

quant à leurs conditions de recevabilité. Afin de les clarifier, l'auteur propose de s'appuyer sur l'art. 59 CPC tout en se référant à la notion d'objet du litige. Cette disposition sous-entend que toutes les conditions de recevabilité doivent en principe être remplies, faute de quoi le tribunal saisi ne peut pas entrer en matière sur la demande de protection juridique. La loi prévoit cependant plusieurs exceptions qui assouplissent cette norme en soi rigide. S'agissant en particulier de la demande reconventionnelle, cela peut toutefois engendrer des tensions entre les conditions de recevabilité prévues par le CPC et la conception de l'identité d'objet retenue par la CJCE et reprise en droit national par le Tribunal fédéral, laquelle met l'accent sur la question juridique au centre des deux procès («Kernpunkttheorie»). Dans de tels cas, cette conception doit primer les conditions de recevabilité prévues par le CPC pour réunir des objets de litige, ce qui peut même aboutir, selon l'opinion défendue dans le présent article, à un passage de la procédure simplifiée à la procédure ordinaire.

## Die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks nach dem revidierten Lugano-Übereinkommen aus schweizerischer Sicht

ALEXANDER R. MARKUS\*

Schlagwörter: Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO; Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks; rechtliches Gehör; Exequatur; Schweizer Vorbehalt; Formelle Zustell-Mindestgarantie; Vollstreckungseinrede

### A. Einleitung

Art. 34 Nr. 2 LugÜ<sup>1</sup> normiert das rechtspolitisch zentrale Anliegen, dass ein Urteil nur zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung zugelassen werden kann, wenn das Gericht des Ursprungsmitgliedstaats der Entscheidung dem säumigen Beklagten im Einleitungsstadium das rechtliche Gehör gewährt hat. Ein Kernelement des rechtlichen Gehörs besteht darin, dass das verfahrenseinleitende Schriftstück dem Beklagten zugestellt wurde.

Die Revision des LugÜ, die in der Schweiz am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist, hat diesen Schutz gegenüber dem aLugÜ/EuGVÜ<sup>2</sup> von 1988 modifiziert und reduziert. In *formeller Hinsicht* erfolgte eine zweifache Modifikation: Erstens werden die Einreden gegen das Exequatur erst in zweiter Instanz geprüft,<sup>3</sup> und zweitens besteht die Obliegenheit des Exequaturgegners, sich bereits im Entscheidungsstaat gegen die fehlerhafte Zustellung des verfahrenseinleitenden Schrift-

\* Prof. Dr. iur. ALEXANDER R. MARKUS, Rechtsanwalt, ist ordentlicher Professor für Zivilverfahrensrecht und Internationales Privatrecht an der Universität Bern.

1 (Revidiertes) Lugano-Übereinkommen vom 30.10.2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen; LugÜ, SR 0.275.12.

2 Lugano-Übereinkommen vom 16.9.1988; aLugÜ, SR 0.275.11. Das LugÜ ist Paralleltext zur Europäischen Verordnung 44/2001 vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen (EuGVVO), die ihrerseits seit 1.3.2002 das zum aLugÜ parallel lautende Europäische Übereinkommen vom 27.9.1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen (EuGVÜ) ersetzt.

3 Art. 41 LugÜ.

stücks zu wehren. Damit wird die Prüfung zu einem wesentlichem Teil vom Exequaturstaat hin zum Entscheidungsstaat verschoben. Diese Obliegenheit ist Gegenstand des Vorbehalts, den die Schweiz anlässlich der Ratifikation erklärt hat.

Die Prüfung wurde aber auch in *materieller Hinsicht* reduziert. Diese Änderung ist auf negative Erfahrungen zurückzuführen, die unter dem Regime des Art. 27 Nr. 2 aLugÜ/EuGVÜ gemacht wurden. Der Justizgewährungsanspruch des Klägers kam zu kurz, zumal auch leichte Formfehler bei der verfahrenseinleitenden Zustellung eine Anerkennung und Vollstreckung verhinderten. Weil die verfahrenseinleitende Zustellung von Amtes wegen durchgeführt wird und zugleich eine Reihe von Formalien zu beachten sind, befindet sich der Kläger in der Hand der Zustellungsbehörden: Er kann deren Fehler und Unachtsamkeiten kaum verhindern – Fehler, die aber fatal für die Durchsetzung seines gerichtlich festgestellten Anspruchs sein können. Ebenso fatal für die Durchsetzung des klägerischen Anspruchs sind Machenschaften des Beklagten, der sich einer Zustellung erfolgreich entzieht und den Schutz auf diese Art missbraucht.

Nachfolgend soll gezeigt werden, wie weit die Modifikation des Art. 34 Nr. 2 LugÜ geht. Gibt es im Einleitungsstadium noch eine Mindestgarantie für das rechtliche Gehör des Beklagten, ein absolutes «no go» betreffend die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks? Oder ist alles erlaubt, solange der Beklagte nur auf beliebige Weise rechtzeitig vom Verfahren Kenntnis erlangt hat?

Aufgrund einer Darstellung der Positionen in der schweizerischen und deutschen Literatur sowie der wenigen bis heute vorhandenen Rechtsprechung sei im Folgenden dargelegt, dass die Revision in der Schweiz nicht auf Kosten eines substanziellen Beklagtenschutzes geht, sondern lediglich eine pragmatische Verwesentlichung dieses Schutzes darstellt, die es gleichzeitig erlaubt, dem Justizgewährungsanspruch des Klägers gerecht zu werden und Missbräuche durch den Beklagten zu vermeiden.

In der Schweiz ist die Sensibilität für diese Ausprägung des Gehörsschutzes besonders ausgeprägt. Dieses Land hat bei der Erarbeitung des revidierten LugÜ einen diesbezüglichen Vorbehalt ausgehandelt, der bei der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung in der Schweiz die Position des Beklagten in einem höheren Mass schützt als in den übrigen Mitgliedstaaten.<sup>4</sup>

Vor diesem Hintergrund gehen die Meinungen noch auseinander, wie dieser Schutz im Einzelnen ausgestaltet ist. Obgleich der Paralleltext der EuGVVO bereits seit zehn Jahren in Kraft ist, besteht beträchtliche Rechtsunsicherheit. Die bisherige Rechtsprechung, insbesondere des EuGH zu Art. 34 Nr. 2 EuGVVO, lässt nämlich keine klaren Rückschlüsse darauf zu, bei welchen Tatbeständen der Schutz im Einzelnen greift. Das hängt vorwiegend mit dem bedeutungsvollen Zusatz in Art. 34 Nr. 2 EuGVVO zusammen, gegen den die Schweiz den vorstehend erwähnten Vorbehalt erklärt hat: Gestützt auf diesen Zusatz wird das Exequatur oft allein deswegen zugelassen, weil der Beklagte

4 Dazu hinten B.II.

im Entscheidungsstaat die Möglichkeit hatte, einen Rechtsbehelf gegen die Gehörsverletzung zu ergreifen. Die Prüfung, ob und wie weit eine Verletzung des verfahrenseinleitenden Gehörs überhaupt vorgelegen hat, steht damit für die Rechtsprechung zur EuGVVO im Hintergrund.<sup>5</sup> Damit liegt eine bedeutende Verantwortung bei den schweizerischen Gerichten, welche einige der damit verbundenen Fragen wahrscheinlich als Erste zu klären haben werden.

Der vorliegende Beitrag will insbesondere die Änderungen gegenüber dem aLugÜ von 1988 einer vertieften Untersuchung unterziehen. Somit wird das Schwergewicht auf den Standard der Zustellung gelegt (die Art und «Weise» der Zustellung); was die «Rechtzeitigkeit» der Zustellung sowie die Einlassung betrifft, so kann recht weitgehend auf Schrifttum und Rechtsprechung auch noch zum aLugÜ von 1988 oder zum EuGVÜ verwiesen werden.

## B. Zur Auslegung des Art. 34 Nr. 2 LugÜ «Schweiz»

### I. Bestimmung und Vorbehalt im Wortlaut

Art. 34 Nr. 2 LugÜ lautet wie folgt:

«Eine Entscheidung wird nicht anerkannt, wenn

...

2. dem Beklagten, der sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat, das verfahrenseinleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück nicht so rechtzeitig und in einer Weise zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen konnte, es sei denn, der Beklagte hat gegen die Entscheidung keinen Rechtsbehelf eingelegt, obwohl er die Möglichkeit dazu hatte;

...»

Der schweizerische Vorbehalt zu dieser Bestimmung lautet gemäss Art. III Prot. Nr. 1 zum LugÜ wie folgt:

«1. Die Schweizerische Eidgenossenschaft behält sich das Recht vor, bei der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde zu erklären, dass sie den folgenden Teil der

Bestimmung in Artikel 34 Absatz 2 nicht anwenden wird:

«es sei denn, der Beklagte hat gegen die Entscheidung keinen Rechtsbehelf eingelegt, obwohl er die Möglichkeit dazu hatte».

Falls die Schweizerische Eidgenossenschaft diese Erklärung abgibt, wenden die anderen Vertragsparteien denselben Vorbehalt gegenüber Entscheidungen der schweizerischen Gerichte an.»

Die Schweiz hat diesen Vorbehalt anlässlich der Ratifikation erklärt.

5 So z.B. EuGH vom 14. 12. 2006 ASML, Rs. C-283/05; dazu hinten B.VIII.1.c.

## II. Der schweizerische Vorbehalt

Der letzte Satzteil des Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO bedeutet gegenüber dem aLugÜ eine wesentliche Reduktion des Beklagten schutzes im Exequaturstaat.<sup>6</sup> Auch wenn ihm das verfahrenseinleitende Schriftstück nicht oder in schwerwiegender Weise fehlerhaft zugestellt wurde, muss der Beklagte dagegen im Entscheidungsstaat ein Rechtsmittel ergreifen, wenn er die Möglichkeit dazu hatte, also insbesondere von der Entscheidung in einer Art und Weise Kenntnis erlangt hat, die ihm deren Anfechtung erlaubt. Diese Heilungsvorschrift ist für den Beklagten insbesondere dann problematisch, wenn die Kognition der Rechtsmittelinstanz beschränkt und die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels gering sind.<sup>7</sup>

Der EuGH hat die Heilungsvorschrift zudem in extensiver Weise ausgelegt, was die Position des Beklagten noch verschlechtert. Nach einem durchaus naheliegenden Verständnis könnte Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO so ausgelegt werden, dass der Beklagte die Einrede der fehlerhaften Zustellung im Vollstreckungsstaat auch dann erheben kann, wenn er mit dem Rechtsmittel im Entscheidungsstaat unterlegen ist. Das entspräche der «doppelten Kontrolle», wie sie der EuGH propagiert.<sup>8</sup> Die EuGH-Entscheidung Apostolides hat diese Auslegung jedoch verbaut. Sie statuiert deutlich, dass die Ergreifung eines Rechtsmittels im Entscheidungsstaat die Vollstreckungseinrede im Vollstreckungsstaat präkludiert.<sup>9</sup> Damit verschärft der EuGH die erwähnte Problematik, dass das Rechtsmittel im Entscheidungsstaat ineffizient sein kann, ganz entscheidend. Die Rechtsprechung des EuGH führt dazu, dass sich die Kontrolle im Vollstreckungsstaat sehr oft darauf beschränkt, ob die Entscheidung des Erststaats gehörskonform zugestellt wurde. Die Zustellungskontrolle des verfahrenseinleitenden Schriftstücks findet im Vollstreckungsstaat nur noch statt, wenn keine Möglichkeit eines Rechtsbehelfs im Entscheidungsstaat bestand. Im Ergebnis wird damit die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks – obwohl fundamentaler Gehörsanspruch – erheblich entwertet.

