

Probleme der negativen Feststellungsklage im internationalen Zivilprozess: Betrachtungen anlässlich BGE 138 III 174

ALEXANDER R. MARKUS*/DANIEL WUFFLI**

Schlagwörter: Negative Feststellungsklage, Doppelrelevante Tatsachen, Internationale Zuständigkeit, Rechtshängigkeit, Rechtskraft

A. Einleitung

Der vorliegende BGE 138 III 174¹ ist in einiger Hinsicht spektakulär. Er berührt im Verein mit Vorinstanz und unpublizierten Erwägungen gleich eine Vielzahl für den internationalen Zivilprozessrechtler interessanter und umstrittener Fragen und führt auch einige dieser Fragen einer erstmaligen höchstrichterlichen Beurteilung zu.

Im Folgenden seien diese Fragenkreise dargestellt, jeweils angeführt durch die Erwägungen der Gerichte und gefolgt durch eigene Betrachtungen der Autoren.

* Prof. Dr. iur. ALEXANDER R. MARKUS, Rechtsanwalt, ist ordentlicher Professor und Co-Direktor des Instituts für IPR und Verfahrensrecht der Universität Bern.

** MLaw DANIEL WUFFLI, Rechtsanwalt, ist wissenschaftlicher Assistent am Institut für IPR und Verfahrensrecht der Universität Bern.

1 BGer 4A_122/2011 vom 30. Januar 2012, publiziert in BGE 138 III 174 (= Pra 101 (2012) Nr. 112). Eine präzise Darstellung des Sachverhalts sowie Anhaltspunkte zur internationalen Zuständigkeit ergeben sich erst aus der zusätzlichen Lektüre des vorinstanzlichen Entscheids Nr. 12.2008.242 (12.01.2011) der Seconda Camera civile del Tribunale d'appello, welcher auf der Website des Tessiner Kantonsgerichts (<http://www.sentenze.ti.ch>), zuletzt besucht am 27. November 2013) auffindbar ist und ebenfalls Gegenstand der vorliegenden Besprechung bildet. Bisher erschienen folgende kurze Zusammenfassungen des BGE: JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/ALEXANDER R. MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht unter Einbezug der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Entwicklungen 2012, in: Hans-Ueli Vogt (Hrsg.), njus, S. 52 ff., FLORIAN WEGMANN, AJP 2012, S. 998; IVO SCHWANDER, SZIER 2012, S. 542 f.; DERS., AJP 2012, S. 1617; SJ 2012 I, p. 309.

B. Sachverhalt und Verfahren

I. Klagen im In- und Ausland gegen den Schweizer Verwaltungsrat E

Nachdem im Verlaufe des Jahres 1992 über die kanadische Investitionsgesellschaft F AG sowie einige damit verbundene Gesellschaften der Konkurs eröffnet worden war, wurden in verschiedenen Ländern mehrere Zivilklagen gegen die Gesellschaften sowie deren Verwaltungsräte, darunter auch gegen E, Schweizer Staatsangehöriger mit Wohnsitz im Tessin, angehoben.

Am 26. Februar 1997 verklagten die kanadischen Investoren A, B, C und D den E vor dem englischen High Court of Justice of England and Wales in London. Mit Entscheidungen vom 10. Dezember 1998 und 17. März 1999 wurde E vom Londoner Gericht zur Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe von rund C \$ 240 Mio. sowie US \$ 130 Mio. verurteilt. Ein analoges Urteil erging vom Superior Court of Justice in Ontario (Provinz im Süden Kanadas). Eine entsprechende Klage in Quebec war zur Zeit des Bundesgerichtsentscheids noch hängig.

Mit Exequaturentscheiden vom 23. November 2000 und 22. Dezember 2000 erklärte der Gerichtspräsident von Lugano die beiden englischen Entscheide im Umfang von CHF 20 Mio. für vollstreckbar. Eine von E dagegen erhobene Beschwerde wurde von der Seconda Camera civile del Tribunale d'appello mit Entscheid vom 25. Februar 2004 gutgeheissen und das Exequatur wegen Verstoßes gegen den ordre public verweigert. Dieser negative Exequaturentscheid wurde vom Bundesgericht mit Entscheiden vom 9. November 2004 und 15. November 2005 geschützt. Ein zweites Gesuch um Vollstreckung der beiden englischen Entscheide in der Schweiz wurde am 6. Dezember 2004 vom Einzelrichteramt Lugano abgewiesen; eine Appellation gegen diesen Entscheid wurde als verspätet zurückgewiesen.

Zweien post judgement freezing orders des High Court of Justice of England and Wales im Umfang von GBP 260 Mio. wurde die Vollstreckbarerklärung vom Gerichtspräsidentium Lugano am 23. Februar 2005 ebenfalls verweigert. Im Dezember 2004 strengten die Beklagten A, B, C und D weitere Exequaturverfahren in diversen Ländern an: Während das Exequatur in Monaco ebenfalls verweigert wurde, erachteten Frankreich, Luxemburg, New York und New Jersey das englische und kanadische Urteil für vollstreckbar.

II. Negative Feststellungsklage des E im Tessin und Rechtsmittelverfahren vor Obergericht

Mit negativer Feststellungsklage vom 3. Oktober 2005 beantragte E beim Gerichtspräsidenten von Lugano es sei Folgendes festzustellen: A, B, C und D stünden keinerlei deliktische Schadenersatzansprüche gegenüber ihm zu (*Begehren 1.1*). Auch in Vergangenheit seien den Beklagten nie Ansprüche gemäss *Begehren 1.1* zugestanden, insbesondere nicht den Beklagten C und D (*Begehren 1.2*).

Er habe und hatte nie fiduziarisch Geld erhalten, das im Eigentum von B und/oder von Vorsorgeeinrichtungen stand, welche von D, C und A geführt wurden (*Begehren 1.3*). Er habe nie eine unerlaubte Handlung in Bezug auf die zwischen 1984 und 1992 von der F AG bzw. dem F-Konzern getätigten Investitionen begangen, auch nicht gegenüber den von D, C und später von A geführten Vorsorgeeinrichtungen. Er habe auch keine unerlaubte Handlung bezüglich mehrerer einzeln erwähnter Projekte des F-Konzerns begangen (*Begehren 1.4*). Die nach dem 9. November 2004 gegen ihn gerichteten Exequaturverfahren in der Schweiz und im Ausland seien missbräuchlich (*Begehren 1.5*).

Die Beklagten wendeten ein, dass die Feststellungsklage unzulässig sei, da deren Voraussetzungen nicht erfüllt seien (*Einrede 1*). Überdies sei der Tessiner Richter örtlich unzuständig, da es sich um eine gesellschaftsrechtliche Klage handle. Sofern tatsächlich unerlaubte Handlungen Verfahrensgegenstand seien, wären diese ohnehin grösstenteils im Ausland begangen worden (*Einrede 2*). Weiter könne auf die Klage infolge der Litispendenz nach Art. 21 aLugÜ² nicht eingetreten werden, da die englischen Verfahren im Lichte der freezing order noch hängig seien bzw. eventualiter Art. 21 aLugÜ selbst dann anwendbar sei, wenn die englischen Verfahren nicht mehr hängig seien (*Einrede 3*). Schliesslich könne auf die Klage infolge der res iudicata-Wirkung der englischen Urteile aus den Jahren 1998 und 1999 nicht eingetreten werden (*Einrede 4*).

Der Kläger replizierte, dass die Einreden unbegründet seien. Der hiesige negative Exequaturentscheid betreffend die englischen Urteile sei in materielle Rechtskraft erwachsen, weshalb die ausländischen Urteile für das Schweizer Verfahren keine res iudicata darstellen könnten.

Der Gerichtspräsident von Lugano beschränkte das Verfahren auf die Einreden der Beklagten, mithin auf die Zulässigkeit der Feststellungsklage, die internationale und örtliche Zuständigkeit, die Litispendenz nach Art. 21 aLugÜ sowie die Frage der materiellen Rechtskraft des negativen Exequaturs. Er wies sämtliche Einreden der Beklagten ab und hiess die *Begehren* des Klägers z.T. gut. Das Kantonsgericht in Lugano schützte die Erwägungen des Gerichtspräsidenten und bestätigte dessen Entscheid. Dagegen erhoben die Beklagten Beschwerde beim Bundesgericht.

III. Die Entscheidung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht machte in Erwägung 1 allgemeine Ausführungen zur Kognition sowie zur Zulässigkeit der Anfechtung eines Zwischenentscheids i.S.v. Art. 93 BGG. Alsdann äusserte es sich in Erwägung 2 zum auf die Überprüfung der negativen Feststellungsklage anwendbaren Recht, um deren Zulässigkeit in Erwägung 3 nach dem schweizerischen sowie in Erwägung 4 nach kanadi-

² Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (Lugano-Übereinkommen, aLugÜ).

schem Recht zu beurteilen. In den Erwägungen 5 und 6 wies das Bundesgericht die Einrede der Litispendenz sowie der *res iudicata* ab.

C. Internationale und örtliche Zuständigkeit der negativen Feststellungsklage

I. Zuständigkeitsbegründung des Tessiner Obergerichts

Das Bundesgericht äussert sich nicht zur internationalen und örtlichen Zuständigkeit, obwohl die

schweizerischen Gerichte diesen Punkt, abgesehen von der Möglichkeit einer Einlassung nach Art. 6 IPRG³, von Amtes wegen zu prüfen haben.⁴ Eine Einlassung i.S.v. Art. 6 IPRG fällt im zu beurteilenden Fall zum vornherein nicht in Betracht, da die Beklagten in ihrer Klageantwort vor dem Gerichtspräsidium Lugano explizit die Unzuständigkeit der Schweizer Gerichte bemängelt hatten. Da eine schweizerische Zuständigkeit keinesfalls offenkundig ist und die Fallkonstellation einige dogmatisch sehr interessante Fragestellungen aufwirft,⁵ hätte eine Auseinandersetzung des Bundesgerichts mit dieser Frage interessiert. Offenbar wurde aber das Urteil des Tessiner Obergerichts in diesem Punkt nicht gerügt.

Die Seconda Camera civile del Tribunale d'appello setzte sich in den Erwägungen 8–11 ihres Entscheids⁶ mit der Einrede der örtlichen Unzuständigkeit des Luganer Gerichts auseinander, ohne sich abschliessend darauf festzulegen, ob die negative Feststellungsklage delikts- oder gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren sei.

Zunächst stellte das Tessiner Gericht in Erwägung 10 seines Entscheides unter Verweisung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung⁷ klar, dass bei Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit wie auch die materielle Begründung der Klage relevant sind, beweismässig auf den eingeklagten materiellen Anspruch und dessen Begründung abzustellen sei (Theorie der doppelrelevanten Tatsachen). Dies gelte auch bei negativen Feststellungsklagen. Auch wenn bei der negativen Feststellungsklage Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast beim Beklagten lägen, sei es allein am Kläger, den Inhalt des Verfahrens zu bestimmen. Vorliegend habe der Kläger E ausdrücklich die Feststellung

beantragt, wonach den Beklagten keine *deliktischen* Ansprüche gegen ihn zustünden, weshalb sich die internationale Zuständigkeit nach Art. 129 aIPRG⁸ bestimme.

Es sei unbestritten, dass sich aus Art. 129 Abs. 1 aIPRG mangels Wohnsitzes, gewöhnlichen Aufenthalts oder Niederlassung der Beklagten in der Schweiz kein schweizerisches Klageforum ergebe und deshalb die Zuständigkeitsprüfung nach Art. 129 Abs. 2 aIPRG (Handlungs-/Erfolgsort) vorzunehmen sei. Hier würden sich – gemäss der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen – die Voraussetzungen der Zuständigkeit mit derjenigen der materiellen Begründetheit der Klage überlappen. Nach dieser Theorie sei über das Vorhandensein von strittigen Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit wie auch für die Begründetheit der Klage massgebend seien, im Stadium der Zuständigkeitsprüfung kein Beweis abzunehmen. Um von der Zuständigkeit des Gerichts auszugehen genüge es somit, wenn die doppelrelevanten Tatsachen behauptet würden und wahrscheinlich erschienen. Die beklagten Einwendungen gegen das Vorhandensein der doppelrelevanten Tatsachen würden erst bei der materiellen Prüfung der Klage berücksichtigt (Erwägung 11 des Tessiner Entscheids).

