

Die Schweiz und das europäische Zivilprozessrecht : quo vadis?

Autor(en): **Walther, Fridolin**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **124 (2005)**

PDF erstellt am: **23.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-895770>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Die Schweiz und das europäische Zivilprozessrecht – *quo vadis?*

FRIDOLIN WALTHER*

«So erscheint zwar das ‹Europa-Vorbild› als wertvolle Orientierungshilfe auf dem Weg zu einem modernen gesamtschweizerischen Zivilprozessrecht. Der ‹Eigenwuchs› an schweizerischen – wenn auch meist uneinheitlichen – Lösungen ist aber so stark, dass ein schweizerisches Zivilprozessrecht sich nicht von seinen Wurzeln lösen muss.»¹

I. Einleitung

Am 19. Juni 1997 hielt einer der grössten Schweizer Zivilprozessualisten der vergangenen Jahrzehnte, OSCAR VOGEL, seine Abschiedsvorlesung unter dem Titel «Zivilprozessrecht quo vadis?». Er hielt fest, dass er «sozusagen als Ruffer in der Wüste seit je für eine Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts in der Schweiz plädiert habe»², dass er aber auf verlorenem Posten gestanden habe. Er meinte weiter: «[E]s wäre kein Wunder, wenn die europäischen Vereinheitlichungsbemühungen die intern schweizerischen überholen würden»³.

Heute, gute acht Jahre später, soll erneut dieselbe Frage gestellt und beantwortet werden. Da bekanntlich die Frage, wo man steht und wohin man geht, nur beantwortet werden kann, wenn man weiss, woher man kommt, soll nachfolgend zuerst ein Blick zurück auf die geschichtliche Entwicklung des

* Prof. Dr. Fridolin Walther, Fürsprecher, LL. M., Assistenzprofessor für Zivilprozessrecht und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht an der Universität Bern; Fürsprecher und Partner im Advokaturbüro Gubler Walther Leuch, Bern. – Sämtliche sich auf das Internet beziehenden Zitate wurden letztmals am 1. November 2005 auf ihre Aktualität hin überprüft.

1 OSCAR VOGEL, Europavorbild und Eigenwuchs – Die Vereinheitlichung des schweizerischen Zivilprozessrechts, in: Pierre Tercier et al. (Hrsg.), Beiträge zum europäischen Recht, Festgabe gewidmet dem Schweizerischen Juristenverein anlässlich des Juristentags 1993 durch die rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg, Freiburg 1993, S. 316.

2 OSCAR VOGEL, Zivilprozessrecht quo vadis?, in: Viktor Lieber et al. (Hrsg.), Rechtsschutz – Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 267. Siehe auch ANDREAS FURRER, Internationales Zivilprozessrecht im Wandel – Quo vadis?, SJZ 2002, S. 141 ff.

3 OSCAR VOGEL (FN 2), S. 270.

Schweizer Zivilprozessrechts (II.) geworfen und anschliessend der Stand der neusten Entwicklungen auf schweizerischer (II.4.), regionaler (III.1.), weltweiter (III.2.) und auf europäischer Ebene (IV.) aufgezeigt werden; sodann sollen die entsprechenden Schnittstellen zwischen den entsprechenden Gebieten (V.) näher dargestellt werden. Basierend auf diesen Grundlagen sollen danach die möglichen Handlungsalternativen der Schweiz (VI.) näher untersucht werden. Die gewonnenen Erkenntnisse werden in Form von einigen wenigen Schlussthesen zusammengefasst (VII.).

II. Die geschichtliche Entwicklung und der heutige *status quo* des schweizerischen Zivilprozessrechts

1. Vom Bundesbrief von 1291 zur Bundesverfassung von 1874 und zur Verfassungsteilreform von 1898

Das Zuständigkeitsrecht der Schweiz war lange Zeit stark durch verfassungsrechtliche Bestimmungen geprägt. Bereits der Bundesbrief von 1291 stellte für die Entwicklung des schweizerischen Zuständigkeitsrechts wichtige Weichen.⁴ So heisst es dort wörtlich: «Niemand soll einen andern, ausser einen anerkannten Schuldner oder Bürgen, pfänden und auch dann nur mit Erlaubnis seines Richters. – Im Übrigen soll jeder seinem Richter gehorchen und, wo nötig, den Richter im Tal, vor dem er zu antworten hat, bezeichnen.»⁵

Ein erster Versuch zur Vereinheitlichung des Prozessrechts wurde in der Helvetik (1798–1803) unternommen⁶, ohne aber zum Erfolg zu führen. Das Thema wurde erst wieder anlässlich der gescheiterten Verfassungsrevision im Jahre 1872 aktuell, mit der vergeblich versucht worden war, dem Bund die Gesetzgebungskompetenz sowohl auf dem Gebiet des Zivilrechts als auch des Zivilprozessrechts zu übertragen.⁷ Die Vorlage scheiterte letztlich am starken Widerstand der Westschweiz. Im Rahmen der Wiederaufnahme der Reform der Bundesverfassung wurde am 19. April 1874 aber immerhin eine Bestimmung angenommen, die dem Bund die Gesetzgebungskompetenz in

4 Siehe dazu etwa EMIL WELTI, *Der Gerichtsstand in Forderungsstreiten nach den bis 1798 abgeschlossenen eidgenössischen Staatsverträgen*, Bern 1880, S. 53 ff.