Im selben Ausmass verstärkt sich dadurch die Bedeutung des schweizerischen Vorbehalts: Der schweizerische Beklagte kann auch Wege der Verteidigung im Entscheidungsstaat suchen, ohne sich damit des Schutzes im Vollstreckungsstaat zu verweigern.

6 Vgl. zum Vorbehalt nur RODRIGO RODRIGUEZ, Die fehlerhafte Zustellung im revidierten Lugano-Übereinkommen, in: Jolanta Kren Kostkiewicz, Alexander R. Markus, Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Internationaler Zivilprozess 2011, Bern 2010, S. 22 ff.

7 ALEXANDER R. MARKUS, Revidierte Übereinkommen von Brüssel und Lugano: Zu den Hauptpunkten; SZW 1999, 219; RODRIGUEZ (Fn. 6), S. 23.

8 Vorne A; ANDREAS BUCHER in: Commentaire romand, Bâle 2011, art. 34 CL n. 45.

9 EuGH vom 28. 4. 2009 Apostolides, Rs. C-420/07, N 27 f., N 31 sowie Tenor. Vgl. die damit eingehende Meinung von REINHOLD GEIMER, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl., Köln 2009, N 2933, der im Ergreifen eines Rechtsmittels im Entscheidungsstaat bereits eine Einlassung auf die fehlerhafte Zustellung sieht.

ckungsstaat *a priori* zu begeben. An einen Rückzug des Vorbehalts<sup>10</sup> durch die Schweiz ist vor diesem Hintergrund nicht zu denken.

## III. Art und «Weise» der Zustellung und deren «Rechtzeitigkeit»: Verhältnis der beiden Elemente zueinander

### 1. «Ordnungsmässigkeit» und «Rechtzeitigkeit» unter dem aLugÜ

Für die Anerkennung eines ausländischen Urteils setzt Art. 27 Nr. 2 aLugÜ neben der Rechtzeitigkeit auch die «Ordnungsmässigkeit» der verfahrenseinleitenden Zustellung voraus. «Ordnungsmässigkeit» bedeutet hundertprozentige Konformität der Zustellung mit dem Recht des ersuchenden Staates, wobei zu diesem Recht auch Staatsverträge zu zählen sind, an die der ersuchende Staat bei der Zustellung gebunden ist.<sup>11</sup>

Unter dem aLugÜ war weitgehend unbestritten, dass die «Ordnungsmässigkeit» der Zustellung und deren Rechtzeitigkeit je selbständige und kumulative Bedingungen für die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Urteils darstellen.<sup>12</sup>

### 2. Art und «Weise» der Zustellung und «Rechtzeitigkeit» unter dem revidierten LugÜ

Das Erfordernis der Rechtzeitigkeit der Zustellung wurde unter dem revidierten LugÜ unverändert belassen.<sup>13</sup> Nach wie vor ist zu gewährleisten, dass die Zustellung so rechtzeitig erfolgt ist, dass der Beklagte sich verteidigen konnte.

Art. 27 Nr. 2 aLugÜ/EuGVÜ wurde mit der Überlegung revidiert, dass dem Beklagten die Möglichkeit genommen werden sollte, sich – unter Verstoß gegen Treu und Glauben – auf leichte formelle Zustellungsmängel zu berufen, die ihn in seinem rechtlichen Gehör nicht beschnitten haben.<sup>14</sup> Mit anderen Worten sollen die erwähnten Missbräuche des Verweigerungsrechts ausgeschlossen werden,<sup>15</sup>

10 Vgl. aber RODRIGUEZ (Fn. 6), S. 22; BUCHER (Fn. 8), art. 34 n. 45.

11 PETER F. SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, 3. Aufl., München 2009, Art. 34–36 N 11.

12 Siehe nur SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 17; a.M. REINHOLD GEIMER, in: Reinhold Geimer, Rolf A. Schütze (Hrsg.), Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl., München 2010, Art. 34 N 91. Aus der (vorliegend korrekten) Warte von Vollstreckungsverweigerungsgründen (und nicht von Vollstreckungsvoraussetzungen) wäre begrifflich zutreffend von einer *Alternativität* der Verweigerungsgründe zu sprechen (vgl. HEIMO SCHACK, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl., München 2010, N 935).

13 SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 17a.

14 Vorschlag der EU-Kommission vom 14. 7. 1999 für eine Verordnung (EG) des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, KOM 1999(348) endg., N 25; FAUSTO POCAR, Erläuternder Bericht zum Lugano-Übereinkommen vom 16. 11. 2009, Ratsdokument 12277/2/09 JUSTCIV 179, N 134.

15 MARKUS (Fn. 7), S. 218; ROLF SCHULER, in: Christian Oetiker, Thomas Weibel (Hrsg.), Kommentar zum LugÜ, Basel 2011, Art. 34 N 28; STEFAN LEIBLE, in: Thomas Rauscher (Hrsg.), Kommentar zur EuZPR und EuIPR, München 2011, Art. 34 N 30.

indem sich der Zustellungsbeklagte auf die Verletzung *blosser Förmlichkeiten*<sup>16</sup> beruft und damit die Effizienz der grenzüberschreitenden Vollstreckung ernsthaft in Frage stellt. Die Zustellungsrüge soll damit in ihrer Funktion auf die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs verwesentlich werden.<sup>17</sup> Dazu gehört, dass die Zustellung mit einer gewissen Formalität und in einer gewissen Solennität erfolgt, ohne die eine effiziente Warnung (Alarmierung) des Beklagten ausgeschlossen ist.<sup>18</sup> Eine formale Zustellungs-Mindestgarantie und eine Prüfung, die unabhängig von der «Rechtzeitigkeit» erfolgen kann, sind damit gewährleistet.

Das Erfordernis der «Ordnungsmässigkeit» in aLugÜ und EuGVÜ wurde somit nach der hier vertretenen Meinung nicht ganz ersatzlos fallengelassen, denn der Schutz des Vollstreckungsbeklagten wäre andernfalls zu kurz gekommen.<sup>19</sup> Ein Autor äussert sich sogar folgendermassen: «Der Verzicht auf die Prüfung der «Ordnungsmässigkeit» wird [vor diesem Hintergrund] an der grösseren Zahl der Fälle ... zu Recht nichts ändern».<sup>20</sup> Diese selbständige und absolute Bedeutung des Elements der Art und «Weise» der Zustellung wird allerdings nicht von allen Autoren geteilt. Somit wird diese Frage in der Folge weiter zu beleuchten sein.

#### IV. Absolute Betrachtungsweise bei schwerwiegenden Zustellungsmängeln, relative Betrachtungsweise bei anderen Zustellungsmängeln (überwiegende Lehre)

##### 1. Absoluter Schutz des Beklagten vor schwerwiegenden Mängeln der verfahrenseinleitenden Zustellung (formale Mindestgarantie)

Eine in der Schweiz weit überwiegende Lehre, die auch in Deutschland mehrheitlich vertreten wird, geht davon aus, dass der Beklagte bei schwerwiegenden Mängeln in der Benachrichtigung über das Verfahren vor einer grenzüberschreitenden Anerkennung und Vollstreckbarerklärung durchwegs geschützt ist. Sie folgt damit zu Recht einer historisch fundierten Teleologie<sup>21</sup> der neuen Bestimmung.

Der Schutz vor schwerwiegenden Mängeln der Zustellung erfolgt nach einer Reihe von Autoren in *absoluter Weise*, d.h. unabhängig davon, ob der Beklagte unter den Umständen vielleicht dennoch ausreichende Zeit und Möglichkeit

16 THOMAS RAUSCHER, Wie ordnungsgemäss muss die Zustellung für Brüssel I und Brüssel II sein?, in: Hideo Nakamura et al. (Hrsg.), Festschrift für Kostas E. Beys, Athen 2003, S. 1302.

17 LEIBLE (Fn. 15), Art. 34 N 30.

18 MARKUS (Fn. 7), S. 218; FELIX DASSER, MICHAEL FREY, Übergangsrechtliche Stolpersteine des revidierten Lugano-Übereinkommens, Jusletter 11.4.2011, N 6; RAUSCHER (Fn. 16), 1296; RODRIGUEZ (Fn. 6), 30; ebenso Botschaft des Bundesrates zum Lugano-Übereinkommen vom 18.2.2009, BBl 2009 1777, 1806.

19 MARKUS (Fn. 7), S. 219; SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 17.

20 RAUSCHER (Fn. 16), S. 1303.

21 Dazu vorne B.III., hinten B.VII.

hatte sich zu verteidigen, nach anderen wird der Schutz durch solche Mängel zumindest klar indiziert.<sup>22</sup> Die Art und «Weise» der Zustellung ist nach diesen Meinungen ein selbständiges und von der «Rechtzeitigkeit» unabhängiges Element der Prüfung. Begründet wird dies mit dem zutreffenden historischen Argument, dass eine residuelle «Ordnungsmässigkeit» der Zustellung auch nach der neuen Vorschrift des Art. 34. Nr. 2 LugÜ noch gilt.<sup>23</sup>

Es besteht also eine *formale Zustellungs-Mindestgarantie*,<sup>24</sup> die im Sinn eines zustellungsrechtlichen Kernschutzes mit *ordre public*-Qualität zu verstehen ist. Wie ein Autor sich ausdrückt, wird ein «... Freibrief zum Verlassen der geregelten Bahnen des Zustellungsrechts ...» von der neuen Regelung nicht ausgestellt.<sup>25</sup> Gravierende Zustellungsfehler fallen damit nach wie vor regelmässig unter Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO.