Der Kläger habe ohne Weiteres glaubhaft dargelegt, dass die ihm vorgeworfenen unerlaubten Handlungen, wenn überhaupt, überwiegend von seinem Büro in Lugano aus begangen worden seien. Die Beklagten hätten dies nicht einmal bestritten, sondern die Zuständigkeit der Schweizer Gerichte deshalb abgelehnt, weil der Kläger im Rahmen des Exequaturverfahrens ausgeführt haben soll, dass allein die kanadischen Gerichte für die Klagen gegen ihn zuständig seien. Letzteres vermochte jedoch in den Augen des Tessiner Kantonsgerichts nichts an der Wahrscheinlichkeit der klägerischen Ausführungen zu ändern (Erwägung 11.1).

Auf den Einwand der Beklagten, dass die Klage denselben Streitgegenstand wie das Verfahren in England aufweise und damit gesellschaftsrechtliche Ansprüche betreffe, trat das Kantonsgericht aufgrund der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen nicht ein. Das Gericht argumentierte vielmehr, dass diese Frage erst im Rahmen der materiellen Beurteilung der Klage zu prüfen sei. Überdies hätten die Beklagten die erstinstanzliche Erwägung, wonach sie sich bei ihren Forderungen auf keine einzige gesellschaftsrechtliche Haftungsgrundlage stützten, nicht angefochten (Erwägung 11.2).

Das Tessiner Obergericht argumentierte schliesslich wie folgt: Selbst wenn die Klage gesellschaftsrechtlichen Charakter aufweisen würde, so wäre die Zuständigkeit der Schweizer Gerichte zu bejahen. Zwar seien Art. 151 sowie Art. 152 lit. a und b IPRG nicht anwendbar, da sich weder der Gesellschaftssitz, der Ort der gewöhnlichen Verwaltung noch der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt des Beklagten in der Schweiz befänden. Der Kläger könne sich in

⁸ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291, aIPRG) in der Fassung bis zum 1. Juli 2008.

³ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291, IPRG).

⁴ Ivo SCHWANDER, ZZZ 2008/09, S. 204; MYRIAM A. GEHRI, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., 2013, Art. 60 N 7.

⁵ Siehe C/II. hinten.

⁶ Siehe Fn. 1 vorne.

⁷ BGE 135 III 27 E. 6.2.1 S. 34.

einer solchen Situation auch nicht auf die Notzuständigkeit nach Art. 3 IPRG berufen, ohne dass er nachweise, dass ein Verfahren im Ausland (Kanada) unzumutbar sei. Dennoch müsse dem Kläger bei solchen «reaktiven» Klagen ein Forum am Ort zur Verfügung stehen, wo sich sein Feststellungsinteresse konkretisiere, was vorliegend in der Schweiz sei, da sich die Beklagten insbesondere hier als Gläubiger des Klägers ausgegeben hätten (Erwägung 11.2 in fine).

II. Eigene Betrachtungen zur Zuständigkeit

1. Anwendbarkeit des IPRG

Der zu beurteilende Sachverhalt weist offenkundig internationalen Charakter auf, da der negative Feststellungskläger E (Schweizer) seinen Wohnsitz in der Schweiz und die Beklagten ihren Wohnsitz/Sitz in Kanada haben. Der schweizerische Kläger wird ferner für angeblich unerlaubte Handlungen in Zusammenhang mit dem Konkurs der in Kanada angesiedelten F-AG verantwortlich gemacht.

Das LugÜ ist für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit nicht einschlägig, da dessen räumlicher Anwendungsbereich mangels Beklagtenwohnsitz in einem LugÜ-Vertragsstaat nicht tangiert ist (Art. 2 LugÜ). Die internationale Zuständigkeit bestimmt sich demnach nach aIPRG.

2. Gesellschaftsrechtliche oder deliktsrechtliche Qualifikation der Klage?

Für gesellschaftsrechtliche Klagen gegen einen Gesellschafter oder gegen eine aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit haftende Person sind die Gerichte am Sitz der Gesellschaft oder am Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten zuständig (Art. 151 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 aIPRG). Für Klagen aus unerlaubter Handlung sind die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten sowie überdies die schweizerischen Gerichte am Handlungs- oder Erfolgsort sowie allenfalls am Ort der Niederlassung zuständig (Art. 129 Abs. 1 aIPRG). Der nach Art. 129 IPRG zuständige Richter ist befugt, jeweils auch über konkurrierende vertragliche Ansprüche zu entscheiden, soweit sich ein Rechtsbegehren auf verschiedene konkurrierende Anspruchsgrundlagen stützen lässt.⁹

An dieser Stelle sei auf eine Besonderheit der negativen Feststellungsklage im deliktischen Bereich verwiesen: Obwohl der Kläger vom Gericht die Inexistenz deliktischer Ansprüche feststellen lassen will, kann er sich auf das entspre-

chende forum delicti berufen.¹⁰ Dass der negative Feststellungskläger das Vorhandensein von deliktsrechtlichen Ansprüchen der Beklagten gegen ihn bestreitet, schliesst eine Klage am forum delicti nicht aus, sondern eröffnet ihm die Wahl zwischen dem Beklagtenwohnsitz sowie dem Handlungs- oder Erfolgsort.¹¹ Klagt der präsumptive Schädiger auf negative Feststellung seiner Haftung, so genügt es für die Zuständigkeitsbegründung, auf die ihm vom Beklagten vorgeworfenen Handlungen abzustellen, die angeblich im Bezirk des angerufenen Gerichts vorgenommen wurden. Würde anders verfahren, so wäre der negative Feststellungskläger vom Deliktsgerichtsstand weitgehend ausgeschlossen.¹²

Da weder der Beklagtenwohnsitz noch der Sitz oder die Niederlassung der konkursiten F AG in der Schweiz liegen, ist die internationale Zuständigkeit der Schweizer Gerichte nicht ohne Weiteres ersichtlich. Prima Vista ergibt sich eine schweizerische Zuständigkeit einzig gestützt auf den Handlungs- oder Erfolgsort, mithin bei deliktsrechtlicher Qualifikation der negativen Feststellungsklage. Ansonsten bleibt einzig die Berufung auf die Notzuständigkeit nach Art. 3 IPRG, sofern das Verfahren im Ausland nicht möglich oder unzumutbar ist.

Für die Abgrenzung zwischen gesellschafts- und deliktsrechtlichen Klagen ist nicht (nur) die Formulierung des Rechtsbegehrens relevant, sondern der Streitgegenstand insgesamt, mithin zusätzlich der Lebenssachverhalt, welcher der Kläger dem Gericht unterbreitet.¹³ Die negative Feststellungsklage betrifft (mutmasslich) fehlbare Handlungen von E als Verwaltungsrat der kanadischen F AG. Die Klage hat somit im Ansatz sowohl delikts- wie auch gesellschaftsrechtlichen Charakter, wobei zu klären ist, ob diese Handlungen eher der Verantwortlichkeitsklage oder dem Grundtatbestand der unerlaubten Handlung zuzuordnen sind. Davon ausgehend, dass die Beklagten ihre angeblichen Forderungen aus der Tätigkeit von E als Verwaltungsrat der F AG ableiten, dürfte der gesellschaftsrechtliche Charakter der Klage überwiegen. Jede Verantwortlichkeitsklage beruht letztlich auf der ausservertraglichen Haftung und setzt ebenso einen Schaden, Widerrechtlichkeit, adäquate Kausalität sowie Verschulden voraus. Art. 754 ff. OR sind als Teil des allgemeinen Haftpflichtrechts zu betrachten.¹⁴

¹⁰ BGE 133 III 282 E. 3.2.

¹¹ ALEXANDER R. MARKUS, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar ZPO, Band 1, Artikel 1–149 ZPO, 2012, Art. 88 N 56. Unter dem LugÜ schränkt das Bundesgericht das Wahlrecht zwischen Handlungs- und Erfolgsort insofern ein, als dass diese Anknüpfungen nicht zum Tragen kommen, wenn ihnen die Sach- und Beweishäufigkeit abgeht, vgl. BGE 133 III 282 E. 4.6. Zumindest unter dem LugÜ ist fraglich, ob diese Einschränkung im Licht der EuGH-Rechtsprechung noch zutrifft (EuGH 25. 10. 2012 Folien Fischer, Rs. C-133/11, insbesondere Rz. 52).

¹² Betreffend Art. 5 Ziff. 3 LugÜ: BGE 125 III 346 E. 4c/aa.

¹³ MATTHIS PETER, Negative Feststellungsklagen am Deliktsgerichtsstand von Art. 5 Nr. 3 EuGVVO/LugÜ, in: Jusletter 12. August 2013, Rz. 12.

¹⁴ DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., 2012, Vor Art. 754–761 N 2; BGer 4A_462/2009 E. 2 vom 16. März 2010.

⁹ JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts, 2012, Rz. 2450; ROBERT UMBRICH/RODRIGO RODRIGUEZ/MELANIE KRÜSI, in: Heinrich Honsell/Anton K. Schnyder/Nedim Peter Vogt/Stephen V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., 2013, Art. 129 N 7.

Nach IPRG gelten Klagen aus Verantwortlichkeit als gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten i.S.v. Art. 151 IPRG.¹⁵ Eine direkte Zuständigkeit der Schweizer Gerichte am *forum delicti* nach Art. 129 IPRG für Klagen aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit ist somit nicht gegeben, da Art. 151 IPRG als *lex specialis* dem allgemeinen Delikts- und Vertragsgerichtsstand vorgeht.¹⁶

Gestützt auf die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen und gestützt allein auf die klägerischen Ausführungen entschied sich das Tessiner Kantonsgericht trotzdem für eine deliktsrechtliche Natur der Klage und bejahte in der Folge einen Handlungsort und damit auch ein Klageforum in der Schweiz. Darauf ist näher einzugehen.

3. Bestimmung des *forum delicti*

a. Handlungsort ist allein massgeblich

Selbst wenn man mit dem Tessiner Kantonsgericht von einer deliktsrechtlichen Natur der negativen Feststellungsklage ausgeht, so ist – wie vorstehend erwähnt – eine Zuständigkeit in der Schweiz nicht ohne Weiteres ersichtlich. Weder der Wohnsitz der Beklagten, der gewöhnliche Aufenthalt noch die Niederlassung befinden sich in der Schweiz (sondern in Kanada), so dass ein Klageforum nur dann in Lugano gegeben ist, sofern dort ein Handlungs- oder Erfolgsort gemäss Art. 129 Abs. 2 aIPRG liegt.

Der Erfolgsort bei reinen Vermögensschäden liegt dort, wo die erste unmittelbare Einwirkung auf das geschützte Rechtsgut (in casu: Vermögen der kanadischen Gesellschaften) stattgefunden hat.¹⁷ Der Erfolgsort dürfte sich bei einer insolventen kanadischen Gesellschaft sowie (mutmasslich) geschädigten kanadischen Gläubigern in Kanada befinden und demnach kein Forum in der Schweiz begründen.

Es steht somit allein der Handlungsort gemäss Art. 129 Abs. 2 aIPRG zur Diskussion.

b. Sach- und Beweisnähe des Handlungsorts?