5 Abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/schweiz/bundesbrief/index.html>. Zur geschichtlichen Entwicklung siehe auch ANDREAS HEUSLER, *Das forum contractus und das schweizerische Bundesrecht*, ZSR 1881 (AF 21), S. 23 ff. sowie EMIL SCHURTER/HANS FRITZSCHE, *Das Zivilprozessrecht der Schweiz*, Band I: *Das Zivilprozessrecht des Bundes*, Zürich 1924, S. 29 ff., S. 184 ff., S. 435 ff.

6 Siehe SCHURTER/FRITZSCHE (FN 5), S. 158 ff.

7 Siehe THOMAS SUTTER, *Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht*, Zürich 1998, Rz. 46.

bestimmten Gebieten des Zivilrechts sowie des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts übertrug. Die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung verblieb aber gemäss Art. 64 der alten Bundesverfassung⁸ «wie bis anhin» den Kantonen. Dies sollte sich auch anlässlich der Teilrevision von 1898 nicht ändern, bei der dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für das gesamte *Zivilrecht* eingeräumt wurde.

Jeder der insgesamt 26 Kantone kennt daher sein eigenes Prozessrecht, und es existieren somit 26 verschiedene kantonale Zivilprozessordnungen sowie eine Bundeszivilprozessordnung für den Direktprozess vor dem Bundesgericht, mithin also insgesamt 27 verschiedene Zivilprozessordnungen. Die Regelung des materiellen Rechts fällt hingegen nahezu abschliessend in die Kompetenz des Bundes, welcher davon durch den Erlass des ZGB⁹ und des OR¹⁰ umfassend Gebrauch gemacht hat.

Diese grobe Aufgabenteilung (materielles Recht: Bund; Verfahrensrecht: Kantone) wurde jedoch für den Bereich der *Zwangsvollstreckung* modifiziert: Dem Bund steht gemäss Art. 64 Abs. 1 aBV die Gesetzgebung «über das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht» zu, wobei «[a]uf dem Wege der Schuldbetreibung (...) die Zwangsvollstreckungen durchgeführt [werden], welche auf eine Geldzahlung oder eine Sicherheitsleistung gerichtet sind» (Art. 38 Abs. 1 SchKG¹¹). Die Zwangsvollstreckung von anderen als auf Geld gerichteten Leistungen wird hingegen durch kantonales Recht geregelt.

Ebenfalls in die Zuständigkeit des Bundes fällt die Kompetenz zur Führung der auswärtigen Beziehungen. Er hat davon durch den Abschluss zahlreicher Staatsverträge sowie durch den Erlass des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG)¹² Gebrauch gemacht.

Aufgrund dieser Kompetenzlage zeichnet sich das schweizerische Zivilprozessrecht heute durch eine *mehrfache Rechtszersplitterung*¹³ aus: Einerseits hat ein Rechtssuchender in jedem Kanton ein anderes Verfahrensrecht zu beachten (sog. *horizontale* Rechtszersplitterung), andererseits muss er immer auch überprüfen, ob eine kantonale Prozessrechtsbestimmung nicht doch

8 Art. 64 Abs. 2 der alten Bundesverfassung (aBV) vom 29. Mai 1874 entspricht dem inhaltlich verkürzten Art. 122 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (nBV) vom 18. April 1999 (SR 101; in Kraft getreten am 1. Januar 2000).

9 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

10 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220).

11 Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1).

12 SR 291.

13 Siehe OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 8. Aufl., Bern 2005, § 11 N. 53a ff.

durch vorrangiges bundesrechtliches Gesetzes- oder Verfassungsrecht überlagert wird (sog. *vertikale* Rechtszerplitterung).