Nach dieser Betrachtungsweise genügt es insbesondere nicht, dass der Beklagte vom Verfahren «irgendwie erfährt».<sup>26</sup> Vielmehr hat die Zustellung insbesondere mit einer gewissen Formalität und mit der erwähnten Solennität zu erfolgen, die eine Alarmierung des Beklagten überhaupt bewirken kann.<sup>27</sup> Von der ganz persönlichen Fähigkeit des konkreten Beklagten, die Tragweite der Verfahrensbenachrichtigung zu erfassen, ist weitgehend zu abstrahieren: Der Grundsatz der prozessualen Gleichbehandlung setzt hier enge Grenzen.<sup>28</sup>

Entgegen der allgemeinen Tendenz der Revision bringt diese Auslegung des Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO gegenüber der herkömmlichen «Ordnungsmässigkeit» nach aLugÜ in einer Hinsicht sogar eine Verdichtung des Beklagten-schutzes mit sich. *Fiktive Zustellungen und Ersatzzustellungen*, die an sich nach dem Recht des ersuchenden Staates durchaus «ordnungsmässig» und damit erlaubt wären, reiben sich an Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO.<sup>29</sup> Die Mindest-

22 Schweiz: FRIDOLIN WALTHER, in: Felix Dasser und Paul Oberhammer (Hrsg.), Kommentar zum LugÜ, 2. Aufl., Bern 2011, Art. 34 N 56 ff.; DASSER/FREY (Fn. 18), N 26 f.; TANJA DOMEJ, PAUL OBERHAMMER, in: Anton K. Schnyder (Hrsg.), Kommentar zum LugÜ, Zürich 2011, Art. 34 N 37; MARKUS (Fn. 7), S. 30; SCHULER (Fn. 15), Art. 34 N 42 f.; IVO SCHWANDER, AJP 2010, S. 114; GERHARD WALTER, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2007, S. 459 (vgl. aber a.M. GERHARD WALTER, TANJA DOMEJ, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Aufl., Bern 2012, S. 497. Deutschland: LEIBLE (Fn. 15), Art. 34 N 33a; RAUSCHER (Fn. 16), S. 1294 f.; SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 17; vgl. JAN KROPHOLLER, JAN VON HEIN, Europäisches Zivilprozessrecht, Frankfurt a.M. 2011, Art. 34 N 39.

23 Vorne B.III.2., hinten B.VIII.2.; SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 17.

24 KROPHOLLER/VON HEIN (Fn. 22), Art. 34 N 39; DOMEJ/OBERHAMMER (Fn. 22), Art. 34 N 37; RAUSCHER (Fn. 16), S. 1298; SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 17; WALTHER (Fn. 22), Art. 34 N 56; ebenso Botschaft 1806.

25 RAUSCHER (Fn. 16), S. 1294.

26 SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 17; SCHWANDER (Fn. 22), S. 114; RAUSCHER (Fn. 16), S. 1295.

27 DASSER/FREY (Fn. 18), N 6; MARKUS (Fn. 7), S. 218; RODRIGUEZ (Fn. 6), S. 30; hinten B.IV.2.

28 Vgl. hinten B.IV.4. die analogen Überlegungen zur «Rechtzeitigkeit» der Zustellung.

29 MARKUS (Fn. 7), S. 20; die Behörden im Zweistaat sind bei der Prüfung ganz allgemein nicht an die Auffassung des Richters im Erststaat gebunden: EuGH vom 15.7.1982 Pandy Plastics, Rs. C-228/81; vgl. klar auch in dieser Richtung EuGH vom 6.9.2012 Trade Agency, Rs. C-619/10,

garantie ist instrumentsautonom auszulegen<sup>30</sup> und hat sich damit von der auf die Zustellung anwendbaren *lex fori* verselbständigt. Zudem ist auch bei Ersatzzustellungen regelmässig zusätzlich zu prüfen, ob die nach dem Recht des ersuchenden Staates zwar ordnungsgemässe Zustellung ggf. dennoch nicht dazu ausreicht, eine Frist für die Bemessung der «Rechtzeitigkeit» auszulösen.<sup>31</sup> Diese Entwicklung ist logische Konsequenz davon, dass die Betrachtung der *lex fori* durch eine instrumentsautonome Betrachtung abgelöst wird.

## 2. Absolute Betrachtungsweise und Begriff der «Zustellung»

Der vorstehend beschriebene absolute Schutz wird auch damit begründet, dass Art. 34 LugÜ/EuGVVO den Begriff der «Zustellung» verwendet. Eine solche liegt nämlich bei schwerwiegenden Mängeln der Übermittlung bereits begrifflich gar nicht mehr vor.<sup>32</sup>

Das ist insbesondere bei Zustellversuchen der Fall, die nicht von einer zuständigen Behörde ausgehen. Die Zuständigkeit bestimmt sich nach dem Recht des Entscheidungsstaats.<sup>33</sup> Offensichtliches Beispiel ist eine «Zustellung», die vom Kläger oder dessen Anwalt ausgeht, statt von einer (gerichtlichen) Behörde.<sup>34</sup>

Aber auch einer direkten postalischen oder elektronischen Übermittlung<sup>35</sup> sowie bei einem Brief ohne Rückschein<sup>36</sup> wird die Zustellungseigenschaft aberkannt,<sup>37</sup> zumal diesen Übermittlungsformen jede Warn- und z.T. auch die Beweisfunktion abgeht.<sup>38</sup>

N 32 ff. A.M. betreffend ordnungsmässige fiktive Zustellungen: HEINRICH NAGEL, PETER GOTTWALD, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl., Köln 2007, § 11 N 35.

30 Vgl. SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 17.

31 EuGH vom 16.6.1981 *Kloms*, Rs. 166/80, N 19; vgl. BGer vom 3.6.2008, 5A\_161/2008, E. 2.3.

32 LEIBLE (Fn. 15), Art. 34 N 33a; SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 17; DOMEI/OBERHAMMER (Fn. 22), Art. 34 N 37; RAUSCHER (Fn. 16), S. 1295.

33 WALTHER (Fn. 22), Art. 34 N 57; SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 17; DOMEI/OBERHAMMER (Fn. 22), Art. 34 N 37; SCHULER (Fn. 15), Art. 34 N 38; vgl. BGer vom 23.8.2011, 4A\_400/2010, E. 3.3 (allerdings zum aLugÜ).

34 DOMEI/OBERHAMMER (Fn. 22), Art. 34 N 37; LEIBLE (Fn. 15), Art. 34 N 33a; SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 17; WALTHER (Fn. 22), Art. 34 N 57. Anderes mag nur im Rechtskreis des Common Law gelten, der z.T. die Zustellung durch den klägerischen Anwalt rechtlich erlaubt.

35 Für Unzulässigkeit: SCHULER (Fn. 15), Art. 34 N 43; RAUSCHER (Fn. 16), 1296; SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 17; SCHWANDER (Fn. 22), S. 114; WALTHER (Fn. 22), Art. 34 N 58; BGE 135 III 623 E. 2.2; a.M. RODRIGUEZ (Fn. 6), S. 25 f.

36 Zustellungen ohne unterschriebenen Rückschein widersprechen den Grundsätzen der VollstreckungstitelVO, die als Minimalstandard auch für Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO gesehen werden (RAUSCHER [Fn. 16], S. 1300).

37 LEIBLE (Fn. 15), Art. 34 N 33a; RAUSCHER (Fn. 16), S. 1300 ff.

38 RAUSCHER (Fn. 16), S. 1296.

## 3. Beispiele für die formale Zustellungs-Mindestgarantie aus der Literatur

### a. Fiktive und Ersatzzustellungen, grob fehlerhafte Zustellungen

Eine Wohnsitzzustellung an einen Ort, an dem der Adressat keinen Wohnsitz (mehr) hat, erlaubt regelmässig die Vollstreckungseinrede nach Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO.<sup>39</sup>

Eine Ersatzzustellung, die an eine nur zufällig in den Geschäftsräumen des Beklagten anwesende Person vorgenommen wird, ist als Verstoß gegen den zu schützenden zustellungsrechtlichen Kernbereich zu qualifizieren.<sup>40</sup>

Zumindest muss ein Zustellungsversuch der zuständigen Behörde des Erststaats vorliegen.<sup>41</sup> Dies ist bei einer «Zustellung», die von einem klägerischen Anwalt ausgeht, regelmässig nicht der Fall, weshalb damit gegen die Mindestgarantie des Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO verstossen wird.<sup>42</sup>

Ein (auch eingeschriebener) Brief ohne Rückschein, selbst wenn er von der an sich zuständigen Behörde des Erststaats versandt wird, erfüllt ebenfalls den Tatbestand der genannten Bestimmung und stellt damit nach Meinung mehrerer Autoren einen Anerkennungs-Verweigerungsgrund dar.<sup>43</sup> Von dieser Auffassung wird indessen abzugehen sein, sollte die Schweiz dereinst die neuen EU-Rechtshilfelinstrumente<sup>44</sup> übernehmen, in welchen die direkte – behördliche – Postzustellung vorgesehen ist.<sup>45</sup>

### b. «Elektronische» Zustellungen

Ganz grundsätzlich als ungenügend wird ferner jede Form der elektronischen Übermittlung eines verfahrenseinleitenden Schriftstücks angesehen. Diese allzu restriktive Position wird immerhin von einem prominenten Vertreter der Minderheitsmeinung geäußert, der sich grundsätzlich gegen eine zustellungsrechtliche Mindestgarantie nach LugÜ/EuGVVO wendet.<sup>46</sup>

39 KROPHOLLER/VON HEIN (Fn. 22), Art. 34 N 40; vgl. die hinten bei B.VIII.3. dargestellte Rechtsprechung.

40 KROPHOLLER/VON HEIN (Fn. 22), Art. 34 N 40.

41 DOMEI/OBERHAMMER (Fn. 22), Art. 34 N 37; LEIBLE (Fn. 15), Art. 34 N 33a; SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 17; WALTHER (Fn. 22), Art. 34 N 57. Anderes mag allenfalls im Rechtskreis des Common Law gelten, der z.T. die Zustellung durch den klägerischen Anwalt rechtlich erlaubt.

42 Vorne B.IV.2.

43 LEIBLE (Fn. 15), Art. 34 N 33a; RAUSCHER (Fn. 16), S. 1296, S. 1300 ff.

44 Europäische Verordnung Nr. 1348/2000 vom 29.5.2000 über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in allen Mitgliedstaaten (EU-Zustellungsverordnung) und Verordnung Nr. 1206/2001 vom 28.5.2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen (EU-Beweisverordnung).

