeits- und Vollstreckungsvoraussetzungen (Erlass am Hauptsachegerichtsstand oder aber reale Verknüpfung, Belegenheitsort, Rückzahlung) gemäss EuGH erfüllen. Sind die Voraussetzungen nicht erfüllt, handelt es sich nicht um eine Massnahme i.S.v. Art. 31 LugÜ. Folglich ist eine grenzüberschrei-

72 Vgl. hinten IV. E.

73 BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 165 ff.

74 Markus, AJP, IV. E. 3; BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 73.

75 BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 189.

tende Vollstreckung für Massnahmen, die ausserhalb der Hauptsachezuständigkeiten erlassen wurden, nur im engen Rahmen denkbar⁷⁶. Die Möglichkeit besteht immerhin bei Instrumenten wie dem dinglichen Arrest, die sich auf das Gesamtvermögen der gesuchsgegnerischen Partei beziehen. Folgt man zudem der Lehrmeinung, die bei Massnahmen in personam eine reale Verknüpfung zum Erlassstaat (und nicht zum Wirkungsstaat) fordert, stellt sich die Frage, ob diese Massnahme im Wirkungsstaat vollstreckbar erklärt werden muss⁷⁷. Nach der hier vertretenen Ansicht, hat die Massnahme insofern überschüssende Wirkung, als sie auch ohne Exequatur im Wirkungsstaat greift, zumal sie im Erlassstaat bereits ausreichend sanktioniert werden kann. Es stellt sich jedoch weiter die Frage, ob nach LugÜ die konkrete Sanktionierung der Massnahme im Erlassstaat nicht dennoch nach einer Vollstreckbarerklärung im Wirkungsstaat verlangt⁷⁸. In BGE 129 III 626 stellte sich die Frage nicht, weil – wie dies oft der Fall sein mag – im schweizerischen Staat der Vermögensbelegenheit unterstützende, sichernde Massnahmen in rem beantragt wurden.

Sodann hat der EuGH im Rahmen von Art. 24 EuGVÜ (Art. 31 LugÜ) entschieden, dass ein Massnahmeentscheid nur dann anerkannt und vollstreckt werden kann, wenn der Gegenpartei vor dessen Erlass und Vollstreckung das rechtliche Gehör gewährt worden ist⁷⁹. Damit werden Massnahmen, die nur auf einseitigen Antrag ergangen sind (superprovisorische Massnahmen), von der Anerkennung und Vollstreckung nach dem Übereinkommen ausgeschlossen. Gleichzeitig lässt der EuGH mit der Formulierung «Art. 24 lasse den Rechtsunterworfenen ein Verfahren zur Verfügung, das die Nachteile dieses Ausschlusses weitgehend aufhebt⁸⁰» die Zuständigkeit für ein Superprovisorium nach nationalem Recht zu⁸¹.

Das Bundesgericht setzt die Rechtsprechung des EuGH grosszügig um. Es erachtet das rechtliche Gehör als gewährt, wenn die Gegenpartei vor dem Anerkennungs- oder Vollstreckungsbegehren die Möglichkeit erhält, sich zur Massnahme zu äussern⁸². Eine Anhörung vor Erlass der Massnahme ist nicht erforderlich. Somit ist in der Schweiz eine superprovisorische Massnahme anerkennt- und vollstreckbar, wenn vor der Anerkennung und Vollstreckung der Entscheidung die Gegenpartei angehört wird.

Die Anerkennung und Vollstreckung von Massnahmeentscheiden wird von der EuGVVO neu geregelt. Sie ist dabei vergleichsweise grosszügiger als der bisherige Text, der

76 Vgl. zum Erfordernis der realen Verknüpfung BGE 129 III 626 E. 5.3.3 e contrario; zu den Leistungsmassnahmen BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 215; zur realen Verknüpfung N 227 ff., wobei sie dort nicht als Vollstreckungshindernis qualifiziert wird.