Bei negativen Feststellungsklagen am Deliktort unterwirft das Bundesgericht die Zuständigkeit einer erheblichen Beschränkung. Das Wahlrecht zwischen Handlungs- und Erfolgsort wird insofern eingeschränkt, als dass diese Anknüpfungen nicht zum Tragen kommen, wenn ihnen die Sach- und Beweisnähe ab-

geht.¹⁸ Zwar erfolgte die erwähnte Rechtsprechung unter dem LugÜ, hätte aber wohl aber auch Implikationen auf das IPRG.¹⁹ Auch wenn heute zumindest unter dem LugÜ fraglich ist, ob die Beschränkung im Licht der neusten EuGH-Rechtsprechung²⁰ überhaupt noch haltbar ist,²¹ so wäre es doch hilfreich gewesen, wenn sich das Obergericht mit dieser Frage auseinandergesetzt hätte. Denn in der vorliegenden Fallkonstellation, in welcher der Kläger E Verwaltungsrat einer kanadischen Gesellschaft war und in diesem Zusammenhang kanadische Gläubiger geschädigt haben soll, ist die ausreichende Sach- und Beweisnähe des schweizerischen Handlungsorts in Frage gestellt.

c. Reichweite der Handlungsortszuständigkeit

Wenn man mit dem Tessiner Obergericht von einem Handlungsort in der Schweiz ausgeht, stellt sich die Anschlussfrage, ob das Gericht in Lugano für die Beurteilung sämtlicher Handlungen oder einzig für die in der Schweiz beangegangenen Handlungen (Mosaiklösung) zuständig ist.

Diesbezüglich kann nicht etwa auf die EuGH-Rechtsprechung Shevill²² gegriffen werden, da dort nicht mehrere Handlungs-, sondern Erfolgsorte vorlagen.²³ Sofern Handlungsorte in mehreren Ländern vorhanden sind, ist davon auszugehen, dass an jedem Teilhandlungsort über den gesamten (potentiellen) Schadenersatz befunden werden kann.²⁴ Eine Teilhandlung vermag nur dann keinen Gerichtsstand zu begründen, wenn es sich um eine blossere Vorbereitungshandlung handelt.²⁵

¹⁵ GERICKE/WALLER (Fn. 14), Vor Art. 754–761 N 4a.

¹⁶ URS H. HOFFMANN-NOWOTNY, Gemeinsame Einklagung für den Gesamtschaden – Versuch einer prozessualen Einordnung von Art. 759 Abs. 2 OR, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung – Festschrift für Hans Caspar von der Crone, 2007, S. 436 f.

¹⁷ BGE 125 III 103 E. 2b/aa; BGer 5A_873/2010 vom 3. Mai 2011 E. 4.1.3; UMBRICH/RODRIGUEZ/KRÜSI (Fn. 9), Art. 129 N 28.

¹⁸ BGE 133 III 282 E. 4.2 und E. 4.6. Mit Verweis auf das Prinzip der Klarheit und Vorhersehbarkeit des Gerichtszugangs ablehnend und m.w.H.: HOFFMANN-NOWOTNY (Fn. 16), S. 347 f.

¹⁹ Zur parallelen Auslegung von LugÜ und IPRG: ALEXANDER R. MARKUS, Der zukünftige Vertragsgerichtsstand nach IPRG und seine Auslegung im Licht des revidierten Lugano-Übereinkommens oder: Staatsvertragskonforme Auslegung reloaded, in: Andrea Bonomi/Eleanor Ca-shin Ritaine (éds.), la loi fédérale de droit international privé: vingt ans après, 2009, p. 87 ss.

²⁰ EuGH 25.10.2012 Folien Fischer, Rs. C-133/11, insbesondere Rz. 52: «Wenn die Umstände, die bei einer negativen Feststellungsklage in Rede stehen, eine Anknüpfung an den Staat rechtfertigen können, in dem sich entweder das ursächliche Geschehen ereignet hat oder der Schaden eingetreten ist oder eintreten droht, kann sich somit das Gericht eines dieser beiden Orte nach der in Randnr. 39 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung gemäss Art. 5 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001 für diese Klage zu Recht für zuständig erklären, ohne dass es darauf ankäme, ob die Klage vom mutmaßlichen Opfer einer unerlaubten Handlung oder vom potenziellen Schuldner einer Forderung aus dieser Handlung erhoben wurde» (vgl. vorne Fn. 11).

²¹ Ebenso PETER (Fn. 13), Rz. 15.

²² EuGH 7.3.1995 Fiona Shevill, Rs. C-68/93.

²³ UMBRICH/RODRIGUEZ/KRÜSI (Fn. 9), Art. 129 N 27.

²⁴ BGE 125 III 346 E. 4 c/aa; UMBRICH/RODRIGUEZ/KRÜSI (Fn. 9), Art. 129 N 20; Sogar beim Vorliegen von mehreren Erfolgsorten die Mosaiklösung im Rahmen des Art. 129 IPRG ablehnend: KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 9), Rz. 2447.

²⁵ BGE 125 III 346 E. 4 c/aa; UMBRICH/RODRIGUEZ/KRÜSI (Fn. 9), Art. 129 N 22; KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 9), Rz. 2436.

4. Forum am Ort der «verpesteten Luft»?

Das Tessiner Obergericht lehnte die Begründung seiner Zuständigkeit gestützt auf die Notzuständigkeit nach Art. 3 IPRG ab. Im Sinne einer Eventualbegründung wies es hingegen unter Berufung auf IVO SCHWANDER²⁶ darauf hin, dass ohnehin ein Klageforum in der Schweiz vorhanden sei, da dem Kläger bei «reaktiven» Klagen wie der vorliegenden ein Forum am Ort zur Verfügung stehen müsse, wo sich sein Feststellungsinteresse konkretisiere. Dieser Ort sei vorliegend in der Schweiz, da sich die Beklagten insbesondere hier als Gläubiger des Klägers ausgegeben hätten.

Diesen Ausführungen ist insoweit zuzustimmen, als eine Notzuständigkeit nach Art. 3 IPRG abgelehnt wird. Eine solche würde kumulativ die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit des Verfahrens im Ausland, einen genügenden Zusammenhang zur Schweiz sowie die absolute Subsidiarität gegenüber allen anderen Gerichtsständen in der Schweiz voraussetzen. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen wäre vom Rechtssuchenden nachzuweisen.²⁷ Vorliegend ist nicht ansatzweise ersichtlich, inwiefern für den Kläger ein Verfahren vor den kanadischen Gerichten unmöglich oder unzumutbar wäre.²⁸ Insbesondere der Umstand, dass in Kanada bereits ein materiell rechtskräftiges Urteil vorhanden ist, welches faktisch der Anhängigmachung einer negativen Feststellungsklage (in Kanada) im Wege steht, begründet noch keine schweizerische Notzuständigkeit nach Art. 3 IPRG, welcher als Notklausel nur restriktiv ausulegen und zurückhaltend anzuwenden ist.²⁹

Abzulehnen ist hingegen ein generelles Forum am Ort, «wo die Gegenpartei sozusagen aktiv die «Luft verpestet» hat».³⁰ Das Tessiner Kantonsgericht hat vorstehende Aussage von IVO SCHWANDER ausserhalb des Kontexts verwendet. Im Lichte seines Aufsatzes ergibt sich, dass der Autor für «reaktive» negative Feststellungsklagen, bei denen die Persönlichkeit des Klägers durch gewisse Rechtshandlungen (z.B. Strafanzeige, Betreibung) des Beklagten verletzt worden ist, eine Klagemöglichkeit am Ort der Strafverfolgung bzw. der Betreibung fordert, sofern – und nur dann! – dieses Forum im Einklang mit den einschlägigen Bestimmungen des IPRG/LugÜ (Erfüllungsortsgerichtsstand, Deliktsgerichtsstand etc.) steht. Eine ungeschriebene Gerichtszuständigkeit am Ort, wo sich das Interesse des Feststellungsklägers vergegenwärtigt, wäre hingegen im Kontext des internationalen Zivilprozessrechts beinahe als abenteuerlich zu bezeichnen.

5. Die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen

a. Inhalt und Zweck der Theorie der Doppelrelevanz

Gemäss obgenannter Theorie,³¹ die konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung entspricht, ist bei der Prüfung der Zuständigkeit auf die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche sowie deren Begründung abzustellen, soweit die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen zugleich für die materielle Begründung der Klage relevant sind. Die Einwände der Gegenpartei sind in diesem Stadium grundsätzlich nicht zu prüfen. Es wird allein auf die Behauptungslage abgestellt ein Beweisverfahren ist für die Zuständigkeitsprüfung nicht durchzuführen.³²

Der Hintergrund der Theorie besteht darin, dass die zuständigkeitsrechtliche Gleichbehandlung zwischen einer sachlich begründeten und einer sachlich unbegründeten Klage zu gewährleisten ist. Sind sachliche Anknüpfungen – Handlungsort, Erfolgsort, vertraglicher Erfüllungsort – zur Begründung der internationalen oder örtlichen Zuständigkeit heranzuziehen, die gleichzeitig für die materielle Begründung relevant sind, so ist deren Vorhandensein bis zur Sachprüfung bis zu einem gewissen Grad zu *fungieren*. Die Abweisung einer positiven Leistungsklage aus Delikt wäre ansonsten am Handlungsort verunmöglich, zumal sich bereits im Stadium der Zuständigkeitsprüfung ergeben würde, dass keine unerlaubte Handlung stattgefunden hat, und die Klage demzufolge zurückzuweisen wäre.³³ Dies wäre eine Frustration des Beklagten, da er einer erneuten Klage am Wohnsitz ausgesetzt wäre.³⁴ Dasselbe gilt mit umgekehrten Vorzeichen bei der negativen Feststellungsklage. Dort fände eine Frustration des Klägers statt, zumal auf dessen Klage nicht einzutreten wäre, sobald das Nichtvorhandensein der unerlaubten Handlung feststeht. Er wäre damit an den Beklagtenwohnsitz verwiesen, die besondere Zuständigkeit am Handlungs- oder Erfolgsort wäre für ihn Makulatur.

31 Zum Begriff der doppelrelevanten Tatsache eingehend Urs H. HOFFMANN-NOWOTNY, Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, Diss. Zürich 2010, Rz. 182 ff.

32 BGer 4A_430/2007 vom 11. Dezember 2007 E. 4; BGE 134 III 27 E. 6.2.1; BGE 133 III 295 E. 6.2.

33 Vgl. ANDREAS BUCHER, L'examen de la compétence internationale par le juge suisse, in: Sem-Jud 129 (2007) II 153 ff., S. 157; HOFFMANN-NOWOTNY (Fn. 31), Rz. 27.

34 Im Ergebnis ebenso HOFFMANN-NOWOTNY (Fn. 31), Rz. 561; Kritisch hierzu PETER MANKOWSKI, Die Lehre von den doppelrelevanten Tatsachen auf dem Prüfstand der internationalen Zuständigkeit: zu LG Tübingen, 30.3.2005–5 O 45/03, in: IPRax 26 (2006), S. 454 ff., S. 457 f. MANKOWSKI hält es erstens für nicht sehr wahrscheinlich, dass der in einem Staat nicht durchgedrungene Kläger die Klage nochmals in einem anderen Staat anhängig machen wird; zweitens erachtet er den vermeintlichen Vorteil eines Sachurteils als zu teuer erkaufte, da der Beklagte im Ausland einen Prozess hat führen müssen; drittens spricht er sich gegen eine Zwangsbegleichung des Beklagten aus, da dieser sich, wenn ihm denn effektiv etwas an einem Sachurteil liegen würde, schlicht auf die Einrede der Unzuständigkeit verzichten und sich auf das Verfahren einlassen könnte.

26 IVO SCHWANDER, SZIER 2006, S. 341 f.

27 KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 9), Rz. 99 ff.; STEPHEN V. BERTI, in: Heinrich Honsell/Anton K. Schnyder/Nedim Peter Vogt/Stephen V. Berti (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., 2011, Art. 3 N 6 ff.

28 Diesbezüglich sei auf E. 11.2 des Tessiner Urteils (Fn. 1) hingewiesen.

29 PAUL VOLKEN, in: Daniel Girsberger u.a. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., 2004, Art. 3 N 4.

30 SCHWANDER, SZIER (Fn. 26), S. 342.

b. *Doppelrelevanz des Handlungsorts?*

Während der Kläger E im Rahmen der Verfahren um die Anerkennung und Vollstreckung der englischen Urteile offenbar noch vorgebracht hatte, dass sich der angebliche Handlungsort der ihm vorgeworfenen Delikte einzig in Kanada befände und deshalb die englischen Gerichte für deren Beurteilung gar nicht zuständig gewesen seien, führte er in diesem Verfahren aus, dass er die ihm von den Beklagten vorgeworfenen Handlungen (hypothetisch) überwiegend von seiner Anwaltskanzlei in Lugano aus begangen hätte (Erwägung 11.1 des Tessiner Entscheids). Gestützt auf letztere Ausführungen, auf welche die Seconda Camera civile del Tribunale d'appello aufgrund der Theorie der doppelrelevanten Tatsachen ausschliesslich abstellte, wurde das Forum am Handlungsort in Lugano bejaht.