45 In der EU-Zustellungsverordnung werden die Nachteile der direkten Postzustellung für den Beklagten durch andere Kautelen kompensiert, die dem Beklagten ausreichende Solennität und damit Warnfunktion gewährleisten. Dieses Instrument bringt deshalb insgesamt einen Gewinn an Effizienz der Justiz, ohne gleichzeitig die Rechte des Beklagten zu vernachlässigen.

46 GEJMER (Fn. 12), Art. 34 N 91.

Gemäss SCHLOSSER ist eine gerichtlich genehmigte Faxübermittlung (auch durch den Anwalt), wenn sie vom ersuchenden innerstaatlichen Recht (bzw. allfälligen Staatsverträgen) vorgesehen ist, grenzüberschreitend zwar nicht «ordnungsgemäss», aber allenfalls unter Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO dennoch zulässig. Immerhin ist es aber auch nach dieser Aussage unabdingbar, dass die Faxübermittlung vom ersuchenden innerstaatlichen Recht erlaubt ist,<sup>47</sup> was nur in wenigen Rechtsordnungen der Fall sein wird.

c. *Gegen das Haager Zustellungsübereinkommen verstossende Zustellungen*

Die Zustellung darf das *Haager Zustellungsübereinkommen*<sup>48</sup> nicht verletzen.<sup>49</sup> Diese weitgehende Forderung der Literatur ist im Grundsatz richtig, jedoch insofern zu relativieren, dass nicht jeder nur geringfügige Verstoß gegen das Haager Zustellungsübereinkommen einen Anerkennungs-Verweigerungsgrund nach Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO auslöst. So kann etwa ein unbedeutender Fehler im Haager Übermittlungsformular nicht als Verweigerungsgrund herhalten. Das Staatsvertragsrecht setzt aber wegen seiner Eigenschaft als «kleinster gemeinsamer Nenner» einer ganzen Reihe von europäischen und aussereuropäischen Staaten in vielerlei Hinsicht einen gewichtigen internationalen Mindeststandard, den es auch im Rahmen des Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO zu beachten gilt. Beispiele dafür werden nachstehend angeführt.

Direkte postalische oder elektronische<sup>50</sup> Übermittlungen an den Beklagten im Geltungsbereich des Haager Zustellungsübereinkommens verstossen im Verkehr mit Staaten wie die Schweiz, die gegen eine direkte Zustellung einen Vorbehalt erklärt haben,<sup>51</sup> regelmässig gegen den Tatbestand des Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO.<sup>52</sup>

Nach einer Reihe von Autoren sind die in den Zustellungsübereinkommen (oder EU-Verordnungen) vorgesehenen Formulare zu verwenden und präzise auszufüllen, da andernfalls die formale Mindestgarantie der LugÜ/EuGVVO verletzt wird.<sup>53</sup> Diese Anforderung ist im Kontext der jeweiligen Zustellung insgesamt zu prüfen. Fest steht, dass das Formular den Zweck erfüllt, den Zustellungsbeklagten gleichzeitig zu warnen und zu informieren, weshalb dessen

47 SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 17.

48 Haager Übereinkommen vom 15. 11. 1965 über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen; HZUe65, SR 0.274.131.

49 WALTHER (Fn. 22), Art. 34 N 58.

50 Per Fax oder E-Mail, vgl. WALTHER (Fn. 22), Art. 34 N 58.

51 Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Wegleitung des Bundesamtes für Justiz, 3. Aufl. 2003, <http://www.rhf.admin.ch/etc/medialib/data/rhf.Par.0049.File.tmp/wegl-ziv-d.pdf>, 13; BGE 135 III 623 E. 2.2.

52 SCHULER (Fn. 15), Art. 34 N 43; RAUSCHER (Fn. 16), S. 1296; SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 17; SCHWANDER (Fn. 22), AJP 2010, S. 114; WALTHER (Fn. 22), Art. 34 N 58; BGE 135 III 623 E. 2.2; a.M. RODRIGUEZ (Fn. 6), S. 25 f.; WALTER/DOMEJ (Fn. 22), S. 497.

53 LEIBLE (Fn. 15), Art. 34 N 33a; SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 17; WALTHER (Fn. 22), Art. 34 N 59.

Fehlen je nach den weiteren Umständen durchaus als Verletzung der formalen Mindestgarantie zu werten ist.

Hat eine förmliche Zustellung nach Art. 5 Abs. 1 des Haager Zustellungsübereinkommens zu erfolgen, und ist die Klage in einer dem Beklagten nicht verständlichen Fremdsprache gehalten, so liegt ebenfalls ein schwerwiegender Zustellungsmangel vor.<sup>54</sup>

4. *Relativer Schutz bei nicht schwerwiegenden Zustellungsmängeln: Die Rechtzeitigkeit der Zustellung fällt in Betracht*

Bei nicht schwerwiegenden Zustellungsfehlern, also solchen, welche die zustellungsrechtliche formale Mindestgarantie bzw. die begriffliche Eigenschaft als «Zustellung» nicht in Frage stellen, greift die relative Betrachtungsweise.

Als nicht schwerwiegende Zustellungsfehler werden z.B. Tatbestände im Zusammenhang mit der Übersetzung der zugestellten Dokumente genannt, so etwa wenn der Beklagte die Sprache des Entscheidungsstaats versteht.<sup>55</sup> In dieselbe Kategorie nicht schwerwiegender Fehler gehört z.B. die Ersatzzustellung an ein im Hause wohnendes Familienmitglied, obwohl das Recht des Entscheidungsstaats eine solche nicht vorsieht.<sup>56</sup> Auch ein unvollständig ausgefülltes Formular nach dem Haager Zustellungsübereinkommen oder eine Zustellung nach ausserhalb der dafür vorgeschriebenen Uhrzeit können als Beispiele dienen.

Nach der relativen Betrachtungsweise hat die Zustellung so *rechtzeitig* zu erfolgen, dass dem Beklagten eine Verteidigung möglich ist.<sup>57</sup> Zustellungen ohne schwerwiegende Mängel erlauben in aller Regel Kenntnis des Beklagten vom Verfahren, so dass die Frage der Rechtzeitigkeit der Zustellung vollständig in den Vordergrund rückt.

Art und Weise der Zustellung und Zeitelement stehen denn auch in einem *unmittelbaren Zusammenhang*: Ist die Zustellung auf eine Weise erfolgt, welche die Gefahr verspäteter Kenntnisnahme birgt, so ist dies bei der Beurteilung der «Rechtzeitigkeit» der Zustellung zu berücksichtigen.<sup>58</sup> Sind gesetzliche Ladungs- oder Einladungsfristen verletzt, so ist dies regelmässig ein starkes Indiz dafür, dass die Rechtzeitigkeit unter Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO nicht mehr gegeben ist.<sup>59</sup> Hat der Beklagte für eine Übersetzung zu sorgen, so ist der dafür notwendige Zeitraum in die Überlegungen einzubeziehen.<sup>60</sup>

54 Vgl. KROPHOLLER/VON HEIN (Fn. 22), Art. 34 N 40; NAGEL/GOTTWALD (Fn. 29), § 11 N 35; LEIBLE (Fn. 15), Art. 34 N 33a; WALTHER (Fn. 22), Art. 34 N 60.

55 GEIMER (Fn. 9), N 2925; SCHACK (Fn. 12), N 937; SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 12.

56 GEIMER (Fn. 9), N 2919.

57 Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO.

58 SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 17e.

59 DOMEJ/OBERHAMMER (Fn. 22), Art. 34 N 42 m.w.H.; WALTHER (Fn. 22), Art. 34 N 69; vgl. auch GERHARD WALTER, Die zu kurz bemessene Einlassungsfrist, IPRax 1986, S. 349 f.

60 GEIMER (Fn. 9), N 2926.

Im Allgemeinen beginnt die Verteidigungsfrist zu laufen, wenn der Zustellungsadressat Kenntnis vom verfahrenseinleitenden Schriftstück nehmen kann.<sup>61</sup> Dabei ist nicht entscheidend, ob es dem Beklagten unter den konkreten Umständen doch persönlich möglich war, sich zu verteidigen, etwa aufgrund besonders glücklicher Umstände, die etwa darin bestehen können, dass der Beklagte zufällig bereits vorher anwaltlich verbeiständet oder über private Kanäle über den Rechtsstreit vorinformiert war. Auch hier bedarf es aus Gründen der rechtsgleichen Behandlung im Verfahren einer Objektivierung: Weder kann persönliche Nachlässigkeit dem Beklagten zum Vorteil, noch können ihm besondere persönliche Fähigkeiten und günstige Umstände zum Nachteil gereichen.<sup>62</sup>

### 5. Durchwegs relative Betrachtungsweise, nur Rechtzeitigkeit der Zustellung wird berücksichtigt (keine formale Mindestgarantie)

Eine Minderheitsansicht vertritt ungeachtet der Schwere des Zustellungsfehlers eine rein relative Betrachtungsweise, die allein darauf abstellt, ob dem Beklagten eine Verteidigung im Verfahren möglich war. Diese Möglichkeit zur Verteidigung wird breit gefasst: Abgestellt wird lediglich darauf, dass der Beklagte konkret und im Einzelfall so rechtzeitig Kenntnis erhalten hat, dass er sich verteidigen konnte, ungeachtet der Frage, wie und auf welchem Weg er von der Existenz des Verfahrens erfahren hat.<sup>63</sup> Selbst grobe Verstösse gegen die Zustellungsregeln (wie die direkte Postzustellung in die Schweiz) sollen die Vollstreckungseinrede nicht mehr begründen, solange die «Rechtzeitigkeit» gewahrt bleibt.<sup>64</sup> Die Minderheitsmeinung verlangt deshalb – entgegen dem Wortlaut – keine «Zustellung», sondern lediglich eine «Übermittlung».<sup>65</sup>

Eine solche Interpretation des Art. 34 Nr. 2 LugÜ reibt sich an Teleologie und Geschichte der Bestimmung.<sup>66</sup> Die Lesart der Minderheit führt im Ergebnis dazu, dass ausschliesslich auf die «Rechtzeitigkeit» der Zustellung abgestellt wird, nicht mehr aber auf deren Art und «Weise»: Die kumulative Bedeutung dieser Voraussetzungen wird in Frage gestellt. Diese Fragen seien nachstehend unter VI. weiter ausgeführt.

61 SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 17e.

62 Vgl. GEIMER (Fn. 12), Art. 34 N 91, der richtigerweise vom «abstrakt gedachten Normalfall» spricht; vgl. vorne B.IV.1.