Führt man sich die vorstehend geschilderte verfassungsrechtliche Ausgangslage vor Augen, versteht man das Dilemma, in dem sich der Bundesgesetzgeber während vieler Jahre befand: Er war zwar zum Erlass des materiellen Bundesprivatrechts zuständig, dessen prozessuale Umsetzung sich aber – Direktprozesse vor Bundesgericht vorbehalten – in den 26 verschiedenen Händen des kantonalen Rechts befand, welche sich zudem teilweise durch eine relativ grosse Divergenz auszeichneten. Es erstaunt daher nicht, dass der Bundesgesetzgeber schon recht früh¹⁴ für sich in Anspruch nahm, auch zum Erlass zivilprozessualer Bestimmungen befugt zu sein, soweit dies für eine effektive Verwirklichung des Bundesprivatrechts notwendig war.¹⁵ Im Verlauf der Jahre fügte er in neu erlassenen Gesetzen immer mehr prozessuale Bestimmungen (bspw. zum vorsorglichen Rechtsschutz oder zum Zuständigkeitsrecht) ein, was zum bereits geschilderten Phänomen der *vertikalen* Rechtszersplitterung führte.

Bestehende Lücken wurden – im Sinne einer flankierenden Massnahme – durch das Bundesgericht geschlossen, welches in seiner Rechtsprechung eine Vielzahl zentraler prozessualer Institute zu solchen des sog. *ungeschriebenen Bundes(prozess)rechts*¹⁶ erklärte und auf diese Weise zur Akzentuierung der vertikalen Rechtszersplitterung erheblich beitrug.

In diesem Zusammenhang gilt es weiter zu beachten, dass die kantonalen Zivilprozessrechte in den letzten Jahren in zunehmendem Masse an den *rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien des Bundesverfassungsrechts*¹⁷ und der *EMRK* gemessen worden sind, was ebenfalls eine entsprechende Angleichung zur Folge hatte.

14 Siehe HANS ULRICH WALDER-BOHNER, Zur Geschichte der Zuständigkeitsbestimmungen im OR, in: Hans Peter/Emil W. Stark/Pierre Tercier (Hrsg.), Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982, S. 179 ff.

15 Siehe KURT EICHENBERGER, Bundesrechtliche Legiferierung im Bereiche des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfassungsrecht, ZSR 1969 II S. 467 ff.

16 Siehe STEPHEN BERTI, Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Zürich 1989 sowie HANS PETER WALTER, Auf dem Weg zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, SJZ 2004, S. 314.

17 Zur sog. verfassungskonformen Auslegung des Zivilprozessrechts siehe FRIDOLIN WALTHER, Die Auslegung des schweizerischen Zivilprozessrechts, insbesondere des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz) – Zugleich ein Beitrag zur Bewältigung des Quellenpluralismus und der Methodenvielfalt, Bern 2002, § 5 II 3.

2. Das schweizerische Zivilprozessrecht im 20. Jahrhundert

Dieser in Europa singuläre Zustand – Zivil- und Zwangsvollstreckungsrecht geregelt durch Bundesrecht, Prozess- und Gerichtsorganisationsrecht geregelt durch kantonales Recht – sollte in der Folge für mehr als 100 Jahre bestehen bleiben und zusammen mit der jahrhundertealten Garantie des Wohnsitzkantongerichtsstandes (Art. 59 der alten Bundesverfassung) das Schicksal des schweizerischen Zivilprozessrechts bestimmen.¹⁸

Erst 1961 im Rahmen des 100-jährigen Jubiläums des Schweizerischen Juristenvereins wurde das Thema anlässlich einer Tagung in Zürich wieder aufgegriffen. Der Verein erteilte dem Vorstand den Auftrag, die Frage der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts weiterhin zu behandeln und zu unterstützen.¹⁹ In den Jahren von 1963 bis 1966 verfasste Bundesrichter PAUL SCHWARTZ einen Entwurf betreffend die Anpassung der kantonalen Zivilprozessverfahren an das Bundeszivilrecht.²⁰ Dieser wurde aber in der Folge nicht weiterverfolgt.

Eine eigentliche Wende trat erst gut 20 Jahre später mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG)²¹ am 1. Januar 1989 sowie der Ratifikation des Lugano-Übereinkommens (LugÜ)²² und dessen Inkrafttreten am 1. Januar 1992 ein. Die Schaffung zweier weiterer Ebenen von Zuständigkeitsnormen führte allmählich zur Erkenntnis²³, dass die

18 Einzig im Gebiet des Zuständigkeitsrechts wurde versucht, eine Vereinheitlichung zu erreichen. Der Lausanner Professor ERNEST ROGUIN regte bereits 1880 an, ein separates Gesetz über die Gerichtsstände zu schaffen (ERNEST ROGUIN, *L'article 59 de la constitution fédérale, Etude critique de la jurisprudence du tribunal fédéral*, Lausanne 1880, S. 158). Es sollte aber weitere 18 Jahre dauern, bis im Jahre 1898 anlässlich des 36. Juristentags ein von Professor ROGUIN ausgearbeiteter, sehr detaillierter Gesetzesentwurf diskutiert wurde (siehe ERNEST ROGUIN, *Y a-t-il lieu d'édicter une loi sur le for en matière civile, et, le cas échéant, de réviser l'article 59 de la Constitution fédérale?*, ZSR 1898, Neue Folge, S. 697 ff.; R. A. GANZONI, *Soll ein Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen erlassen und allfällig Art. 59 B. V. entsprechend revidiert werden?*, ZSR 1898, Neue Folge, S. 735 ff.). Die Angelegenheit verlief aber ergebnislos im Sand (siehe SUTTER [FN 7], Rz. 68).