Das Obergericht ist nicht auf die Problematik eingegangen, dass die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen nicht für Tatsachen gilt, die einzig für die Zuständigkeit von Relevanz sind.³⁵ Während es sich bei der Frage, ob die von den Beklagten geltend gemachten Ansprüche deliktsrechtlicher Natur sind, offensichtlich um ein Problem sowohl der Zuständigkeit wie auch der materiellen Begründetheit der Klage handelt, so ist die Bestimmung des Handlungsortes einzig für die internationale Zuständigkeit von Belang und damit – streng genommen – gar nicht doppelrelevant.³⁶

Allerdings ist umgekehrt zu beachten, dass sich das «Wo» (Lokalisierung des Handlungsorts) in allen Fällen erübrigt, in welchen gar kein «Ob» (unerlaubte Handlung) stattgefunden hat. Würde man ein Beweisverfahren über das «Wo» durchführen, so umfasste dieses notwendigerweise auch das – klar doppelrelevante – «Ob». Grundsätzlich ist daher das «Wo» ebenfalls als – wenn auch nur «unechte» – doppelrelevante Tatsache zu behandeln und vorerst keiner Beweispflicht zu unterwerfen.³⁷

Ist jedoch die Zuständigkeit bestritten, so sollte die Frage des Handlungs- bzw. Erfolgsortes (das «Wo») im Rahmen des Beweisverfahrens so früh wie möglich eingehend geprüft werden, da der Beklagte im Leistungsverfahren ein Interesse daran hat, dass ein Verfahren am unzuständigen Gericht möglichst kurz gehalten wird. Stellt sich im Beweisverfahren heraus, dass gar keine unerlaubte Handlung vorliegt, ist ein abweisender Sachentscheid zu fällen. Liegt zwar eine unerlaubte Handlung vor, aber ist das Gericht unzuständig, weil der Handlungs-/Erfolgsort nicht wie vom Kläger behauptet im Gerichtssprengel liegt, so ist nach zutreffender Auffassung ein Nichteintretensentscheid zu fällen.³⁸

35 Statt vieler: BGE 134 III 27 E. 6.2.1.

36 Vgl. KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 9), Rz. 2430; DIETER A. HOFFMANN/OLIVER M. KUNZ, in: Christian Oetiker/Thomas Weibel (Hrsg.), Basler Kommentar, Lugano Übereinkommen, 2011, Art. 5 N 466 mit Hinweis auf BGER 4C.329/2005 vom 5. Mai 2006 E. 2.2.

37 HOFFMANN-NOWOTNY (Fn. 31), Rz. 417, 419.

38 HOFFMANN-NOWOTNY (Fn. 31), Rz. 420. Zur engen Verflechtung des klagebegründenden Sach-

Der Vorgabe eines raschen Beweisverfahrens wurde in casu insofern nicht Rechnung getragen, als die Zuständigkeitsprüfung in einem separaten Zwischenverfahren erfolgte, in welches kein Beweisverfahren integriert war.³⁹

c. *Doppelrelevante Tatsachen und Schlüssigkeit der klägerischen Vorbringen*

Die Anforderungen an die klägerischen Vorbringen bezüglich des Vorhandenseins doppelrelevanter Tatsachen sind tief. Der Richter muss diese nicht einmal zwingend unter dem Gesichtspunkt einer gewissen Wahrscheinlichkeit prüfen.⁴⁰ Umso mehr ist Schlüssigkeit der Tatsachenbehauptungen vorauszusetzen.⁴¹ Bei einer Klage am Deliktort sind demnach Tatsachen zu behaupten, bei deren Vorhandensein eine unerlaubte Handlung vorliegen würde. Dabei genügt die blosser Nennung von Rechtsbegriffen wie z.B. «Es sei festzustellen, dass keine deliktischen Ansprüche bestehen» nicht.⁴² Bei der negativen Feststellungsklage sind diese Behauptungen zudem am Prozessstoff zu messen, der für die Beurteilung des klägerischen Rechtsschutzinteresses vorliegt.⁴³

Die klägerischen Vorbringen sind nicht im Detail aus dem Tessiner Urteil ersichtlich, weshalb nicht abschliessend beurteilt werden kann, ob sich daraus effektiv eine unerlaubte Handlung ergibt. Falls der Kläger bloss unmittelbar den Rechtsbegriff «deliktische Haftung» genannt hat, statt Tatsachen vorzubringen, welche diese rechtliche Beurteilung erlauben, so würde dies den genannten Anforderungen nicht genügen.

d. *Negative Feststellungsklage und separates Zwischenverfahren im Spannungsfeld mit der Theorie der Doppelrelevanz*

aa. *Doppelrelevante Tatsachen und negative Feststellungsklage*

Mit Blick auf die konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den doppelrelevanten Tatsachen ist der Seconda Camera civile del Tribunale d'appello im Prinzip zuzustimmen, dass bei der Prüfung der Zuständigkeit auf die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche sowie deren Begründungen abzustellen ist und die diesbezüglichen Einwände der Gegenpartei in diesem Stadium grundsätzlich nicht zu prüfen sind.⁴⁴

verhalts (in casu: unerlaubte Handlung) und den lokalisierenden Elementen (in casu: Handlungsort) eingehend HOFFMANN-NOWOTNY (Fn. 31), Rz. 411 ff.

39 Siehe C/II/5./bb. hinten.

40 BGE 136 III 486 E. 4 (= Pra 100 [2011] Nr. 32); FELIX DASSER, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (Hrsg.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl. 2011, Art. 2 N 4.

41 HOFFMANN-NOWOTNY (Fn. 31), Rz. 192.

42 HOFFMANN-NOWOTNY (Fn. 31), Rz. 189.

43 Siehe C/II/5./c. vorne.

44 BGER 4A_430/2007 vom 11. Dezember 2007 E. 4; BGE 134 III 27 E. 6.2.1; BGE 133 III 295 E. 6.2.

Zu hinterfragen ist indessen die obergerichtliche Erwägung, wonach die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen ohne Weiteres auch auf eine *negative Feststellungsklage* übertragen werden könne.⁴⁵ Bei der negativen Feststellungsklage ist die formale Prozessrolle von Kläger und Beklagtem zwar grundsätzlich zu beachten,⁴⁶ womit bei den deliktischen Gerichtsständen das Wahlrecht zwischen Handlungs- und Erfolgsort damit auf den Kläger und potentiellen Schädiger übergeht.⁴⁷ Jedoch ist fragwürdig, dass die zuständigkeitsrechtliche Qualifikation einer doppelrelevanten Tatsache (deliktsrechtliche Natur der umstrittenen Ansprüche) einzig gestützt auf die – sachverhältnissen oder rechtlichen – Ausführungen des negativen Feststellungsklägers bejaht werden soll. Die Beurteilung der für die negative Feststellungsklage doppelrelevanten Tatsachen kann nämlich begriffsnotwendig gar nicht ohne Berücksichtigung des Beklagten auskommen.⁴⁸ Denn allein das (vorprozessuale) Verhalten des Beklagten führt in der Regel zu einem ausreichenden Rechtsschutzinteresse des negativen Feststellungsklägers, und nur aus diesem Verhalten wird ersichtlich, welche Ansprüche gemäss Kläger nicht existieren sollen.⁴⁹ Der Kläger leitet eine negative Feststellungsklage ja nicht zum Selbstzweck ein, sondern er lanciert diese als Reaktion auf einen geplanten oder im Ausland bereits durchgeführten Rechtsangriff des Beklagten.⁵⁰

Im zu beurteilenden Fall bejahen sowohl das Bundesgericht wie das Tessiner Kantonsgericht das genügende Feststellungsinteresse bzw. die Unzumutbarkeit der Fortdauer der Rechtsungewissheit damit, dass sich die Beklagten beharrlich als Gläubiger des Klägers ausgegeben und mehrere Anerkennungsversuche der englischen Urteile in der Schweiz durchgeführt hätten.⁵¹ In diesem Zusammenhang stellten sie richtig auf das vorprozessuale Verhalten der Beklagten ab. Im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung sah aber das Kantonsgericht davon ab, dieses vorprozessuale Verhalten der Beklagten sowie die damit verbundene Qualifikation des Streitgegenstands der englischen Urteile zu berück-

sichtigen; es stellte diesbezüglich allein auf die klägerischen Ausführungen ab.⁵² Dieses Vorgehen ist insofern nicht konsequent und kann zu einem fehlerhaften Zuständigkeitsentscheid führen. Es steht in einem Spannungsfeld zu Prozessökonomie und Beklagtenschutz.

bb. Doppelrelevante Tatsachen und separates Zwischenverfahren

In casu ist zu beachten, dass der Gerichtspräsident von Lugano das Verfahren u. a. auf die Frage der Zuständigkeit begrenzt hat. Die eingeschränkte Kognition bei doppelrelevanten Tatsachen im Stadium der Zuständigkeitsprüfung erscheint jedoch nur dann sinnvoll, wenn die Eintretensfrage nicht prozessual von der materiellen Beurteilung der Sache getrennt wird. Werden die Fragen der Zuständigkeit sowie der materiellen Begründetheit der Klage wie vorliegend in getrennten Verfahren behandelt, so *verliert* das Vorgehen mittels Theorie der Doppelrelevanz weitgehend seine *Berechtigung*.⁵³

Neben der Wahrung der Prozessökonomie besteht ein weiterer Zweck der bundesgerichtlichen Theorie der doppelrelevanten Tatsachen darin, (bei positiven Leistungsklagen) *den Beklagten zu schützen*. Dieser soll durch die *res iudicata* Wirkung des in der Sache abweisenden Entscheids gegen neuerliche Angriffe des Klägers abgesichert werden, was aber bei einem Nichteintretensentscheid gerade nicht der Fall wäre.⁵⁴ Es wurde bereits vorne⁵⁵ darauf hingewiesen, dass das System der Doppelrelevanz zu einer übermässigen Belastung für den Beklagten führt, wenn das Beweisverfahren nicht in unmittelbarer Reichweite liegt. Durch die Einschaltung eines Zwischenverfahrens wird die zeitliche und finanzielle Belastung des Beklagten aber noch akzentuiert. Der tiefere Hintergrund der Theorie besteht wie erwähnt darin, dass die Zuständigkeitsfrage nicht davon abhängen kann, ob die Klage in der Sache begründet ist oder nicht. Das gilt sowohl zum Schutz des Beklagten im positiven Leistungsverfahren wie zum Schutz des Klägers im negativen Feststellungsverfahren. Um diesem Problem Herr zu werden, bedarf es im Eintretensstadium einer Zuständigkeitsfiktion.⁵⁶

Gegen die Einschaltung eines Zwischenverfahrens spricht die *Bindungswirkung des Zwischenentscheides*: Sofern der Richter nach bloss eingeschränkter Zuständigkeitsprüfung zum Ergebnis gelangt, dass aufgrund der Behauptungslage erstens eine unerlaubte Handlung vorliege und zweitens der Handlungsort im Gerichtssprengel liege, so ist er an seinen zuständigkeitsbejahenden Zwischenentscheid gebunden. Selbst wenn sich im darauffolgenden Beweisverfahren herausstellen sollte, dass eine unerlaubte Handlung zwar zu bejahen ist, je-

45 Vgl. E. 10 des Urteils der Seconda Camera civile del Tribunale d'appello (Fn. 1); Ablehnend: HOFFMANN-NOWOTNY (Fn. 31), Rz. 538.