63 GEIMER (Fn. 12), Art. 34 N 93; ANDREAS BUCHER, in: Andreas Bucher (Hrsg.), *Commentaire romand, Loi sur le droit international privé/Convention de Lugano*, Basel 2011, Art. 34 N 35 f.; WALTER/DOMEJ (Fn. 22), S. 496 f. (anders noch die Voraufgabe, vorne Fn. 22). Ev. als Zwischenpositionen interpretierbare Meinungen bei KROPHOLLER/VON HEIN (Fn. 22), Art. 34 N 38; NAGEL/GOTTWALD (Fn. 29), § 11 N 35; POCAR (Fn. 14), N 135; SCHACK (Fn. 12), N 938.

64 WALTER/DOMEJ (Fn. 22), S. 497.

65 GEIMER (Fn. 12), Art. 34 N 91.

66 Vgl. hinten B.VI. und B.VII.

Immerhin (und wohl bezeichnenderweise) wird diese Lehre kaum mit äusserster Konsequenz vertreten. So abstrahiert auch GEIMER in gewissem Mass von der konkreten Kenntnisnahme im Einzelfall und verteidigt in gewissen Zusammenhängen eine formale Mindestgarantie, indem er etwa elektronische Übermittlungen des verfahrenseinleitenden Schriftstücks ganz allgemein als ungenügend ansieht.<sup>67</sup>

### VI. Die überwiegende Lehre wird durch Wortlaut, Systematik und Teleologie gestützt

Der Mehrheitsmeinung in der Literatur, wonach der Beklagte bei schwerwiegenden Mängeln in der Benachrichtigung über das Verfahren vor einer grenzüberschreitenden Anerkennung und Vollstreckbarerklärung absolut geschützt ist (dazu B.III hiervor), kann auch unter den nachstehenden Gesichtspunkten gefolgt werden.

Ausgangspunkt der Auslegung eines Staatsvertrags ist sein Wortlaut.<sup>68</sup> Indem das LugÜ von einer «Zustellung» spricht, und nicht – wie die Haager Übereinkommen und das IPRG – von einer untechnischen «Übermittlung», lässt er eine rein relative Betrachtungsweise überhaupt nicht zu. Die gleichwertigen französischen und englischen Wortlaute machen den normativen Gehalt des Zustellungsbegriffs noch deutlicher: «signifié ou notifié» bzw. «served».<sup>69</sup>

Zudem setzt der Text für die verfahrenseinleitende Zustellung nicht nur die Voraussetzung «rechtzeitig», sondern kumulativ auch «in einer Weise» voraus, und schliesst damit aus, dass die Rechtzeitigkeit der Kenntnisnahme vom Verfahren für sich alleine für eine Vollstreckung genügen kann. Die Art und «Weise» der Zustellung muss also eine selbständige Rolle spielen können.

Immerhin fällt auf, dass der Text nicht nur in Bezug auf die Rechtzeitigkeit der Zustellung, sondern auch in Bezug auf die «Weise» der Zustellung relativ und konkret formuliert ist: «... in einer Weise ..., dass er sich verteidigen konnte». Das ist aber systematisch und teleologisch zu begrenzen.

Vorab ist eine Art und «Weise» der Zustellung nicht vorstellbar, durch die der Beklagte tatsächlich Kenntnis des Verfahrens erlangt, die ihm aber gleichzeitig für sich allein und konkret die Möglichkeit der Verteidigung nimmt. Der Zeitfaktor ist in diesen Fällen immer zusätzlich einzubeziehen. Entweder hat der Beklagte Kenntnis vom Verfahren, und ist diesfalls bei ausreichender Zeit auch befähigt, sich dagegen zu verteidigen, indem er sich z.B. zusätzliche Informationen zum Verfahren beschafft. Oder er hat keine Kenntnis vom Verfahren, womit die Exequatureinrede unter dem schweizerischen Vorbehalt gegeben

67 GEIMER (Fn. 12), Art. 34 N 91; vorne B.IV.3.b.

68 Art. 31 des Wiener Übereinkommens vom 23.5.1969 über das Recht der Verträge; WVR, SR 0.111.

69 Hinweis bei SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 17.

ist. Um dem Textteil «in einer Weise» einen selbständigen Sinn zu geben, ist deshalb ein wirksamer Einredbereich zu belassen, in welchem ein Beklagter zwar konkret Kenntnis des Verfahrens erlangt hat, und konkret auch genügend Zeit gehabt hätte, seine Verteidigung zu organisieren, es ihm jedoch aufgrund der schwer fehlerhaften Zustellung nicht zumutbar war dies zu tun.

Zum selben Ergebnis führt die Notwendigkeit, in Bezug auf die Art und «Weise» der Zustellung zu *abstrahieren* und zu *objektivieren*. Dies ergibt sich aus Gründen der Rechtssicherheit und der rechtsgleichen Behandlung im Prozessrecht. Besondere Sensibilität und Aufmerksamkeit des Beklagten sind diesem nicht anzulasten, so wenig wie besondere Nachlässigkeit und Unaufmerksamkeit des Beklagten dem Kläger zum Nachteil gereichen dürfen.<sup>70</sup>

Das Gesagte zeigt, dass die Art und «Weise» der Kenntnisgabe vom Verfahren zu normativieren sind, und dass nicht allein auf die faktische Kenntnis vom Verfahren abgestellt werden kann.

Wie vorstehend erwähnt, liefe die gegenteilige Betrachtungsweise darauf hinaus, dass allein die blosser Kenntnisnahme vom Verfahren – über welche Kanäle und in welcher Form auch immer, also auch eine rein private Mitteilung – rechtsgenügend wäre, sofern der Beklagte nur ausreichend Zeit zu seiner Verteidigung hatte. Dass dies abzulehnen ist, kann am Beispiel gezeigt werden, dass eine rein telefonische Kundgabe vom Verfahren niemals ausreichen kann, auch wenn sie noch so rechtzeitig erfolgt ist, dass es dem Beklagten möglich war, seine Verteidigung einzurichten.<sup>71</sup> Ohne absolute und abstrakte Anforderungen an die «Zustellung» wird der Schutz des Beklagten ernsthaft in Frage gestellt.<sup>72</sup>

## VII. Die überwiegende Lehre wird aus historischer Sicht gestützt

Zugleich steht die relative Betrachtungsweise in einem Widerspruch zur Entstehungsgeschichte des Art. 34. Nr. 2 LugÜ, wie er aus der Revision des Art. 27 Nr. 2 LugÜ hervorging. Bei der Auslegung von Staatsverträgen bleibt die historische Auslegung zwar hinter Wortlaut und Teleologie zurück; sie ist aber als ergänzende Auslegungsmethode durchaus massgeblich.<sup>73</sup> Die einleitenden Ausführungen<sup>74</sup> seien deshalb nachfolgend vertieft.

Die Revisionsverhandlungen wurden 1998–1999 im Rahmen einer EU-EFTA-Arbeitsgruppe geführt, wobei 15 EU-Staaten sowie drei EFTA-Staaten daran teilnahmen.<sup>75</sup> Der Arbeitsgruppe hatte zu Beginn der Verhandlungen ein

70 Vgl. GEIMER (Fn. 12), Art. 34 N 91; vgl. vorne B.IV.1.

71 MARKUS (Fn. 7), S. 218.

72 Vgl. EuGH vom 3.7.1990 Lancray, Rs. C-305/88, N 20, N 22, der sich deutlich gegen jede Ausweitung des Beklagten schutzes wendet.

73 Art. 32 WVR.

74 Vorne B.IV.2.

75 Der Autor war schweizerischer Verhandlungsführer; MARKUS (Fn. 7), S. 205 f.

Revisionsvorschlag zu Art. 27 Nr. 2 aLugÜ/EuGVÜ vorgelegen, der ausschliesslich von der Rechtzeitigkeit der Zustellung sprach, jedoch überhaupt keinen Bezug mehr auf «Ordnungsmässigkeit», Form oder «Weise» der Zustellung enthielt. Die Delegationen, die diesen Vorschlag unterstützten, argumentierten in sich gesehen logisch: Es könne ohne Weiteres allein auf die «Rechtzeitigkeit» abgestellt werden, weil auch der Begriff der Rechtzeitigkeit ja eine Kenntnisnahme des Verfahrens durch den Beklagten notwendig erfasse. Ohne diese Kenntnisnahme könne die massgebliche Frist gar nicht zu laufen beginnen.<sup>76</sup> Das entspricht exakt der Lesart, welche die vorne unter V. dargestellte Minderheitsmeinung dem aktuellen, erweiterten Text gibt.

Der Textteil «und in einer Weise» wurde erst auf Vorschlag zweier Delegationen eingefügt. Erklärter und ohne Weiteres ersichtlicher Zweck war es, neben der erwähnten «Rechtzeitigkeit» eine Mindestgarantie an Förmlichkeit zu garantieren, der u.a. mit einer gewissen Solennität eine Warnfunktion der Zustellung garantieren wollte.<sup>77</sup> Es galt eben gerade zu vermeiden, dass es ausreichen soll, dass der Beklagte *auf irgendeine Weise*, z.B. über private Kanäle, vom Verfahren erfährt und sich dies entgegenhalten lassen muss.<sup>78</sup>

Wie bereits unter aLugÜ/EuGVÜ die «Ordnungsmässigkeit» und die «Rechtzeitigkeit» zwei voneinander unabhängige, kumulativ zu erfüllende Tatbestandsmerkmale darstellen,<sup>79</sup> entsprach es der Auffassung des erwähnten Delegationsvorschlags und schliesslich auch des Konventionsgebers, dass auch die beiden Kriterien «in einer Weise» und «rechtzeitig» als zwei eigenständige Tatbestandsmerkmale des Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO zu verstehen sind.