19 Siehe SUTTER (FN 7), Rz. 72. Der genaue Wortlaut findet sich in ZSR 1961 II S. 448.

20 Siehe ZSR 1969 II S. 243 ff., S. 293 ff.

21 Siehe dazu etwa ROLF STÜRNER, *Die neue schweizerische internationale Zuständigkeit im internationalen Vergleich*, in: Peter Gottwald/Hanns Prütting (Hrsg.), *Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag*, München 1990, S. 465 ff.

22 Zu den Folgen der Ratifizierung des Lugano-Übereinkommens siehe auch STEPHEN V. BERTI, *Zum Vorentwurf zu einem schweizerischen Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen*, ZZPInt 1997, S. 186 ff.

23 Siehe etwa JEAN-FRANÇOIS POUURET, *Compétence cantonale ou fédérale en matière de for? Réflexions et suggestions au sujet des articles 59 et 64 alinéa 3 de la Constitution*, in: Jean-Marc Rapp/Pierre-André Oberson (Hrsg.), *Droit cantonal et Droit fédéral, Mélanges publiés par la Faculté de droit à l'occasion du 100^{ème} anniversaire de la loi sur l'Université de Lausanne*, Lausanne 1991, S. 270: «[N]ous recommandons aujourd'hui de modifier l'article 59 Cst., dont la révision s'impose de toute manière, pour attribuer à la Confédération compétence exclusive de légiférer en matière de for.»

Zeit gekommen war, auch das Binnenzuständigkeitsrecht einer Regelung durch den Bund zuzuführen. Die entsprechenden Entwicklungen wurden durch das folgende Problem wesentlich beschleunigt: Anlässlich der Ausarbeitung des Parallelübereinkommens zum EuGVÜ, des Lugano-Übereinkommens (LugÜ), konnte die schweizerische Verhandlungsführung erreichen, dass ihr in einem ihrer Ansicht nach zentralen Bereich ein auf *zehn Jahre befristeter* und einzig die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung betreffender Vorbehalt zugestanden wurde. Gemäss Art. Ia Abs. 1 lit. a des Protokolls Nr. 1 zum LugÜ behielt sich die Schweiz vor, in einem anderen Vertragsstaat ergangene Entscheidungen nicht anzuerkennen und für vollstreckbar zu erklären, wenn die Zuständigkeit des Erstgerichts «sich nur auf Artikel 5 Nummer 1 des Übereinkommens» gestützt hatte. Der Hintergrund dieses Vorbehalts ist darin zu sehen, dass der *Gerichtsstand des Erfüllungsortes* seit jeher²⁴ als gegen die in Art. 59 aBV verankerte Gerichtsstandsgarantie des Wohnsitzkantons des Beklagten verstossend angesehen worden war, weshalb eine vorbehaltlose Ratifikation des LugÜ die Bundesverfassung verletzt hätte.

Der durch die zeitliche Befristung bedingte Wegfall des Vorbehalts auf den 1. Januar 2000 führte aber zu einem weiteren gewichtigen Folgeproblem: Während auf internationaler Ebene in Zukunft der Gerichtsstand des Erfüllungsortes zur Verfügung stehen würde, könnten auf nationaler Ebene bis auf weiteres keine vergleichbaren Vorschriften angerufen werden, da wegen Art. 59 aBV die kantonalen Zivilprozessordnungen keine solchen kannten.

Die Schweiz sah sich – letztlich auf Druck von aussen hin – gezwungen, zur *Verhinderung von Selbstdiskriminierungen* ihr Gerichtsstandsrecht dem europäischen Standard anzupassen. Zur Beseitigung dieser Selbstdiskriminierung aufgrund des Fehlens moderner, dem Lugano-Ausländer zur Verfügung stehender Gerichtsstände bzw. Vollstreckungsmöglichkeiten drängte es sich auf, das *Zuständigkeitsrecht* auf Stufe Bund zu *vereinheitlichen* sowie eine Anpassung des Binnenvollstreckungsrechts vorzusehen.²⁵

24 Siehe RUDOLF EDUARD ULLMER, Die staatsrechtliche Praxis der Bundesbehörden aus den Jahren 1848–1860, Zürich 1862, Nr. 277; BGE I 143 ff.; BGE III 40 E. 3; BGE IV 554 ff.