46 MARKUS, Berner Kommentar (Fn. 11), Art. 88 N 55; DERS., Lugano-Übereinkommen und SchKG-Zuständigkeiten: Provisorische Rechtsöffnung, Aberkennungsklage und Zahlungsbe-fehl, 2. Aufl., Diss. Basel 1997, S. 141; JAN KROPHOLLER, Europäisches Zivilprozessrecht, Kom-mentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischem Vollstreckungstitel, 8. Aufl., 2005, Art. 2 EuGVO N 1.

47 BGE 133 III 282 E. 4 f.; MARKUS, Berner Kommentar (Fn. 11), Art. 88 N 56; UMBRICHT/RODRI-GUEZ/KRÜSI (Fn. 9), Art. 129 N 38; HOFFMANN-NOWOTNY (Fn. 31), Rz. 529.

48 BGE 133 III 282 E. 3.2: «Zufolge des Rollentausches tritt bei der negativen Feststellungsklage die Anspruchsgegnerin als klägerische Partei auf. Für die Zuständigkeit kann nicht darauf abge-stellt werden, auf welche Grundlage die klagende Partei ihre Ansprüche stützt, denn diese macht gar keine Ansprüche geltend.»

49 BGE 133 III 282 E. 3.5.1; Vgl. auch PETER (Fn. 13), Rz. 12.

50 SCHWANDER spricht diesbezüglich von einer «reaktiven» negativen Feststellungsklage, vgl. SZIER 2006 (Fn. 26), S. 342.

51 Siehe D/I./2./c. hinten.

52 Dazu HOFFMANN-NOWOTNY (Fn. 31), Rz. 538.

53 Ob die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen überhaupt prozessökonomische Vorteile zeitigt, zieht in Zweifel: HOFFMANN-NOWOTNY (Fn. 31), Rz. 207 m.w.H.

54 BGE 122 III 249 E. 3/bb.

55 Siehe C/II./5./d./aa. vorne.

56 Siehe C/II./5./a. vorne.

doch weder deren Handlungs- noch Erfolgsort im Gerichtssprengel liegt, so muss der damit eigentlich unzuständige Richter eine materielle Entscheidung fällen: Gutheissung bei positiver Leistungsklage, Abweisung bei negativer Feststellungsklage. Der Richter kann nicht mehr auf seinen Zuständigkeitsentscheid zurückkommen. Die erwähnte Zuständigkeitsfiktion wird damit verunmöglicht. Ob in dieser Situation einem Parteirechtsmittel gegen den Zwischenentscheid Erfolg beschieden wäre, sei im Übrigen dahingestellt. Denn immerhin wurde ein Zuständigkeitsentscheid gefällt, der wegen der beschränkten Kognition des Gerichts nicht zu beanstanden ist.

Sofern auf die Einschaltung eines Zwischenverfahrens verzichtet wird, kann der Richter einen Nichteintretensentscheid wegen internationaler oder örtlicher Unzuständigkeit auch dann fällen, wenn sich erst im Rahmen des Beweisverfahrens herausstellt, dass das lokalisierende Element (Handlungs- bzw. Erfolgsort) nicht im Gerichtssprengel liegt. Der Richter hat dann zwar – gedanklich – zuerst seine Zuständigkeit (und damit auch das Vorhandensein des Handlungsortes im Gerichtssprengel) mit beschränkter Kognition bejaht, ist aber daran nicht weiter gebunden, sondern kann – auch erst im Rahmen der materiellen Prüfung der Hauptsache – immer noch einen Nichteintretensentscheid wegen örtlicher/internationaler Unzuständigkeit erlassen. Diese richterliche Entscheidflexibilität, welche für die Theorie der Doppelrelevanz wesensnotwendig ist, geht durch die Einschaltung eines separaten Zwischenverfahrens über die Zuständigkeit verloren.

Die negative Auswirkung eines Zwischenverfahrens für doppelrelevante Zuständigkeitsfragen besteht im Übrigen sowohl bei positiven Leistungs- wie bei negativen Feststellungsklagen, letzterenfalls unter umgekehrten Vorzeichen: Bejaht das Gericht im Zwischenverfahren in beschränkter Kognition die Vornahme einer unerlaubten Handlung im Gerichtssprengel, so wird es in der Folge auf die Klage eintreten und zur materiellen Prüfung gelangen. Stellt sich im darauffolgenden Beweisverfahren heraus, dass der negative Feststellungskläger zwar eine unerlaubte Handlung vorgenommen hat, allerdings weder Handlungs- noch Erfolgsort im Gerichtssprengel liegen, so muss der Richter aufgrund der Bindungswirkung des Zwischenentscheides einen klageabweisenden Sachentscheid fällen, obwohl er dafür nicht zuständig ist.

cc. Zwischenfazit

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass bei negativen Feststellungsklagen, die an einem besonderen Gerichtsstand wie dem Delikts- oder Erfüllungsort anhängig gemacht werden, die Behauptungen des Beklagten in die Beurteilung der Zuständigkeit einbezogen werden sollten. Zudem sollte innerhalb der Reichweite der Doppelrelevanz nie ein separates Zwischenverfahren über die Zuständigkeitsfrage durchgeführt werden.⁵⁷ Die Einschaltung eines Zwischen-

verfahrens birgt die Gefahr, dass der unzuständige Richter den präsumptiven Schädiger verurteilt (sofern der angebliche Schädiger vom Geschädigten eingeklagt wurde) bzw. dessen Klage abweist (sofern der Schädiger auf negative Feststellung gegen den angeblich Geschädigten klagt).

6. Fazit

Die vorliegende Sachverhaltskonstellation ist äusserst interessant, vereint sie doch mehrere Problemkreise des internationalen Zivilprozessrechts wie die negative Feststellungsklage, die Deliktzuständigkeit sowie die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen. Eine Zuständigkeit in der Schweiz lässt sich vorliegend einzig dann herleiten, wenn die negative Feststellungsklage deliktsrechtlich qualifiziert wird und der Handlungsort der umstrittenen unerlaubten Handlungen tatsächlich in der Schweiz liegt. Über diese Frage wäre gleich unter mehreren Aspekten ein Beweisverfahren unter Weglassung des Zwischenverfahrens durchzuführen gewesen. Allerdings ist selbst im Fall eines schweizerischen Handlungsorts fraglich, ob der dortige Richter auch über das Nichtbestehen von gesellschaftsrechtlichen Ansprüchen entscheiden darf.⁵⁸

D. Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage in der Schweiz

I. Erwägungen des Bundesgerichts zur negativen Feststellungsklage

1. Erwägung 2: Anwendbares Recht für die Überprüfung der Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage

Das Bundesgericht begnügte sich in Erwägung 2 mit der Feststellung, dass die negative Feststellungsklage sowohl nach schweizerischem als auch nach kanadischem Recht zulässig sei (Erwägungen 3 und 4). In Anlehnung an die Vorinstanz verzichtete es deshalb auf eine Auseinandersetzung mit der Frage, nach welchem Recht (*lex fori* oder *lex causae*) die Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage zu prüfen ist und unterliess auch die Bestimmung der von ihm – zumindest implizit – angewendeten *lex causae*.

2. Erwägung 3: Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage nach Schweizer Recht

a. Voraussetzungen im Allgemeinen

Das Bundesgericht führte in Erwägung 3 unter Verweisung auf seine bisherige Rechtsprechung⁵⁹ aus, dass eine negative Feststellungsklage nach schweize-

⁵⁷ Im Ergebnis so auch HOFFMANN-NOWOTNY (Fn. 31), Rz. 559.

⁵⁸ Siehe C/II./2. vorne, wonach Art. 151 IPRG als *lex specialis* dem allgemeinen Delikts- und Vertragsgerrichtsstand vorgeht.

⁵⁹ BGE 136 III 523 E. 5.

rischem Recht nur zuzulassen sei, wenn der Kläger an der sofortigen Feststellung ein erhebliches schutzwürdiges Interesse habe, welches kein rechtliches zu sein brauche, sondern auch bloss tatsächlicher Natur sein könne. Diese Voraussetzung sei namentlich gegeben, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss seien,⁶⁰ die Ungewissheit durch die richterliche Feststellung beseitigt werden könne⁶¹ und ihre Fortdauer der Klagepartei nicht zugemutet werden könne, weil sie sie in ihrer Bewegungsfreiheit hindere.⁶² Schliesslich seien bei der negativen Feststellungsklage auch allfällige Interessen des Gläubigers zu berücksichtigen.⁶³

b. Ungewissheit

Das Bundesgericht bejahte in Erwägung 3.1.2 eine Ungewissheit in den Rechtsbeziehungen der Parteien, weil sich noch kein Schweizer Richter über die materielle Begründetheit der (angeblichen) Forderungen der Beklagten geäussert habe. Die englische Justiz gehe zwar von der Begründetheit der beklagten Ansprüche aus; jedoch seien diese Entscheide in der Schweiz nicht anerkenn- und vollstreckbar. Diese Konstellation schaffe einen Leerraum, aufgrund dessen das Vorhandensein einer Ungewissheit, wie sie das Feststellungsinteresse voraussetze, zu bejahen sei.

c. Unzumutbarkeit

Unter Hinweis auf die Substantiierungspflicht nach Art. 106 Abs. 2 BGG verwarf das Bundesgericht in Erwägung 3.2.2 den Einwand, wonach sich die Beklagten in der Schweiz nicht als Gläubiger des Klägers gebärden hätten. Bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit war demgemäss von der erstinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung auszugehen, wonach sich die Beklagten in der Schweiz gegenüber Dritten wiederholt als Gläubiger des Klägers ausgegeben hätten.

Als typischen Fall für das Interesse an der sofortigen Feststellung der Rechtslage nannte das Bundesgericht in Erwägung 3.2.3 unter Verweisung auf seine Rechtsprechung⁶⁴ den Fall des Schuldners, der das Nichtbestehen einer Schuld feststellen lassen will, ohne länger zuzuwarten, ob der angebliche Gläubiger sich entscheidet, ihn zu belangen oder nicht. Unter diesem Aspekt sei der Umstand, dass sich die Beklagten gegenüber Dritten als Gläubiger des Klägers ausgegeben hätten, durchaus von Relevanz. Es sei beachtlich, mit welcher Beharrlichkeit die Beklagten das Verfahren in der Hauptsache sowie das Exequaturverfahren vorangetrieben hätten. Im heutigen Zeitpunkt hätten zwar einige dieser Verfahren an Aktualität verloren, nicht jedoch im Zeitpunkt der Einrei-

chung der hier zu beurteilenden negativen Feststellungsklage. Die Beklagten behaupteten zwar sämtliche Klagen fallengelassen zu haben, konnten jedoch das Bundesgericht nicht von der Willkür der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen überzeugen. Obwohl der negative Exequaturentscheid materiell rechtskräftig geworden sei und damit künftige Exequaturbegehren erfolglos bleiben würden, seien entsprechende Exequaturbegehren der Beklagten gegenüber dem Kläger ein Indiz für deren Zielstrebigkeit und damit für den Kläger eine unerträgliche Bedrohung. Im Weiteren sei die Unzumutbarkeit auch aufgrund der enormen Höhe der Forderungen, welche die Beklagten gegenüber dem Kläger geltend machten, zu bejahen.

d. Eignung und Subsidiarität der Feststellungsklage

Das Bundesgericht verwarf die Argumentation der Beklagten, welche der negativen Feststellungsklage jegliche Tauglichkeit zur Wiederherstellung der beruflichen Ehre und Kreditwürdigkeit absprachen, und erachtete auch das Kriterium der Subsidiarität der Feststellungsklage als gegeben (Erwägung 3.3).

Es stehe ausser Zweifel, dass die Klage geeignet sei um die vom Kläger angestrebten Ziele in der Schweiz zu erreichen, unabhängig davon, ob die Gutheissung der negativen Feststellungsklage einen Einfluss auf im Ausland hängige bzw. abgeschlossene Verfahren habe. Der Unsicherheit bzgl. der Rechtslage in der Schweiz könne allein mit einer negativen Feststellungsklage begegnet werden. Gestützt auf Art. 34 Abs. 3 LugÜ⁶⁵ werde das negative Feststellungsurteil jedem weiteren Anerkennungsgesuch von ausländischen Urteilen in derselben Sache entgegenstehen, da Art. 34 Abs. 3 LugÜ unabhängig davon anwendbar sei, in welchem Land die Streitsache zuerst rechtshängig gemacht oder entschieden worden sei (Erwägung 3.3.2).