Der Textteil «und in einer Weise» stellt somit nicht nur unter teleologischen, sondern auch unter historischen Gesichtspunkten ein *Mehr* gegenüber der reinen Kenntnisnahme und der Rechtzeitigkeit dieser Kenntnisnahme dar. Daraus folgt zwingend, dass er das rechtliche Gehör des Beklagten – in einem gewissen Ausmass – *in absoluter Weise* schützen muss, was bereits vorne unter V. dargelegt wurde. Das entspricht der in Literatur und Rechtsprechung erläuterten Teleologie, die einerseits Missbräuche des Zustellungsbeklagten verhindern, aber gleichzeitig einen schützenden Kern im Sinne eines zustellungsrechtlichen Ordre public bewahren will.<sup>80</sup>

Der Bericht POCAR<sup>81</sup> stimmt betreffend die Zielsetzung der Revision mit dem Autor dieses Beitrags überein, dass die neue Norm lediglich den Missbrauch leichter Zustellungsmängel durch den Zustellungsbeklagten im Visier hat.<sup>82</sup> Auch wenn

76 Vgl. dazu auch vorne B.V.

77 MARKUS (Fn. 7), S. 218; vgl. RODRIGUEZ (Fn. 6), S. 30; Botschaft 1806.

78 Vgl. dazu BGer vom 4.2.2008, 5A\_544/2007, E. 2.1., welcher Entscheid ebendieses Resultat vermeiden will.

79 KROPHOLLER/VON HEIN (Fn. 22), Art. 34 N 33.

80 Vorne B.IV.3.a. sowie B.VIII.3.

81 Vgl. dazu auch vorne B.V.

82 Bericht POCAR (Fn. 14), N 134.

die kumulative Bedeutung der Voraussetzungen der «Ordnungsmässigkeit» und der «Rechtzeitigkeit» unter dem alten Recht im Bericht POCAR kritisch wiedergegeben werden,<sup>83</sup> läuft er in seinen Schlussfolgerungen mit der hier vertretenen Meinung gleich, indem er dem neuen Wortlaut «in einer Weise» neben der «Rechtzeitigkeit» eine eigenständige Bedeutung zuspricht und deshalb die beiden Voraussetzungen auch nach dem Bericht POCAR kumulativ zu prüfen sind.<sup>84</sup>

## VIII. Rechtsprechung

### 1. Rechtsprechung des EuGH

#### a. Relevanz der EuGH-Rechtsprechung für die schweizerischen Gerichte

Die Rechtsprechung des EuGH zur EuGVVO ist für die schweizerische Rechtspraxis zum LugÜ grundsätzlich zu beachten. Art. 1 Abs. 1 Prot. Nr. 2 LugÜ schreibt nämlich vor, dass die Gerichte jedes Mitgliedstaats «... den Grundsätzen gebührend Rechnung (trägt), die in massgeblichen Entscheidungen von Gerichten der durch dieses Übereinkommen gebundenen Staaten sowie in Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (...) entwickelt worden sind». Eine besondere Überzeugungskraft kommt dabei Entscheidungen des EuGH zur EuGVVO zu, die vor der Unterzeichnung des LugÜ am 30. Oktober 2007 erlassen wurden.<sup>85</sup>

Zu Art. 34 Nr. 2 LugÜ in der revidierten Fassung gibt es noch nicht viele EuGH-Urteile. Die nachstehend angeführten Entscheidungen bewegen sich zwar im Umfeld der hier abgehandelten Problematik, lassen aber eine ganz Reihe von relevanten Punkten offen. Um allfällige Tendenzen des EuGH zu eruieren, werden sie dennoch näher beleuchtet.

#### b. EuGH vom 6.9.2012 Trade Agency Ltd, Rs. C-619/10

Beim EuGH-Entscheid werden keine Einzelheiten betreffend die Auslegung des Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO erwogen. Neben dem *ordre public* nach Art. 34 Nr. 1 LugÜ/EuGVVO geht es aber auch um die Tragweite der Verfahrenskontrolle nach Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO. In diesem Zusammenhang prüfte der EuGH die Frage, ob das Exequaturgericht bei einem Versäumnisurteil die in der Bescheinigung enthaltenen Angaben des Entscheidgerichts betreffend die Zustellung<sup>86</sup> mit freier Kognition überprüfen könne.

Während der EuGH diese Frage klar bejaht,<sup>87</sup> wiederholt er seine Bekräftigung, dass Art. 34 Nr. 2 LugÜ auch unter dem neuen Recht nach wie vor ein

83 Bericht POCAR (Fn. 14), N 134.

84 Bericht POCAR (Fn. 14), N 135.

85 Vierte Präambel Prot. Nr. 2 LugÜ.

86 Anhang V zu LugÜ/EuGVVO.

87 EuGH vom 6.9.2012 Trade Agency, Rs. C-619/10, N 36.

System der *doppelten Kontrolle* der verfahrenseinleitenden Zustellung vorsieht: Sie findet immer noch sowohl auf der Stufe des Erkenntnis- wie des Exequaturverfahrens statt.<sup>88</sup> Das Gericht betont zudem, dass das vorliegende System der erleichterten Anerkennung nicht dazu führen darf, «... dass der Anspruch auf rechtliches Gehör in irgendeiner Weise beeinträchtigt wird».<sup>89</sup> Art. 34 Nr. 2 EuGVVO wolle vielmehr ein angemessenes Gleichgewicht zwischen dem gegenseitigen Vertrauen in die Justiz und der Wahrung der Verteidigungsrechte des Beklagten wahren.<sup>90</sup> Daraus wird klar, dass der EuGH der Gehörskontrolle im Einleitungsstadium auch unter dem revidierten Text ein eigenständiges Gewicht geben will, wenn man von den Konsequenzen des Entscheids Apostolides einmal absieht.<sup>91</sup>

#### c. EuGH vom 14.12.2006 ASML, Rs. C-283/05

Im EuGH Entscheid vom 14.12.2006 ASML, Rs. C-283/05 geht es nicht um die Frage, ob die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks für die Verteidigung des Beklagten ausreichend war. Bei diesem Urteil geht es vielmehr darum, ob der Beklagte die Möglichkeit hatte, dagegen einen Rechtsbehelf zu ergreifen.<sup>92</sup> Dabei wird notwendigerweise bereits vorausgesetzt, dass eine unzureichende Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks stattgefunden hat. Das zusätzliche Erfordernis, dass der Beklagte die Rechtsmittelmöglichkeiten im Erststaat ausschöpft, ist bei einem Exequaturverfahren in der Schweiz nicht anwendbar, da dieses Land dagegen den erwähnten Vorbehalt erklärt hat.<sup>93</sup>

Der Beklagte hat nur die Möglichkeit, einen Rechtsbehelf zu ergreifen, wenn er überhaupt Kenntnis vom Urteil erlangt hat. Der EuGH prüft in diesem Zusammenhang, welche Anforderungen an die *Zustellung des Urteils* (und nicht des verfahrenseinleitenden Schriftstücks) zu stellen sind. Er zieht dabei eine Parallele zu den Anforderungen an die *Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks* und zieht diese Anforderungen – zumal vergleichbar – für die Zustellung des Urteils heran.<sup>94</sup>

Deshalb können die Ausführungen des EuGH-Entscheids immerhin analog für die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks herangezogen werden.<sup>95</sup> Dabei ist v.a. festzuhalten, dass die Zustellung des Versäumnisurteils nicht strikteren Voraussetzungen unterliegen kann als die Zustellung des ver-

88 EuGH vom 6.9.2012 Trade Agency, Rs. C-619/10, N 32; vgl. auch EuGH vom 14.12.2006 ASML, Rs. C-283/05, N 29.

89 EuGH vom 6.9.2012 Trade Agency, Rs. C-619/10, N 42.

90 EuGH vom 6.9.2012 Trade Agency, Rs. C-619/10, N 43.

91 Vgl. vorne A.

92 Vgl. vorne A.

93 Art. III Prot. Nr. 1 LugÜ; vorne B.I.

94 EugH vom 14.12.2006 ASML, Rs. C-283/05, N 44, N 47.

95 Vgl. RODRIGUEZ (Fn. 6), S. 21.

fahreneinleitenden Schriftstücks.<sup>96</sup> Denn dessen Zustellung ist die noch fundamentalere Umsetzung des rechtlichen Gehörs als die Zustellung des Entscheids. Deshalb lässt die Entscheidung des EuGH richtigerweise offen, ob die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks umgekehrt durchaus strengeren Voraussetzungen unterworfen sein kann als die Zustellung des Urteils.<sup>97</sup>

Dass die EuGH-Entscheidung dennoch nur ein unscharfes Bild hinterlässt, hängt damit zusammen, aufgrund des dem Gericht vorliegenden Sachverhalts keine differenzierende Beurteilung der Urteilszustellung vorgenommen werden konnte und musste. Das Versäumnisurteil wurde dem Beklagten nämlich erst zusammen mit dem zweitinstanzlichen Exequaturentscheid zu Kenntnis gebracht. Allfällige Defekte früherer Zustellungen des Urteils wurden damit nicht differenzierend geprüft.<sup>98</sup>

Immerhin setzt der EuGH gewisse *Eckpfeiler*, die auch für die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks gelten dürften. Die Entscheidung statuiert einerseits mit aller Deutlichkeit, dass Kenntnis über die *blosse Existenz* des Urteils (scil. des Verfahrens) *nicht ausreicht*, sondern dass der Beklagte auch Kenntnis von dessen Inhalt *durch eine Zustellung* erlangt haben muss.<sup>99</sup> Eine Zustellung, welche die wesentlichen Elemente der Klage nicht enthält, ist als Verletzung im Sinne von Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO zu betrachten.<sup>100</sup> Eine Last des Zustellungsbeklagten, sich aktiv über den Inhalt zu informieren, besteht nicht;<sup>101</sup> das verfahrenseinleitende Schriftstück ist gemäss EuGH Bringschuld und nicht Holschuld. Andererseits wird aus der Entscheidung klar, dass eine «Ordnungsmässigkeit» der Zustellung (im Sinne des Art. 27 Nr. 2 aLugÜ) nicht in jeder Hinsicht verlangt wird, was Zweck und Tendenz der Revision denn auch ohne Weiteres entspricht.<sup>102</sup>

Der EuGH hält die Verteidigungsrechte des Beklagten und insbesondere dessen rechtliches Gehör hoch, indem er auch auf Art. 6 EMRK verweist und in diesem Zusammenhang das Prinzip unterstreicht, wonach eine doppelte Kontrolle der Verteidigungsrechte des säumigen Beklagten sowohl auf der Stufe des Erst- wie des Zweitverfahrens im Anerkennungsstaat stattzufinden hat.<sup>103</sup> Damit wird auch deutlich, dass gemäss EuGH die *Grundsätze und Mindestgarantien des verfahrensrechtlichen Ordre public* nach Art. 34 Nr. 1 EuGVVO auch im Rahmen der Nr. 2 Beachtung finden.<sup>104</sup>

96 EuGH vom 14. 12. 2006 ASML, Rs. C-283/05, N 44.

97 EuGH vom 14. 12. 2006 ASML, Rs. C-283/05, N 44.

98 Vgl. EuGH vom 14. 12. 2006 ASML, Rs. C-283/05, N 9, N 11 f.

99 EuGH vom 14. 12. 2006 ASML, Rs. C-283/05, Tenor und Vorlagefrage Nr. 2, N 14; vgl. N 28 m.H. auf Art. 6 EMRK und N 36.