77 Vgl. dazu KOFMEL, Grundlagen, S. 477 f. und 502.

78 Vgl. dazu MARKUS, IZPR, Rz. 1337, 1339; vgl. auch MERKT, mesures provisoires, Rz. 353 f.

79 EuGH 21.5.1980 Denilauler, Rs. C-125/79, Rz. 13, 17 f.

80 EuGH 21.5.1980 Denilauler, Rs. C-125/79, Rz. 17 in fine.

81 BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 208.

82 BGE 129 III 626 E. 5.2.2; BGer v. 31.8.2007, 4A_80/2007 E. 4.1, 4.3; BGer v. 22.10.2009, 5A_530/2008 E. 3.1.2; in der Tendenz bereits EuGH 16.6.1981 Klomps, Rs. C-166/80; BSK LugÜ-FAVALLI/AUGSBURGER, Art. 31 N 211.

sich an die Rechtsprechung des EuGH anlehnte. Bisher musste die Gegenpartei vor Erlass der Massnahme angehört und der Massnahmeentscheid musste ihr vor der Vollstreckung zugestellt werden. Neu muss die Gegenpartei nicht mehr vor Erlass des Massnahmeentscheids angehört werden, sofern ihr der Entscheid vor der Vollstreckung zugestellt wird (Art. 2 lit. a EuGVVO)⁸³.

V. Fazit

Sowohl das IPRG als auch das LugÜ sehen eine Hauptsachezuständigkeit für den Erlass vorsorglicher Massnahmen vor, die an keine weiteren Voraussetzungen gebunden ist. Die Massnahmezuständigkeit nach IPRG befindet sich am Vollstreckungsort. Im Rahmen des LugÜ und der EuGVVO hat der EuGH das weichenstellende Kriterium der realen Verknüpfung eingeführt. Als Zuständigkeitsvoraussetzung und Definition wendet die Lehre das Kriterium auf alle vorsorglichen Massnahmen an. Die weiteren einschränkenden Voraussetzungen des Belegenheitsorts sowie der Rückzahlungsmöglichkeit sind (nebst der realen Verknüpfung) Zuständigkeits- und Definitionsvoraussetzungen der Leistungsmassnahmen, deren vertragliche Hauptleistungspflicht in Geld besteht. Die internationalen Rechtsgrundlagen zielen alle darauf ab, dass vorsorgliche Massnahmen einen einstweiligen Charakter aufweisen und am Gerichtsstand erlassen werden, zu dem sie eine besondere Sachnähe haben.

Die Anerkennung und Vollstreckung einer vorsorglichen Massnahme unter dem IPRG ist nach herrschender Lehre nicht möglich. Im Anwendungsbereich des LugÜ können vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich anerkannt und vollstreckt werden. Auch hier brachte die Rechtsprechung des EuGH insofern eine Einschränkung, als dass eine Anerkennung und Vollstreckung nur dann möglich ist, wenn die genannten Voraussetzungen der vorsorglichen Massnahmen erfüllt sind. Andernfalls liegt keine vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 31 LugÜ vor, die anerkannt und vollstreckt werden könnte. Gleichzeitig hat der EuGH festgehalten, dass ein Massnahmeentscheid nur dann erkennbar und vollstreckbar ist, wenn der Gegenpartei vor Erlass und Vollstreckung des Entscheids das rechtliche Gehör gewährt wurde. Es fällt schliesslich auf, dass die neue Fassung der EuGVVO dieselbe erleichterte Anerkennung und Vollstreckung von Massnahmeentscheiden vorsieht wie das Bundesgericht. Im Gegensatz zur Rechtsprechung des EuGH verlangt sie nur die Gewährung des rechtlichen Gehörs vor der Vollstreckung, nicht jedoch auch vor Erlass des Massnahmeentscheids. Somit ist eine Dreistufigkeit auszumachen: Das IPRG erlaubt keine Anerkennung und Vollstreckung, das LugÜ erlaubt sie unter gewissen, einschränkenden Voraussetzungen und die neue Fassung der EuGVVO gewährt eine erleichterte Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Massnahmeentscheide.

83 MARKUS, AJP, IV. E. 3; BGE 139 III 232 = Pra 102 (2013) Nr. 116.