Die Beklagten hätten dem Bundesgericht keine anderen rechtlichen Möglichkeiten als die negative Feststellungsklage aufzeigen können, welche die rechtliche Ungewissheit des Klägers beenden könnte. Deshalb sei auch das Kriterium der Subsidiarität ungeachtet der Wirkungen, welche die negative Feststellungsklage im Ausland haben könnte, zu bejahen (Erwägung 3.3.3).

e. Interessenabwägung

Die erstinstanzliche Feststellung, wonach die negative Feststellungsklage die Beklagten nicht übermässig belasten würde, sei im kantonalen Verfahren nicht angefochten worden und binde daher auch das Bundesgericht. Damit sei für die Interessenabwägung davon auszugehen, dass die Beklagten durch die Feststellungsklage nicht geschädigt würden, weil sie sämtliche Vorbringen aus dem

60 Siehe D/I./2./b. hinten.

61 Siehe D/I./2./d. hinten.

62 Siehe D/I./2./c. hinten.

63 Siehe D/I./2./e. hinten.

64 BGE 135 III 378 E. 2.2 (= Pra 98 [2009] Nr. 138).

65 Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen, LugÜ, SR 0.275.12).

identischen Prozess in England hätten wiederverwerten können (Erwägung 3.4). Das Bundesgericht verneinte damit überwiegende Gläubigerinteressen, die der negativen Feststellungsklage entgegenstehen könnten (Erwägung 3.4.2).

f. *Zwischenfazit: Zulässigkeit nach Schweizer Recht*

Das Bundesgericht erachtete die negative Feststellungsklage nach schweizerischem Recht aufgrund vorstehender Überlegungen als zulässig.

3. *Erwägung 4: Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage nach kanadischem Recht*

Das Bundesgericht verwarf die Einwände der Beklagten, die das kanadische Recht zu ihren Gunsten anriefen. Es führte aus, dass das kantonale Gericht die Zulässigkeit der Feststellungsklage nach kanadischem Recht primär damit begründet habe, dass das kanadische Recht weniger streng als das Schweizer Recht sei und damit die negative Feststellungsklage zulasse. Gemäss Vorinstanz sei die negative Feststellungsklage weder verfrüht eingereicht worden, noch beruhe sie einzig auf Hypothesen, und greife auch nicht ungerechtfertigt in die Rechte der Beklagten ein.

Da es sich vorliegend um eine vermögensrechtliche Angelegenheit handle, müssten die Beklagten gestützt auf Art. 96 lit. b BGG die Willkür der vorinstanzlichen Ausführungen nachweisen. Da sie sich jedoch darauf beschränkten, dass die Vorinstanz gewisse Ausführungen ihrer Stellungnahme zum kanadischen Recht falsch verstanden habe, trat das Bundesgericht auf die Beschwerde in diesem Punkt nicht ein.

II. Eigene Betrachtungen zur negativen Feststellungsklage

1. *Ermittlung des auf das Feststellungsinteresse anwendbaren Rechts*

Das Bundesgericht befasste sich in seiner Erwägung 2 in lediglich drei Sätzen mit der Frage nach dem anwendbaren Recht. Es liess diese letztlich offen, da ihm die diesbezüglichen tatsächlichen Feststellungen fehlten. Es folgte letztlich ohne weitere Begründung dem Ansatz der Vorinstanz und prüfte das Vorhandensein eines Feststellungsinteresses umfänglich sowohl unter dem Schweizer wie auch dem kanadischen Recht.

Die höchstrichterliche Vorgehensweise steht in einem Spannungsfeld mit der in Erwägung 4 des Bundesgerichtsentscheids 5A_88/2011 vom 23. September 2011 umschriebenen, differenzierten Vorgehensweise:

«S'agissant d'une action en constatation de droit, la question de savoir si un intérêt à l'action est nécessaire pour entrer en matière relève de la *lex fori*; en revanche, celle de savoir si le demandeur dispose effectivement d'un tel intérêt doit être examinée à la lumière de la *lex causae*.»

Welche Rechtsordnung für die Prüfung der Zulässigkeit einer negativen Feststellungsklage in Frage kommt, ist eng mit der umstrittenen Qualifikation des Feststellungsinteresses als Institut des materiellen Rechts oder des Prozessrechts verbunden.⁶⁶ Beim schutzwürdigen Feststellungsinteresse handelt es sich nach zutreffender Auffassung aber um ein prozessrechtliches Institut, weshalb die *lex fori* am Ausgangspunkt der Überlegungen stehen muss.⁶⁷ Da das Feststellungsinteresse gleichzeitig deutliche Berührungspunkte zum materiellen Recht aufweist, kann es indessen auch nicht losgelöst von diesem beurteilt werden. Wenn es um die Beurteilung eines *rechtlichen* Interesses geht, kann sich dieses allein aus dem anwendbaren materiellen Recht erschliessen. Die *lex causae* bestimmt nämlich, ob dem Kläger überhaupt ein Klagerecht zusteht.⁶⁸

Deshalb ist jeweils in zwei Schritten vorzugehen: Das Erfordernis des Feststellungsinteresses als solches ergibt sich somit für den Schweizer Richter bei internationalen Sachverhalten allein aufgrund der schweizerischen ZPO. Obwohl vom Bundesgericht im vorstehend wiedergegebenen Entscheid nicht genannt, muss dasselbe für die quantitative Frage gelten, wie hoch diese Hürde angesetzt wird. Zur Klärung, ob ein Feststellungsinteresse im konkreten Einzelfall effektiv vorhanden ist, ist hingegen die *lex causae* heranzuziehen.⁶⁹

Eine eigenständige Herleitung der *lex causae* im Rahmen des genannten zweiten Schrittes findet man in den höchstrichterlichen Erwägungen jedoch nicht. Dies hätte denn auch vorausgesetzt, dass die Rechtsnatur der Feststellungsklage qualifiziert worden wäre.

Falls der Kläger mit seiner Klage primär das Nichtbestehen von gesellschaftsrechtlichen Ansprüchen gegen ihn feststellen lassen wollte, wäre gestützt auf Art. 155 lit. g aIPRG das auf die Gesellschaft anwendbare Recht, mithin kanadisches Recht anzuwenden, zumal es sich bei der konkursiten F AG um eine kanadische Gesellschaft handelt. Mangels «schweizbezogener» Geschäftstätigkeit fände insbesondere die Sonderanknüpfung von Art. 159 aIPRG in casu wohl keine Anwendung.⁷⁰

Beschlägt die Klage von E sowohl deliktische wie auch gesellschaftsrechtliche Ansprüche, so wäre aufgrund der Akzessorietät des Deliktstatuts nach Art. 133 Abs. 3 aIPRG ebenfalls kanadisches Recht anwendbar.⁷¹

66 THOMAS ROHNER/MATTHIAS LERCH, in: Christian Oetiker/Thomas Weibel (Hrsg.), Basler Kommentar, Lugano Übereinkommen, 2011, Art. 1 N 8 m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung. Für einen rein prozessrechtlichen Charakter des Feststellungsinteresses spricht sich insbesondere FELIX DASSER (Feststellungsinteresse in internationalen Verhältnissen, Jusletter vom 29. September 2003) aus.

67 MARKUS, Berner Kommentar (Fn. 11), Art. 88 N 11 m.w.H.

68 MARCO STACHER, Das Rechtsschutzinteresse im internationalen Verhältnis, AJP 9/2007, S. 1128; MARKUS, Berner Kommentar (Fn. 11), Art. 88 N 11.

69 MARKUS, Berner Kommentar (Fn. 11), Art. 88 N 11.

70 Zum anwendbaren Recht im Gesellschaftsrecht vgl. insbesondere KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 9), Rz. 2797 ff.

71 KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 9), Rz. 2486 mit Hinweis auf die h.L., welche Art. 133 Abs. 3 IPRG

Bezweckte die Klage von E hingegen einzig die Feststellung des Nichtbestehens von deliktischen Ansprüchen gegen ihn, so bestimmte sich das Deliktsstatut nach Art. 133 Abs. 1 und 2 aIPRG. Mangels gemeinsamem Aufenthaltsort von Schädiger und Geschädigtem gelangte die *lex loci delicti* zur Anwendung. Falls Handlungs- und Erfolgsort auseinanderliegen, ist allein letzterer massgebend, sofern der Schädiger mit dem Eintritt des Erfolges in diesem Staat rechnen musste. Die Vorhersehbarkeit des Erfolgsortes wird vermutet, das Gegenteil wäre vom Schädiger zu beweisen. Das Recht am Handlungsort ist also nur subsidiär anwendbar, wenn der Schädiger nachweist, dass er mit dem Erfolgseintritt am Erfolgsort nicht rechnen musste,⁷² was im vorliegenden Fall stark angezweifelt werden darf.

Wie bereits die Vorinstanz vermied das Bundesgericht in casu die Bestimmung der *lex causae*, indem es die negative Feststellungsklage sozusagen «sicherheitshalber» sowohl nach schweizerischem wie auch kanadischem Recht als zulässig erachtete. Dieses Vorgehen schuf zwar in casu keine Probleme, zumal sowohl prozessuale Hürde wie materielle Klagevoraussetzungen nach beiden in Frage kommenden Rechten als gegeben erscheinen. Eine eingehendere Auseinandersetzung mit den Fragen der Qualifikation des Anspruchs und der Herleitung des anwendbaren Rechts wäre jedoch der Klarheit wegen zu begrüssen gewesen.

2. Feststellungsinteresse nach schweizerischem Recht

Das Bundesgericht setzt sich in Erwägung 3 seines Entscheids mit dem Feststellungsinteresse nach Schweizer Recht auseinander. Es prüft der Reihe nach das Vorhandensein einer rechtlichen Unklarheit, der Unzumutbarkeit der Fortdauer dieser Ungewissheit, der Eignung und der Subsidiarität der Feststellungsklage sowie der Abwägung der Gläubiger- und Schuldnerinteressen.

Dabei bejaht es zutreffend eine rechtliche Ungewissheit, die Unzumutbarkeit sowie das Überwiegen der Schuldnerinteressen. Es besteht noch kein schweizerischer Entscheid über die materielle Begründetheit der beklagten Ansprüche. Die von den Beklagten in England erstrittenen und rechtskräftigen Urteile vermögen in der Schweiz aufgrund des negativen Exequaturentscheids, der in Rechtskraft erwachsen ist,⁷³ keine Wirkungen zu zeitigen. Deshalb besteht auf schweizerischem Territorium ein Leerraum und damit *Ungewissheit*, ob die gegen den Kläger behaupteten Forderungen tatsächlich existieren. Diese Betrachtung relativiert sich nur unwesentlich durch die Tatsache, dass dieser Leerraum mit der Anerkennung weiterer ausländischer Urteile, etwa aus Kanada, ge-

füllt werden könnte. Der Anerkennung ausländischer Dritturteile könnte der vorliegende negative Exequaturentscheid nämlich nicht entgegengehalten werden.⁷⁴

Weil sich die Beklagten in der Schweiz wiederholt als Gläubiger von sehr hohen Forderungen gegenüber dem Kläger ausgegeben und damit dessen Ruf geschädigt haben, ist auch die *Unzumutbarkeit* zu bejahen.

Die *Verneinung* von überwiegenden *Gläubigerinteressen* leuchtet ebenfalls ein, zumal den Beklagten ein Verfahren in der Schweiz nicht unzumutbar erscheint, da sie dieselbe Argumentation sowie dieselben Beweise wie im Verfahren vor High Court of Justice of England and Wales verwenden können.