100 EuGH vom 14. 12. 2006 ASML, Rs. C-283/05, N 36, N 41 und N 47.

101 EuGH vom 14. 12. 2006 ASML, Rs. C-283/05, N 39.

102 EuGH vom 14. 12. 2006 ASML, Rs. C-283/05, N 20, N 46; vgl. N 15.

103 EuGH vom 14. 12. 2006 ASML, Rs. C-283/05, N 24–28.

104 Für eine Berücksichtigung der EMRK und der verfahrensrechtlichen Grundrechtspositionen im Rahmen des Art. 34 Nr. 2 EuGVVO auch KROPHOLLER/VON HEIN (Fn. 22), Art. 34 N 15 ff.

#### d. EuGH vom 16. 2. 2006 Verdoliva, Rs. C-3/05

EuGH Verdoliva handelt weder von der Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks noch von der Zustellung des Erkenntnisentscheids, sondern von der Zustellung des *Exequaturentscheids*. Interessant ist aber, dass der EuGH, gestützt auf Art. 36 EuGVÜ, dafür eine «ordnungsgemässe» Zustellung des Exequaturentscheids verlangt, obwohl der Text von Art. 36 diese Ordnungsmässigkeit *überhaupt nicht erwähnt*. Der EuGH setzt damit die Wahrung gewisser Kern-Formalien der Zustellung als völlig selbstverständlich voraus. Das stützt die Interpretation, wonach dem Begriff der «Zustellung» eine normative Bedeutung zukommt.<sup>105</sup>

#### 2. Rechtsprechung des deutschen BGH

##### a. Relevanz der Rechtsprechung des deutschen BGH für die schweizerischen Gerichte

Nach Art. 1 Abs. 1 Prot. Nr. 2 LugÜ sind nicht nur die Entscheidungen des EuGH, sondern auch der Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten für die schweizerischen Gerichte zu beachten. Der deutsche BGH hatte über Art. 34 Nr. 2 EuGVVO mehrmals zu befinden, wobei seine Ausführungen zur Relevanz von Zustellungsfehlern bei Ersatzzustellungen hier besonders interessieren.

##### b. BGH vom 21. 1. 2010, IX ZB 193/07

Die Entscheidung handelt von der Zustellung eines italienischen *decreto ingiuntivo* an eine beklagte deutsche Gesellschaft: Während derer Betriebsferien war das Schriftstück einer in ihren Geschäftsräumen nur ausnahmsweise tätigen Person übergeben worden, die sonst in einer anderen Betriebsstätte beschäftigt war. Die Geschäftsführungsorgane der Beklagten erhielten das Schriftstück nicht.

Der BGH erachtete die Vollstreckungseinrede vorliegend als einschlägig: Zwar sollen bloss formale Zustellungsmängel die Wirksamkeit der Zustellung nicht verhindern, wenn der Antragsgegner trotzdem die Möglichkeit hatte, sich zu verteidigen. Mit der vorliegenden *Ersatzzustellung* seien aber nicht nur formale Fehler festzustellen, sondern ein vollständiges *Fehlschlagen* der Zustellung.<sup>106</sup> Der BGH gewährte die Einrede in der Folge allein deshalb nicht, weil der Antragsgegner die Möglichkeit hatte, einen Rechtsbehelf nach Art. 34 Nr. 2 letzter Halbsatz EuGVVO einzulegen. Zuzugabe des schweizerischen Vorbehalts nach Art. III Prot. Nr. 1 LugÜ spielt diese Möglichkeit für das schweizerische

N 22. Vgl. ALEXIS MOURRE, *Droit judiciaire privé européen des affaires*, Paris/Bruxelles 2003, N 608, und WALTHER (Fn. 22), Art. 34 N 58; vgl. vorne B.VIII.3.

105 Vorne B.IV.2.

106 BGH, E. 9bb, E. 10.

Exequatur indessen keine Rolle; in der Schweiz wäre deshalb die Einrede gewährt worden.<sup>107</sup>

c. *BGH vom 12.12.2007, XII ZB 240/05*

In dieser Unterhaltssache wurde das verfahrenseinleitende Schriftstück auf dem Gemeindeamt der vormaligen Wohnsitzgemeinde des Antragsgegners in Italien (ehemalige gemeinsame Ehemwohnung) hinterlegt, wobei der Antragsgegner vor der Zustellung nach Deutschland verzogen war. Der BGH befand, dass selbst eine nach dem Recht des Erlassstaates ordnungsgemässe Zustellung (*Ersatzzustellung*) an einem Ort, an dem der Antragsgegner tatsächlich keinen Wohnsitz mehr hat, an einem «... schwerwiegenden Mangel ...» leide.<sup>108</sup>

d. *BGH vom 9.11.2006, IX ZB 23/06*

In diesem Urteil geht es um eine Inlandzustellung in einer Wohnung in Frankreich, in welcher der Beklagte aufgrund eines laufenden Mietvertrags Wohnung und Büro unterhielt, wobei nicht festgestellt werden konnte, ob er zur Zeit der Ladung den Wohnsitz tatsächlich aufgegeben hatte. Der Gerichtsvollzieher hatte den Schuldner jedoch auf den Inhalt der Klageschrift und die Ladung hingewiesen.<sup>109</sup> Diese nur kurz begründete Entscheidung lässt die Vollstreckung in Deutschland zu, stützt sich dabei jedoch hauptsächlich auf beweisrechtliche Erwägungen und Überlegungen zur sachverhältnlichen Kognition des BGH, die vorliegend beschränkt war.

3. *Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts*

Die bisherige schweizerische Rechtsprechung erfolgte unter Art. 27 Nr. 2 aLugÜ, unter Art. 27 Abs. 2 IPRG sowie unter den bilateralen Vollstreckungsabkommen. Damit ist sie für den neuen Art. 34 Nr. 2 LugÜ nicht unmittelbar einschlägig. Immerhin äusserte sich das Bundesgericht auch zur «gehörigen Ladung» nach Art. 27 Abs. 2 IPRG<sup>110</sup>, welcher Begriff – im Gegensatz zur «Ordnungsmässigkeit» nach Art. 27 Nr. 2 aLugÜ – keine vollumfängliche Konformität mit dem anwendbaren Zustellungsrecht bedeutet, sondern vielmehr einen Mindeststandard setzt und sich an einem zustellungsrechtlichen *Ordre public* orientiert.<sup>111</sup> Insofern

107 Siehe vorne B.IV.1.

108 BGH, N 30; a.M. GEIMER (Fn. 9), N 2928a. Auch die vorliegende Entscheidung liess die Vollstreckung alleine zu, weil der Antragsgegner die Möglichkeit hatte, einen Rechtsbehelf gegen die fehlerhafte Zustellung einzulegen. In der Schweiz wäre die Vollstreckung wegen des schweizerischen Vorbehalts abzuweisen gewesen (siehe vorne B.IV.1.).

109 BGH, N 9.

110 Bundesgesetz vom 18.12.1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291).

111 PAUL VOLKEN, in: Daniel Girsberger et al. (Hrsg.), Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004, Art. 27 N 75; STEPHEN V. BERTI, ROBERT K. DÄPPEN, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 27 N 9 ff.

ist die Situation unter dem IPRG mit dem LugÜ wenn auch nicht gleichzusetzen, so doch vergleichbar.

Die ältere Rechtsprechung des BGer scheint auf den ersten Blick ambivalent. In zwei älteren BGEs<sup>112</sup> unter dem bilateralen Vollstreckungsvertrag mit Schweden war eine grenzüberschreitende Postzustellung direkt an den schweizerischen Beklagten, die gegen Art. 271 StGB verstösst, nicht als Anerkennungsverweigerungsgrund angesehen worden. Dazu ist aber hervorzuheben, dass das bilaterale Übereinkommen mit Schweden im Bereich des verfahrenseinleitenden Schriftstücks einzig die Rechtzeitigkeit der Zustellung als Verweigerungsgrund vorsieht, nicht aber Konformität mit dem anwendbaren Zustellungsrecht.<sup>113</sup>

Dies steht im Gegensatz zum vormaligen Vollstreckungsvertrag mit Frankreich<sup>114</sup>, der einen einschlägigen Verweigerungsgrund enthielt, und unter welchem das BGer denn auch die Anerkennung und Vollstreckung verweigert hat, als das verfahrenseinleitende Schriftstück nicht gehörig zugestellt wurde.<sup>115</sup>

Die neuere Rechtsprechung zum LugÜ ist unzweideutig. BGE 135 III 623 gibt sich streng, was die Einhaltung der staatsvertraglichen Übermittlungswege einer Zustellung betrifft. Er distanziert sich sogar ausdrücklich von einer angeblich anerkennungsfreundlicheren früheren Rechtsprechung.<sup>116</sup>

So stellt nach BGE 135 III 623 E. 2.2 die direkte grenzüberschreitende Zustellung per Post eine Verletzung der Souveränität des Bestimmungsstaats dar. Das BGer bezeichnet die Respektierung des Haager Zustellungsübereinkommens von 1965 und insbesondere der mitgliedstaatlichen Vorbehalte gegen die direkte Postzustellung beim verfahrenseinleitenden Schriftstück als international anerkannten Mindeststandard.<sup>117</sup> Der Verstoss gegen die Souveränität wird als so bedeutsam angesehen, dass er gleichzeitig als Verletzung des formellen *Ordre public* nach Art. 27 Nr. 1 aLugÜ resp. Art. 34 Nr. 1 LugÜ gewertet wird.<sup>118</sup> Soweit die Entscheidung des BGer auf gewisse Zustellungs-Mindestgarantien und damit auf einen zustellungsrechtlichen *Ordre public* verweist, bleibt diese Rechtsprechung auch für die Beurteilung von Art. 34 Nr. 2 LugÜ/

112 BGE 94 I 235 E. 5; BGE 103 Ib 69 E. 6.

113 Abkommen vom 15.1.1936 zwischen der Schweiz und Schweden über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen; SR 0.276.197.141. Die einschlägige Bestimmung Art. 4 Ziff. 5 hat folgenden Wortlaut: «Die Anerkennung der Entscheidung ist an folgende Voraussetzungen geknüpft: 5. Dass im Falle eines Versäumnisurteils die den Prozess einleitende Verfügung oder Ladung rechtzeitig der säumigen Partei, sei es persönlich oder an ihren ermächtigten Vertreter, zugestellt wurde.» Das Abkommen wurde weitgehend durch das LugÜ ersetzt (vgl. Art. 55 aLugÜ bzw. Art. 65 und Anhang VII revLugÜ).