25 Der Bundesrat schlug daher im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung die Schaffung einer entsprechenden Bestimmung vor (Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I S. 184, S. 593.). Diese wurde mit kleinen Retouches versehen als Art. 30 Abs. 2 in die neue Bundesverfassung vom 18. April 1999 aufgenommen. Sie lautet wie folgt: «Jede Person, gegen die eine Zivilklage erhoben wird, hat Anspruch darauf, dass die Sache vom Gericht des Wohnsitzes beurteilt wird. Das Gesetz kann einen anderen Gerichtsstand vorsehen.» Im Vergleich zu Art. 59 aBV lässt Art. 30 Abs. 2 nBV die Einschränkungen auf «persönliche Ansprachen» und «aufrechtstehende Schuldner» fallen und dehnt den Anwendungsbereich neu auf sämtliche «Zivilklagen» aus. Gemäss Satz 2 kann «das Gesetz . . . einen anderen Gerichtsstand vorsehen». Dadurch wurden also die bisher «verfassungswidrigen» bundesrechtlichen Gerichtsstandsbestimmungen auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Verfassung am 1. Januar 2000 auf eine verfassungsmässige Basis

Gestützt auf diverse Vorarbeiten Dritter²⁶ arbeitete der Bundesrat in der Folge einen Gesetzesentwurf aus.²⁷ Dieser Entwurf wurde anschliessend durch das Parlament vom 10. Juni 1999 bis zum 16. März 2000 in fünf Sitzungen eingehend beraten und in verschiedenen Teilen modifiziert. Das so genannte Gerichtsstandsgesetz (GestG)²⁸ ist am 1. Januar 2001 in Kraft getreten.

3. *Neue Bundesverfassung vom 18. April 1999 und Bundesbeschluss über die Reform der Justiz vom 8. Oktober 1999*

Das Gerichtsstandsgesetz stellt der Sache nach ein eigentlich erstes Kapitel²⁹ einer Schweizer ZPO dar. Es erstaunt daher nicht, dass dessen Schaffung in weiten Teilen der Bevölkerung zur Erkenntnis führte, dass die Zeit mittlerweile reif war, auch das übrige Zivilprozessrecht zu vereinheitlichen. Diese historische Chance wurde genutzt und im Rahmen der Arbeiten zur Totalrevision der Bundesverfassung wurden entsprechende Vorschläge gemacht. Die alte Bundesverfassung aus dem Jahre 1874 wurde in der Folge aufgrund der Volksabstimmung vom 18. April 1999 durch eine *neue Verfassung* ersetzt, welche am 1. Januar 2000 in Kraft getreten ist. Am 12. März 2000, also kaum ein Jahr nach der Volksabstimmung vom 18. April 1999, haben Volk und Stände weiter den *Bundesbeschluss über die Reform der Justiz* vom 8. Oktober 1999³⁰ mit grossem Mehr angenommen.

Gemäss der revidierten Fassung³¹ von Art. 122 Abs. 1 der neuen Schweizer Bundesverfassung fällt die Gesetzgebung auf dem gesamten Gebiet des Zivilprozessrechts neu in die Zuständigkeit des *Bundes*. Die Kantone sind nur noch für die *Organisation* der Gerichte und die *Rechtsprechung* zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht.

Gut hundert Jahre später als die meisten anderen europäischen Staaten hat die Schweiz also Abschied von der getrennten legislatorischen Kompetenz

gestellt. Zudem wurde die verfassungsrechtliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes zum Erlass des Gerichtsstandsgesetzes geschaffen.

26 Die Geschichte des Gerichtsstandsgesetzes geht bis ins 18. Jahrhundert zurück und verläuft über weite Teile parallel zur Geschichte der Vereinheitlichung des Prozessrechts in der Schweiz. Siehe auch FN 18.

27 BERTI (FN 22), S. 185 ff.

28 SR 272.

29 Siehe zu diesem FRIDOLIN WALTHER, Das Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz) – Das erste Kapitel einer gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung?, ZZPInt 2000, S. 295 ff.

30 BBl 1999, S. 8633 ff.

31 Die Revision ist von der Bundesversammlung noch *nicht* in Kraft gesetzt worden.

für materielles Recht (Bund) und Prozessrecht (Kantone) genommen und sich zu einer einheitlichen Regelung beider Bereiche durch den Bund bekannt.