Die Voraussetzung der *Eignung* gibt jedoch zu Fragen Anlass, welche der BGE nicht beantwortet. Wie erwähnt, führte das Bundesgericht dazu aus, dass die Feststellungsklage in der Schweiz jedem weiteren Exequaturgesuch der ausländischen Urteile über dieselben Ansprüche als *res iudicata* entgegenstehen werde, sobald sie rechtskräftig entschieden sei (Erwägung 3.3.2).

Diese Aussage ist vorab insofern zu relativieren, als dass während laufendem Schweizer Verfahren zwar nicht die beiden englischen, jedoch allfällige andere ausländische Urteile (z.B. aus Kanada) hierzulande exequaturisiert werden könnten und damit eine *res iudicata* in der Schweiz schaffen würden. Wie vorstehend erwähnt, stünde das abgewiesene Exequatur der englischen Urteile dieser Anerkennung nicht entgegen.⁷⁵

Die Argumentation des Bundesgerichts ist auch unter dem Aspekt zu untersuchen, ob die vorliegende Feststellungsklage mit dem Streitgegenstand der englischen Urteile identisch ist. Wie vorne⁷⁶ gezeigt, besteht eine Zuständigkeit in der Schweiz nur unter der Voraussetzung, dass die Feststellungsklage ausschliesslich deliktsrechtlich zu qualifizieren ist. Für die Beurteilung gesellschaftsrechtlicher Ansprüche, die den primären Gegenstand der englischen Urteile aus den Jahren 1998/99 bilden, bestünde in der Schweiz hingegen kein Forum.

Damit ist die Identität der Streitgegenstände objektiv in Frage gestellt. Die Identität der Streitgegenstände wurde zwar vor Bundesgericht von keiner Partei bestritten (Erwägung 6.1). Trotzdem entbehrt es nicht einer gewissen Widersprüchlichkeit, wenn einerseits für die Herleitung einer schweizerischen Zuständigkeit auf die deliktsrechtliche Natur der negativen Feststellungsklage abzustellen ist, wogegen für den Umfang der Rechtskraftwirkung davon ausgegangen wird, dass dieselbe Klage der Anerkennung und Vollstreckung der englischen Urteile, die eine organrechtliche Haftung von E bejahen, als *res iudicata* i.S.v. Art. 34 Ziff. 3 LugÜ entgegenstünde. Beide Aspekte – Zuständigkeit und *res iudicata* – unterliegen Official- und Untersuchungsmaxime. Auch unter dem

auch dann anwendbar betrachtet, wenn Organe des Vertragspartners das Delikt verursacht haben.

72 KREN KOSTKIEWICZ (Fn. 9), Rz. 2495.

73 Siehe F. hinten.

74 Siehe dazu hinten F/II.

75 Vgl. dazu auch hinten F/II.

76 Siehe C/II. vorne.

Gesichtspunkt der Unvereinbarkeit i.S.v. Art. 34 Abs. 3 LugÜ, wonach für die Anerkennungsverweigerung zufolge *res iudicata* keine strikte Identität des Streitgegenstandes vorausgesetzt ist,⁷⁷ erscheint die unterschiedliche Qualifikation der Klage für die Zuständigkeit und den Umfang der Rechtskraftwirkungen zumindest inkonsistent.

3. Feststellungsinteresse nach kanadischem Recht

Das Bundesgericht setzte sich unter dem Aspekt des Art. 96 lit. b BGG⁷⁸ nicht vertieft mit dem Feststellungsinteresse nach kanadischem Recht auseinander. Es beschränkte seine Kognition mit dem Argument, es handle sich vorliegend um eine vermögensrechtliche Sache. Allerdings kann durchaus die Frage gestellt werden, ob die Kognitionsbeschränkung auch gilt, wenn das ausländische Recht ausnahmsweise im engen Kontext mit der Beantwortung einer prozessualen Frage – nämlich des Vorhandenseins eines konkreten Feststellungsinteresses – zu konsultieren ist.⁷⁹ Der grundsätzlich eng zu interpretierende Art. 96 lit. b BGG scheint nicht auf diesen Fall zugeschnitten, sondern beansprucht seine Geltung lediglich im Rahmen der Prüfung des materiellen Streitgegenstands.

III. Fazit

Das Bundesgericht ist seiner differenzierten Rechtsprechung vom 23. September 2011⁸⁰, welche das anwendbare Recht zur Bestimmung des Feststellungsinteresses bestimmt, vorliegend nicht gefolgt. Gleichzeitig wird eine eigenständige Herleitung des anwendbaren Rechts, die eine klare Qualifikation des eingeklagten Anspruchs erfordert hätte, vermisst. Obwohl diese Unterlassung in casu wohl zu keiner unterschiedlichen Beurteilung geführt hat, hätten weitere Ausführungen des Bundesgerichts zum Thema des anwendbaren Rechts wesentlich zur Klarheit beigetragen.

E. Litispendenz im internationalen Verhältnis

I. Erwägung 5 des Bundesgerichts zur Litispendenz

Das Bundesgericht befasste sich in Erwägung 5 mit der Einrede der Litispendenz nach Art. 21 aLugÜ, welcher in intertemporaler Hinsicht auf den vorlie-

genden Sachverhalt noch anwendbar war. Die Beklagten wendeten ein, dass auf die negative Feststellungsklage von E nicht hätte eingetreten werden dürfen, auch wenn das englische Verfahren abgeschlossen sei. Art. 21 aLugÜ sei nur an zwei Voraussetzungen gebunden: Die Identität der Parteien sowie die Identität des Streitgegenstandes. Die Präklusivwirkung von Art. 21 aLugÜ habe selbst dann noch Bestand, wenn die Litispendenz erst nach Abschluss des ersten Verfahrens eingewendet werde. Eine gleichzeitige Rechtshängigkeit der beiden Verfahren würde durch Art. 21 aLugÜ nicht vorausgesetzt. Nur diese Auslegung würde der *ratio legis* von Art. 21 aLugÜ entsprechen, dessen Ziel es sei, widersprechende Urteile zu vermeiden.

Das Bundesgericht führte in Erwägung 5.2 zunächst aus, dass das LugÜ sich widersprechende Urteile in zwei Phasen zu verhindern versuche: Erstens in der Phase der Rechtshängigkeit nach Art. 21 aLugÜ bzw. Art. 27 LugÜ sowie zweitens in der Phase der Anerkennung nach Art. 26 aLugÜ bzw. Art. 33 LugÜ. Mit diversen Verweisungen auf die Literatur⁸¹ unterstrich das Bundesgericht, dass Art. 21 aLugÜ bzw. Art. 27 LugÜ nur dann anwendbar sei, wenn beide Verfahren noch pendent seien. Zumal die englischen Verfahren bereits abgeschlossen seien, sei die Rüge der Verletzung der Litispendenz im zu beurteilenden Fall unbegründet.

II. Eigene Betrachtungen zur Litispendenz

Wenn bei Gerichten verschiedener Vertragsstaaten Klagen wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien anhängig gemacht werden, setzt das später angerufene Gericht das Verfahren von Amtes wegen aus und erklärt sich gegebenenfalls für unzuständig (Art. 21 aLugÜ/Art. 27 LugÜ). Damit definiert das LugÜ die Wirkungen paralleler ausländischer Verfahren und bezweckt so die Vermeidung widersprüchlicher Entscheide.⁸²

Zu beurteilen war einzig die Frage, ob die Anwendbarkeit von Art. 21 aLugÜ/Art. 27 LugÜ voraussetzt, dass im Zeitpunkt der Litispendenz-Einrede im schweizerischen Zweitverfahren der ausländische Erstprozess noch rechts-hängig ist. Der diesbezüglichen Erwägung 5 des Bundesgerichts ist vorbehaltlos zuzustimmen. Der Einrede der Rechtshängigkeit nach Art. 21 aLugÜ/Art. 27 LugÜ soll nur dann Erfolg beschieden sein, wenn sowohl das ausländische wie auch das inländische Verfahren noch rechtshängig sind. Danach greifen Anerkennung und *res iudicata*.

Ist der ausländische Erstprozess beendet, so geniesst er gegenüber dem inländischen Verfahren denn auch einen wesentlich verstärkten Schutz: Das aus dem ausländischen Prozess hervorgehende Urteil wird nämlich im Anerken-

77 Statt vieler: TANJA DOMEJ/PAUL OBERHAMMER, in: Anton K. Schnyder (Hrsg.), *Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht*, Kommentar, 2011, Art. 34 LugÜ N 60.

78 Vgl. MARKUS SCHOTT, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz*, 2. Aufl., 2011, Art. 96 N 15.

79 Siehe D/II/1. vorne.

80 BGer 5A_88/2011 vom 23. September 2011 E. 4; Siehe D/II/1. vorne.

81 Statt vieler: DASSER (Fn. 40), Art. 27 N 19.

82 Statt vieler: RAMON MABILLARD, in: Christian Oetiker/Thomas Weibel (Hrsg.), *Basler Kommentar, Lugano Übereinkommen*, 2011, Art. 27 N 2.

nungs-Inland anerkannt, ohne dass nach den beiden LugÜ das inländische Verfahren überhaupt noch berücksichtigt würde. Das inländische Verfahren kann sich erst wieder behaupten, wenn es – trotz zwischenzeitlicher ausländischer *res iudicata* – weitergeführt wird und in ein Urteil mündet (Art. 27 Ziff. 3 aLuÜ, Art. 34 Ziff. 3 LugÜ).

Dieser Schutz des ausländischen Urteils bedingt jedoch dessen Anerkennbarkeit, an welcher es im vorliegenden Verfahren gerade mangelte. Mit ihrem extensiven Konzept der parallelen Rechtshängigkeit versuchten die Beklagten vergebens, die negativen Konsequenzen der mangelnden Anerkennung zu umschiffen, zumal eine Anerkennungsprognose bei der Rechtshängigkeit nach beiden LugÜ nicht erforderlich ist.

Der mögliche Einwand, wonach aus dieser Sicht das Ergebnis letztlich vom Zufall bzw. vom Zeitpunkt der Einreichung der negativen Feststellungsklage abhängt, sticht nicht. Hätte der durch die beiden Londoner Urteile zu hohem Schadenersatz verpflichtete E die negative Feststellungsklage bereits während des Londoner Verfahrens, mithin in den Jahren 1998/99 anhängig gemacht, so hätte sich der Schweizer Richter aufgrund von Art. 21 aLugÜ bzw. Art. 27 LugÜ wohl für unzuständig erklären müssen. Dieser Nichteintretensentscheid hätte jedoch ohnehin keine materielle Rechtskraft gezeitigt und wäre damit einer späteren neuerlichen negativen Feststellungsklage von E, mithin in einem Zeitpunkt nach Ergehen des negativen Exequaturentscheids, nicht im Wege gestanden.

Im bundesgerichtlichen Verfahren war unbestritten, dass bei den fraglichen Verfahren überhaupt «derselbe Anspruch» vorliegt (E. 6.1). Am Rande sei dazu Folgendes angemerkt: Selbst wenn E das Nichtvorhandensein deliktischer Ansprüche gegen ihn feststellen lassen wollte und die ausländischen Urteile wohl eher auf gesellschaftsrechtliche Ansprüche der Beklagten gegen ihn erkannten, dürfte aber im Lichte der EuGH-Rechtsprechung Gubisch c. Palumbo⁸³ ein identischer Kernpunkt beider Verfahren gegeben sein und damit das Erfordernis der *eadem res* erfüllt sein. Im Kontext der Litispendenzprüfung kommt es nämlich nicht auf eine strenge Identität der Streitgegenstände an, sondern es greift vielmehr die breitere Betrachtungsweise der Kernpunkttheorie.