114 Abkommen zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15.6.1869 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Urteile in Zivil- und Handelssachen; BS 12 347; AS 1989 1775; AS 1992 200.

115 BGE 117 Ib 347 E. 2b.

116 BGE 135 III 623 E. 3.3.; SCHWANDER (Fn. 22), S. 115.

117 BGE 135 III 623 E. 2.2. m.H.

118 WALTHER (Fn. 22), Art. 34 N 58.

EuGVVO relevant.<sup>119</sup> Die kommentierende Literatur unterstreicht dies gerade in Bezug auf die unmittelbare Übermittlung per Post.<sup>120</sup>

Unter dem IPRG urteilt das BGer in seiner Entscheidung vom 4.2.2008, 5A\_544/2007, E. 3.2.1., dass eine Benachrichtigung des Verfahrensbeteiligten unmittelbar durch die Post wegen der damit verbundenen Souveränitätsverletzung als *nichtige Zustellung* zu betrachten ist. Diese ist gemäss BGer nicht heilbar, auch wenn der Beklagte auf andere Weise informell vom Verfahren Kenntnis erlangt hat und im Verfahren sogar durch einen Rechtsanwalt vertreten war. Wie erwähnt, interessiert die Rechtsprechung zum IPRG vorliegend durchaus, weil die «gehörige Ladung» nach Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG nicht mit der «Ordnungsmässigkeit» des aLugÜ gleichzusetzen ist, sondern – ähnlich Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO – nur einen Mindeststandard im Sinne eines zustellungsrechtlichen Ordre public setzt.<sup>121</sup>

#### 4. Fazit der Rechtsprechung

Aus erwähnten Gründen<sup>122</sup> ist die einschlägige Rechtsprechung nicht zahlreich. Immerhin sind gewisse Tendenzen daraus erkennbar, die in die Richtung eines absoluten Schutzes des Beklagten und einer Zustellungs-Mindestgarantie gehen.

Die *EuGH-Rechtsprechungen Trade Agency und ASML* (vorne B.V.III.1.b. und B.VIII.1.c.) statuieren zwar nicht im Einzelnen, wann Art. 34 Nr. 2 EuGVVO zu greifen hat. Insbesondere die Entscheidung ASML lässt aus den genannten Gründen einen ausserordentlich breiten Interpretationsspielraum offen. Der EuGH gibt aber in beiden Entscheidungen ein deutliches Bekenntnis zu Gunsten des Schutzes ab, den Beklagte im Rahmen der verfahrenseinleitenden Zustellung auch auf der Ebene der Anerkennung und Vollstreckung in Anspruch nehmen dürfen<sup>123</sup> und betont die grundrechtliche Qualität dieses Schutzes.<sup>124</sup>

Die *Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs* arbeitet im Ergebnis mit einem Zustellungs-Ordre public und den entsprechenden formalen Mindestgarantien, indem eine Verletzung des Art. 34 Nr. 2 LugÜ bei einer Reihe von Ersatzzustellungen bejaht wird. Damit kann das oberste deutsche Gericht für die hier vertretene These angeführt werden, wonach eine rein relative Betrachtung, die letztlich allein auf die Rechtzeitigkeit der Benachrichtigung vom Verfahren abstellen will, abzulehnen ist.

119 SCHWANDER (Fn. 22), S. 114.

120 SCHWANDER (Fn. 22), S. 114; SCHLOSSER (Fn. 11), Art. 34–36 N 17; a.M. WALTER/DOMEJ (Fn. 22), S. 497.

121 Siehe dazu vorne B.VIII.; VOLKEN (Fn. 111), Art. 27 N 75; BERTI/DÄPPEN (Fn. 111), Art. 27 N 9 ff.

122 Vorne A.

123 Vorne B.VIII.1.b. und B.VIII.1.c.

124 Vorne B.VIII.3.

Durchaus bedeutsame Zeichen setzt die *neuere Rechtsprechung des BGer* zum IPRG, zumal Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG durchaus Parallelen zu Art. 34 Nr. 2 LugÜ aufweist. Sie verpönt direkte Postzustellungen über die Grenze und sanktioniert diese mit Anerkennungsverweigerung. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 27 Nr. 2 aLugÜ ist zwar nicht einschlägig. Indem sie aber deutlich von formalen Mindestgarantien des Zustellungsrechts spricht, vermag sie auch auf die Interpretation des revidierten LugÜ auszustrahlen.

#### C. Ergebnis

Überwiegende Stimmen in der schweizerischen und deutschen Literatur gehen zu Recht auch nach der Revision der Texte von Brüssel und Lugano von einer breiteren Bedeutung der Vollstreckungseinrede aus. Ein absoluter Zustellungs-Ordre public, der im Sinne einer Mindestgarantie für die Form der Zustellung funktioniert, bleibt auch nach der Revision gewahrt. Bei schwerwiegenden Zustellungsmängeln ist dieser Ordre public a priori und unabhängig von der «Rechtzeitigkeit» der Zustellung verletzt, weshalb in solchen Fällen die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung einer ausländischen Entscheidung in der Schweiz (Vorbehalt) regelmässig zu versagen ist. Dieses Resultat ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut sowie aus teleologischer, systematischer und historischer Sicht. Die noch nicht zahlreiche Rechtsprechung stützt diese Auffassung zumindest in der Tendenz.

Auch wenn die Stärkung des klägerischen Justizgewährungsanspruchs Ziel der Revision war, hat er vor Tatbeständen schwerwiegender Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beklagten zurückzutreten. Anders als das alte Recht wahrt die Revision des LugÜ die Rechte des Klägers in vermehrtem Ausmass, indem bei nicht schwerwiegenden Verletzungen des Zustellungsrechts eine Anerkennung und Vollstreckung immer noch möglich bleibt. Damit ist der Kläger übertrieben formalistischer Betrachtung der Gerichte oder Missbräuchen des Beklagten nicht mehr ausgesetzt.

Im Zusammenhang mit der Interpretation des Art. 34. Nr. 2 LugÜ übernehmen die schweizerischen Gerichte eine besondere Verantwortung, zumal sie wegen des Vorbehalts öfter zu einer Prüfung der Zustellungsvoraussetzungen aufgefordert werden als die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten.<sup>125</sup>

Das rechtliche Gehör im Einleitungsstadium ist eine Errungenschaft des europäischen Zivilprozessrechts, die aus Schweizer Perspektive auch unter dem revidierten Text in ihrem Kern erhalten bleiben soll. Art. 34 Nr. 2 LugÜ «Schweiz» stellt dies sicher, ohne dass damit erhebliche Abstriche bei der Effizienz der grenzüberschreitenden Vollstreckung hingenommen werden müssen.

125 Vorne A.

### Zusammenfassung

Die vorliegende Abhandlung thematisiert die Auswirkungen der Revision von Art. 27 aLugÜ/EuGVÜ und legt eingehend dar, dass auch unter dem Regime von Art. 34 Nr. 2 LugÜ/EuGVVO ein formaler Zustellungs-Ordre public im Sinne einer Mindestgarantie für den Beklagten gewahrt bleibt. Durch die Revision wurde der klägerische Justizgewährleistungsanspruch dahingehend gestützt, als eine Anerkennung und Vollstreckung trotz nicht schwerwiegender Gehörsverletzungen möglich bleibt. Ein sinnvolles Gleichgewicht zwischen dem gegenseitigen Vertrauen in den gemeinsamen Justizraum und der Wahrung der Verteidigungsrechte des Beklagten wird allerdings nur dann erreicht, wenn bei schwerwiegenden Beeinträchtigungen des rechtlichen Gehörs die Interessen des Klägers hinter diejenigen des Beklagten zurücktreten.

### Résumé

Cette contribution traite des conséquences de la révision de l'art. 27 aCL/CB et explique de manière détaillée les raisons pour lesquelles le motif d'ordre public formel en matière de notification au sens d'une garantie minimale pour le défendeur est maintenu même sous le régime de l'art. 34 n° 2 CL/règlement Bruxelles I. La révision a renforcé la garantie des droits du demandeur en ce sens que la reconnaissance et l'exécution restent possibles en dépit de violations du droit d'être entendu si celles-ci ne sont pas graves. Un juste équilibre entre la confiance réciproque dans l'espace judiciaire communautaire et la préservation des droits de la défense du défendeur n'est toutefois possible que si les intérêts du demandeur cèdent le pas à ceux du défendeur en cas de violations graves du droit d'être entendu.

## Le concours d'actions dans le cadre de la nouvelle procédure civile suisse

DENIS TAPPY\*

Mots clés: Concours d'actions (action à double fondement), maximes de procédure, droit d'être entendu, principe *iura novit curia*, compétence *ratione loci* et *ratione materiae*, gratuité, procédure de conciliation, procédure ordinaire et procédure simplifiée, voies de droit, autorité de la chose jugée.

### A. Généralités et définition

#### I. Notion de concours d'actions

Dans le sens qui nous intéresse ici, il y a concours d'actions (*Anspruchskonkurrenz*) lorsque la même prétention peut s'appuyer sur plusieurs fondements juridiques différents et que la reconnaissance en justice peut en être obtenue, certes une seule fois, mais sur la base de l'un ou de l'autre. Le cas le plus connu concerne les situations où un dédommagement est réclamé tant en raison d'une violation d'un contrat que d'une responsabilité délictuelle<sup>1</sup>. De même, une prétention peut se fonder à la fois sur les art. 41 ss CO et sur les règles relatives à l'enrichissement illégitime<sup>2</sup>, sur la protection du droit au nom et de la personnalité selon les art. 28 ss CC et sur le droit des marques<sup>3</sup>, etc. La question se pose essentiellement en droit privé, mais pourrait se rencontrer aussi en droit public<sup>4</sup>.

Courante et ancienne, l'expression de concours d'actions pour désigner cette situation où une prétention entre les mêmes parties peut avoir plusieurs fondements n'est cependant pas sans ambiguïté. Les mêmes termes sont en effet aussi utilisés lorsqu'une prestation unique peut être réclamée à des titres divers à plus d'un débiteur, notamment en cas de pluralité de responsables. Le titre

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne.

1 Cf. ATF 91 II 63; ATF 99 II 315 c. 5; TF 4C.314/2003 du 9 mars 2004 c. 2.2, SJ 2004 I 483, etc.

2 Cf. ATF 90 II 34.

3 Cf. ATF 92 II 305.

4 Ainsi un concours d'actions est concevable entre des prétentions tirées du droit de la fonction publique et du droit régissant la responsabilité de la collectivité concernée, voire de la Loi sur l'égalité.