Neu verfügt der Bund über die Kompetenz zur Vereinheitlichung des *gesamten Zivilverfahrensrechts*, wenn auch der Wortlaut der Verfassung weder die Freiwillige Gerichtsbarkeit noch das Zwangsvollstreckungsrecht ausdrücklich erwähnt. Es kann aber aufgrund der Gesetzgebungsgeschichte davon ausgegangen werden, dass die gemäss dem Bundesbeschluss über die Reform der Justiz neu geschaffene Kompetenznorm dem Bund die entsprechende Legiferierungsberechtigung einräumt.³²

Im Folgenden soll in der gebotenen Kürze aufgezeigt werden, wie der Bund von dieser neuen Kompetenz nebst dem Erlass des Gerichtsstandsgesetzes bisher Gebrauch gemacht und welche weiteren Gesetzgebungsprojekte er in Zukunft noch umzusetzen gedenkt.

4. *Bisherige und geplante weitere Bundesgesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts*

a) Vorentwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung

Den zukünftigen Bundesbeschluss über die Reform der Justiz vom 8. Oktober 1999 vor Augen, setzte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) bereits im Mai 1999 eine Expertenkommission mit Vertreterinnen und Vertretern aus Gerichtspraxis und Wissenschaft ein, die den Auftrag hatte, die für eine bundesrechtliche Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts aus gesetzgeberischer Sicht relevanten Fragen umfassend zu prüfen und einen vernehmlassungsreifen Vorentwurf zu unterbreiten.

Die Expertenkommission legte nach intensiven Arbeiten Ende 2002 bzw. Anfang 2003 ihren Vorentwurf³³ mit Begleitbericht vor.³⁴ In der Folge fand

32 So auch DANIEL STECK, Bericht mit Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden vom Juni 2003, S. 4 f. (mit weiteren Hinweisen).

33 Der Vorentwurf ist auf ein grosses wissenschaftliches Interesse gestossen. Aus der neueren Zeit sind insbesondere folgende Tagungsbände, Aufsätze und Monographien zu nennen: Stephen V. Berti (Hrsg.), *Helvetisches Zivilprozessrecht*, Symposium zum 75. Geburtstag von Walther J. Habscheid, Beiheft 31 der Bibliothek für Schweizerisches Recht, Basel 1999, mit Beiträgen von PETER SCHLOSSER, STEPHEN V. BERTI, JACQUES HALDY, THOMAS SUTTER-SOMM, ISAAK MEIER, HANS-ULRICH WALDER-RICHLI, ADRIAN STAEHELIN, KARL SPÜHLER, GERHARD WALTER und WALTHER J. HABSCHIED; Karl Spühler (Hrsg.), *Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung. Eine Orientierung*, mit Beiträgen von ANNETTE DOLGE, SYLVIA FREI, PETER KARLEN, VIKTOR RÜEGG und KARL SPÜHLER, Basel/Genf/München 2003; Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler (Hrsg.), *Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung*, Mitglieder der