F. *Res iudicata* und Rechtskraft des negativen Exequaturentscheids

I. Erwägung 6 des Bundesgerichts zur *res iudicata*

Die Anwendbarkeit von Art. 21 aLugÜ verneinend, prüfte das Bundesgericht in Erwägung 6, ob auf die negative Feststellungsklage von E allenfalls infolge

einer *res iudicata* nicht einzutreten wäre. Dies würde neben der Identität der Parteien und des Streitgegenstandes insbesondere voraussetzen, dass der ergangene ausländische Entscheid in der Schweiz anerkannt wurde oder zumindest anerkannt werden könnte.⁸⁴

Da das Erfordernis der identischen Parteien und desselben Streitgegenstandes von den Beklagten nicht bestritten worden war, prüfte das Bundesgericht einzig, ob das die Anerkennung verweigernde Urteil des Tessiner Kantonsgerichts vom 25. Februar 2004 in materielle Rechtskraft erwachsen war. Der Gerichtspräsident von Lugano hatte diese Frage gestützt auf die einhellige Lehre sowie die Zürcher Rechtsprechung bejaht, indem er seinem negativen Exequaturentscheid (d.h. Verweigerung der Exequatur) in Dispositiv-Ziff. 4 die materielle Rechtskraft zuerkannte. Auch wenn diese Dispositiv-Ziffer von den Beklagten vor dem Tessiner Obergericht nicht angefochten worden war und sich dieses in der Folge nicht damit auseinandersetzte, prüfte das Bundesgericht die materielle Rechtskraft der Vollstreckbarerklärung (als Prozessvoraussetzung) von Amtes wegen.

Es führte aus, dass Entscheidungen, die aus selbständigen, hauptfrageweisen Anerkennungsverfahren hervorgehen, grundsätzlich in materielle Rechtskraft erwachsen. Dies gelte auch im Anwendungsbereich des LugÜ. Weiter untersuchte das Bundesgericht, ob auch dem negativen Exequaturentscheid materielle Rechtskraft zukomme. Mit der beinahe einhelligen Lehre⁸⁵ bejahte es dies, wobei es jedoch die wichtige Differenzierung anbrachte, dass dies für allein aus formellen Gründen abgewiesene Exequaturgesuche nicht gilt. Vorliegend hätten die kantonalen Gerichte das Exequatur der Londoner Urteile gestützt auf Art. 27 Abs. 1 aLugÜ (*ordre public*), mithin einen materiellen Grund, verweigert, womit der negative Exequaturentscheid in materielle Rechtskraft erwachsen sei. Dies habe zur Folge, dass die Londoner Urteile in der Schweiz keine Wirkung zeitigten und einer negativen Feststellungsklage zwischen denselben Parteien über denselben Streitgegenstand nicht entgegenstünden.

II. Eigene Betrachtungen zur *res iudicata*

Die bundesgerichtliche Konklusion, wonach nicht anerkennungsfähige ausländische Urteile in der Schweiz keine Wirkungen zeitigen und dementsprechend auch nicht als *res iudicata* einer negativen Feststellungsklage zwischen densel-

⁸⁴ So auch GEHRI, (Fn. 4), Art. 59 N 19.

⁸⁵ Vgl. z.B. PHILIPP GROZ, Die materielle Rechtskraft von Entscheiden betreffend Vollstreckbarerklärung ausländischer Urteile auf Geldleistung, AJP 2006, S. 683; IVO SCHWANDER, Aktuelle Fragen des Exequatur und des Exequaturverfahrens, ZZZ 2007, S. 14 ff.; LORENZ DROESE, Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., 2013, Art. 339 N 31; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., 2012, § 28 N 40.

⁸³ EuGH 8. 12. 1987 Gubisch c. Palumbo, Rs. C-144/86.

ben Parteien über denselben Streitgegenstand entgegenstehen, ist im Grunde eine Selbstverständlichkeit. Dies ergibt sich ausserhalb von Staatsverträgen bereits aus der Souveränität der Staaten, wonach kein Land verpflichtet ist, sich der ausländischen Gerichtshoheit zu unterwerfen oder ausländische Urteile anzuerkennen.⁸⁶ Soll ein ausländisches Urteil im Inland Wirkungen entfalten, so muss dieses anerkannt werden.⁸⁷ Dies gilt auch im Anwendungsbereich des LugÜ, welches mit seinem Anerkennungs-Automatismus die Prämissen umkehrt und eine Anerkennungs-Vermutung enthält. Das negative Exequatur stellt auch dort die Situation im gegenteiligen Sinn klar. Das ausländische Urteil kann im Inland keinerlei Wirkungen entfalten und damit einer negativen Feststellungsklage über denselben Streitgegenstand auch nicht als *res iudicata* entgegenstehen.

Konsequenz ist die damit verbundene Folgerung, dass sowohl der Erteilung wie auch der Verweigerung des Exequatur ihrerseits Rechtskraft zuzugestehen ist, sofern die Exequaturvoraussetzungen in der Sache beurteilt wurden.

Beim *positiven Exequaturentscheid* liegt die Antwort auf der Hand:⁸⁸ Bei der Anerkennung ausländischer Urteile geht es um deren materielle Anerkennungswirkungen. Diese Wirkungen sind dieselben wie bei einem materiell rechtskräftigen Urteil der Schweiz: Hier wie dort dienen positive und negative Rechtskraftwirkung des Urteils dem Rechtsfrieden zwischen den Parteien. Und die Herstellung dieses Rechtsfriedens verlangt danach, dass der Exequaturentscheid nachträglich nicht in Frage gestellt werden darf.

Ob ein selbständiger *negativer Exequaturentscheid* in materielle Rechtskraft erwachsen könne, war bis anhin unsicher und noch nicht höchstrichterlich entschieden.⁸⁹ Dabei sprechen aber vorab ähnliche Überlegungen der Rechtssicherheit wie beim positiven Exequaturentscheid dafür, diesen Entscheiden materielle Rechtskraft zuzugestehen.

Wie weit diese materielle Rechtskraft reicht, wurde vorliegend nicht problematisiert. Es lässt sich jedoch eine vergleichsweise geringere Reichweite negativer Exequaturentscheide begründen.⁹⁰ Die positive Anerkennung einer ausländischen Entscheidung dürfte Rechtskraft auch gegenüber ausländischen Dritturteilen entfalten, welche dieselben Parteien und denselben Streitgegenstand betreffen, während diese breite Wirkung einem negativen Exequatur nicht zuerkannt werden kann. In der vorliegenden Situation spielte diese Frage – nur

aber immerhin – deshalb eine Rolle, weil neben den beiden britischen Entscheidungen weitere ausländische Urteile im Raum standen.

Im vorliegenden Fall stand ein ausgesprochenes Bedürfnis der im Ausland unterlegenen Partei nach Klarheit im Vordergrund, dass im Anerkennungsterritorium keine Entscheidung die Parteien bindet, und dass eine Bindung vorab durch ein Erkenntnisverfahren einer der Parteien hergestellt werden kann. Die Rechtsunsicherheit wäre andernfalls unerträglich: Das Ergebnis wäre allein von der Aktivität des Klägers abhängig, der mit jedem Exequaturversuch seine Chancen auf Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ein und desselben ausländischen Urteils erneut testen könnte. Die Anerkennung bzw. Vollstreckbarerklärung des ausländischen Urteils ersetzt letztlich ein inländisches Sachurteil. Es ist unvorstellbar, dass diese Wirkungen der ausländischen Entscheidung zunächst verneint und später aber bejaht würden.⁹¹

G. Schluss

Die vom Bundesgericht in BGE 138 III 174 publizierten Erwägungen 5 und 6 dürften sich wohl breiter Zustimmung erfreuen. Wesentliche Antworten zu *lis pendens* und *res iudicata* des negativen Exequaturentscheids bieten nunmehr klarere Vorgaben für die zukünftige Rechtsprechung. Fragen bleiben hauptsächlich bei den nicht publizierten Erwägungen 2–4 offen. Was das anwendbare Recht für die Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage betrifft, bestätigen sie die – begrüßenswerten – Vorgaben der früheren Rechtsprechung nicht mit der wünschbaren Klarheit. Es ist im Zusammenhang mit dem Fragenkomplex rund um die Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage und dem darauf anwendbaren Recht zu bedauern, dass die Fragen der internationalzivilprozessualen und internationalprivatrechtlichen Qualifikation der involvierten Klagen nicht beantwortet wurden bzw. nicht zu beantworten waren.

Hinzunehmen ist schliesslich, dass sich das Bundesgericht nicht unmittelbar mit der internationalen Zuständigkeit auseinandersetzen musste, zumal die damit verbundenen komplexen Fragen u.a. der doppelrelevanten Tatsachen von den Vorinstanzen weniger Beachtung gefunden haben als sie verdient hätten. Ebenfalls im Zusammenhang mit der materiellen Bestimmung der Zuständigkeit ist im Übrigen eine gewisse Zurückhaltung dieser kantonalen Instanzen zu registrieren, sich mit Qualifikationsproblemen eingehend zu befassen, woraus gewisse Inkonsistenzen resultieren. Eine höchstrichterliche Stellungnahme zur Behandlung von doppelrelevanten Tatsachen bei einer negativen Feststellungsklage am Deliktort im Rahmen eines separaten Zwischenverfahrens wäre für die internationale Zivilprozessrechtslehre von grossem Interesse gewesen.

⁸⁶ GROZ (Fn. 85), S. 683.

⁸⁷ Statt vieler vgl. KARL SPÜHLER/RODRIGO RODRIGUEZ, Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 2013, Rz. 323.

⁸⁸ ALEXANDER R. MARKUS, Der schweizerische Vorbehalt nach Protokoll Nr. 1 Lugano-Übereinkommen: Vollstreckungsaufschub oder Vollstreckungshindernis?, ZBJV 1999, S. 66.

⁸⁹ Bejahend u.a. MARKUS, ZBJV (Fn. 88), S. 66, insbesondere Fn. 45; PETER STÜCHELI, Die Rechtsöffnung, 2000, S. 270 ff.; GROZ (Fn. 85), S. 687. Ablehnend YVES DONZALLAZ, La Convention de Lugano, Vol. II, 1997, Rz. 3450.

⁹⁰ Evtl. a.M. GROZ (Fn. 85), S. 686.

⁹¹ IVO SCHWANDER, SZIER 2007, S. 266 f.

Zusammenfassung

Die vom Bundesgericht in BGE 138 III 174 publizierten Erwägungen 5 und 6 zur Rechtshängigkeit sowie Rechtskraft negativer Exequaturentscheide dürften sich breiter Zustimmung erfreuen und bieten klare Vorgaben für die künftige Rechtsprechung. Offene Fragen rufen indes die nicht publizierten Erwägungen 2–4 hervor: Das Bundesgericht erachtet die Feststellungsklage sowohl nach schweizerischem wie auch kanadischem Recht als zulässig und umschiffte damit die Beantwortung mehrere interessanter Fragestellungen wie z.B.: Nach welchem Recht bestimmt sich die Zulässigkeit einer Feststellungsklage, *lex fori* oder *lex causae*? Ist der eingeklagte Anspruch als gesellschafts- oder deliktsrechtlich zu qualifizieren?

Das Bundesgericht hatte sich nicht mit der internationalen Zuständigkeit auseinanderzusetzen. Das Zusammenspiel von doppelrelevanten Tatsachen, separatem Zwischenverfahren sowie negativer Feststellungsklage wirft indessen viele Fragestellungen auf, deren höchstrichterliche Beantwortung für die internationale Zivilprozessrechtslehre von grossem Interesse gewesen wäre.

Résumé

Les considérations 5 et 6 (publiés dans ATF 138 III 174) du Tribunal fédéral traitent de la litispendance et chose jugée concernant une décision d'exequatur négative; elles se réjouissent d'une approbation large et améliorent la sécurité juridique. Les considérations non publiées 2–4 évoquent pourtant des questions ouvertes: Le Tribunal fédéral juge l'action en constatation de droit négative recevable tant selon le droit suisse que selon le droit canadien et parvient ainsi à éviter de répondre aux plusieurs questions intéressantes comme par exemple: Se détermine la recevabilité d'une action en constatation de droit selon la *lex fori* ou la *lex causae*? Est-ce que la prétention relève du droit délictuelle ou du droit des sociétés?

Le Tribunal fédéral n'a été pas confronté à la question de la compétence internationale. L'interaction de faits doublements pertinents, de la procédure incidente et de l'action en constatation de droit négative soulève plusieurs questions et les réponses de la cour suprême à ces dernières auraient été très intéressantes pour la doctrine relative à la procédure internationale civile.