Expertenkommission erläutern den Vorentwurf, Zürich/Basel/Genf 2003, mit Beiträgen von HEINRICH KOLLER, THOMAS SUTTER-SOMM, FRANZ HASENBÖHLER, CHRISTOPH LEUENBERGER, DOMINIK GASSER, CHRISTINE BALTZER-BADER und DANIEL WEHRLI; Rita Trigo Trindade/Nicolas Jeandin (Hrsg.), *Unification de la procédure civile*, Genève/Zürich/Bâle 2004, mit Beiträgen von PHILIPPE SCHWEIZER, FABIENNE HOHL, HENRI-ROBERT SCHÜPBACH, LOUIS GAILLARD, PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, DOMINIQUE HENCHOZ, BERNARD BERTOSSA, JACQUES HALDY, FRANÇOIS PERRET, JEAN-FRANÇOIS PLOUDRET und NICOLAS JEANDIN; STEPHEN V. BERTI, *Baustelle Zivilprozessrecht – ein Augenscheinsbericht*, in: Pierre Tercier et al. (Hrsg.), *Gauchs Welt – Recht, Vertragsrecht und Baurecht*, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, S. 347 ff.; CORNELIA DÄTWYLER, *Gewährleistungs- und Interventionsklage nach französischem Recht und Streitverkündung nach schweizerischem und deutschem Recht im internationalen Verhältnis nach IPRG und Lugano-Übereinkommen: unter Berücksichtigung des Vorentwurfs zu einer schweizerischen Zivilprozessordnung*, St. Gallen 2005; NINA J. FREI, *Die Interventions- und Gewährleistungsklagen im Schweizer Zivilprozess: unter besonderer Berücksichtigung der Streitverkündung mit Klage nach dem Vorentwurf einer Schweizer Zivilprozessordnung*, Zürich 2004; DOMINIK GASSER, *Aspekte eines sozialen Zivilprozesses*, in: Monique Jametti Greiner et al. (Hrsg.), *Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung*, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 297 ff.; THOMAS GEISER, *Zivilprozessrecht vereinheitlichen*, plädoyer 3/1998, S. 28 ff.; FRANZ HASENBÖHLER, *Das Verfahren in Arbeitsstreitigkeiten nach dem Vorentwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung*, in: Bernhard Christ/Ernst A. Kramer (Hrsg.), *Symposium für Frank Vischer*, Basel 2005, S. 78 ff.; DOMINIQUE HENCHOZ, *Le projet de procédure civile suisse*, in: Walter Fellmann/Tomas Poledna (Hrsg.), *Aktuelle Anwaltspraxis 2003*, Bern 2004, S. 663 ff.; NICOLAS JEANDIN, *Parties au procès: Précis en vue du Code fédéral de procédure civile*, Zürich 2003; DERS., *L'exécution des titres authentiques en Suisse: Vers la fin d'une autodiscrimination?*, in: Hans Michael Riemer et al. (Hrsg.), *Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht*, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich 2005, S. 135 ff.; FRANZ KELLERHALS, *Die Binnenschiedsgerichtsbarkeit im neuen Kleid – der 3. Teil des Vorentwurfs einer Schweizerischen Zivilprozessordnung*, *Anwaltsrevue* 2003, S. 391 ff.; FRANÇOIS KNOEPFLER, *Arbitrage et Code de procédure civile suisse: une occasion manquée*, in: Anne Héritier Lachat et al. (Hrsg.), *De lege ferenda: réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch*, Genf 2004, S. 149 ff.; SABINE KOFMEL EHRENZELLER, *Die künftige Zwangsvollstreckung in Zivilsachen: ein Zusammenspiel des SchKG mit der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung*, *recht* 2004, S. 57 ff.; CHRISTOPH LEUENBERGER, *Der Vorentwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung – ein Überblick*, *AJP* 2003, S. 1421 ff.; ISAAK MEIER, *Elemente eines effektiven Rechtsschutzes in einer neuen schweizerischen Zivilprozessordnung*, in: Andreas Donatsch et al. (Hrsg.), *Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich*, Zürich 2000, S. 249 ff.; DERS., *Vorentwurf für eine neue schweizerische Zivilprozessordnung. Überblick mit Kritik und Abänderungsvorschlägen*, Zürich 2003; ISAAK MEIER/DIANA MÜRNER, *Stolpersteine in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung*, *SJZ* 2003, S. 597 ff.; ISAAK MEIER, *Mediation und Möglichkeiten ihrer Förderung durch den Gesetzgeber – unter der besonderen Berücksichtigung der neuen eidgenössischen Zivilprozessordnung*, *recht* 2004, S. 1 ff.; PAUL OBERHAMMER, *Zivilprozessgesetzgebung: Content follows method*, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), *Privatrecht und Methode*, Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel 2004, S. 1025 ff.; DERS., *Antizipierte Beweiswürdigung: Verfahrensmangel als Prozessgrundsatz?*, in: Peter Forstmoser et al. (Hrsg.), *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis: Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht*, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 507 ff.; DERS., *Die vollstreckbare öffentliche Urkunde im Vorentwurf einer eidgenössischen ZPO*, in: Hans Michael Riemer et al. (Hrsg.), *Schweizerisches und Internationales*

ein breit angelegtes Vernehmlassungsverfahren statt und das Bundesamt für Justiz wertete die in erheblicher Anzahl eingegangenen Vernehmlassungen in Form eines sog. Vernehmlassungsberichts³⁵ aus. Die Vernehmlassungsteilnehmer befürworteten das konservative Konzept, wonach die kantonale Prozessrechtstradition weitgehend fortgesetzt und mit punktuellen Innovationen

Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich 2005, S. 247 ff.; FRANÇOIS PERRET, Le projet d'une loi de procédure civile fédérale: une réforme qui s'arrête à mi-chemin!, in: Anne Héritier Lachat et al. (Hrsg.), De lege ferenda: réflexions sur le droit désirable en l'honneur du professeur Alain Hirsch, Genf 2004, S. 435 ff.; JAMES T. PETER, Mediation in der eidgenössischen ZPO, Anwaltsrevue 2004, S. 42 ff.; WOLFGANG PORTMANN, Arbeitsvertragsrecht und Zivilprozess – Streitigkeiten aus Arbeitsverträgen im Licht des Vorentwurfs für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, in: Pierre Tercier et al. (Hrsg.), Gauchs Welt – Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, S. 539 ff.; DERS., Streitigkeiten aus Arbeitsverträgen nach dem Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung – Kritische Bemerkungen zu ausgewählten Punkten, Anwaltsrevue 2005, S. 294 ff.; HENRI-ROBERT SCHÜPBACH, Les recours «ordinaires» devant les tribunaux des cantons selon l'«ordo judiciarum privatorum» de l'avant-projet de code de procédure civil suisse (Juin 2003), in: Monique Jametti Greiner et al. (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 327 ff.; DERS., Les voies de recours «extra ordinem judiciarum privatorum» de l'avant-projet de code de procédure civile suisse (Juin 2003), RSPC 2005, S. 331 ff.; DANIEL STAEHELIN, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde – eine Ausländerin vor der Einbürgerung, in: Monique Jametti Greiner et al. (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 205 ff.; THOMAS SUTTER-SOMM, Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZSR 2002 I S. 545 ff.; DERS., Vereinheitlichung des Schweizerischen Zivilprozessrechts – Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung im Überblick, ZZPInt 2002, S. 369 ff.; DERS., Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung im Überblick. Neuerungen und Altbewährtes, BJM 2003, S. 185 ff.; DERS., Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung – Tendenzen und Hauptstossrichtungen, in: Hans Ulrich Walder-Richli (Hrsg.), Rechtsschutz im Privatrecht – Symposium für Richard Frank, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 69 ff.; CLAUDIA VISINONI-MEYER, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde im internationalen und nationalen Bereich: unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfes der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2004; DOMINIK VOCK, Die Vollstreckung von Entscheiden nach dem Vorentwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung: in: Hans Michael Riemer et al. (Hrsg.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich 2005, S. 433 ff.; HANS ULRICH WALDER-RICHLI, Die Schweiz auf dem Weg zu ihrer letzten Zivilprozessordnung, in: Hideo Nakamura et al. (Hrsg.), Festschrift für Kostas E. Beys – Dem Rechtsdenker in attischer Dialektik, Athen 2003, S. 1713 ff.; GERHARD WALTER, Neues Recht der Binnenschiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Gerhard Lüke et al. (Hrsg.), Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag am 27. November 2001, Berlin/New York 2001, S. 541 ff.; DERS., Alternativentwurf Schiedsgerichtsbarkeit, Beiheft 40 der Bibliothek für Schweizerisches Recht, Basel 2004; HANS PETER WALTER, Auf dem Weg zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, SJZ 2004, S. 313 ff.; FRIDOLIN WALTHER, Die aktuelle Situation der Freiwilligen Gerichtsbarkeit nach schweizerischem Recht, ZZP 2004, S. 421 ff.

34 Abruf unter <http://www.bj.admin.ch/themen/v-zivilp/intro-d.htm>.

35 Abruf unter <http://www.bj.admin.ch/themen/v-zivilp/intro-d.htm>.

angereichert werden soll. Zustimmung fand insbesondere der Verzicht auf die Einführung der Sammelklage (*class action*) nach dem Vorbild des angelsächsischen Rechts. Die Integration des inhaltlich grundsätzlich unveränderten Gerichtsstandsgesetzes in die künftige Zivilprozessordnung wurde ebenso wie die vorgeschlagene Regelung der Binnenschiedsgerichtsbarkeit begrüsst. Die grundsätzliche Zustimmung wurde durch eine vielfältige substanzielle und konstruktive Detailkritik begleitet.

Zurzeit ist das Bundesamt für Justiz daran, den Vorentwurf zu überarbeiten und eine entsprechende Botschaft an das Parlament auszuarbeiten, welche bis im Herbst 2006 dem Parlament zugeleitet werden soll. Die anschliessenden parlamentarischen Beratungen werden voraussichtlich bis 2008 dauern. Nach Beratung des Projekts durch die beiden Kammern der Bundesversammlung wird abzuwarten sein, ob gegen das Gesetz das Referendum ergriffen werden wird. Sollte dies nicht der Fall sein, werden die Kantone voraussichtlich mehrere Jahre Zeit bekommen, um ihre Gesetzgebung und Gerichtsorganisation der neuen Zivilprozessordnung anzupassen. Mit einem Inkrafttreten der Schweizer ZPO ist daher realistischerweise innerhalb der nächsten fünf bis zehn Jahre (noch) nicht zu rechnen.

b) Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden

In einem wichtigen Teilgebiet³⁶ der Freiwilligen Gerichtsbarkeit stehen weitere Gesetzgebungsarbeiten an. Als letzte Etappe der Revision des Familienrechts wird zurzeit das Vormundschaftsrecht³⁷ überarbeitet. Nachdem der Bund vor ein paar Jahren für dessen Revision eine interdisziplinäre Expertenkommission eingesetzt hatte, schickte er am 25. Juni 2003 den Expertenentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches sowie den Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden³⁸ bis am 15. Januar 2004 in die Vernehmlassung.

36 Ebenfalls in Revision befinden sich gewisse Teile des Immobiliarsachen- und Grundbuchsrechts. In diesem Zusammenhang ist insbesondere vorgesehen, Art. 11 GestG durch zwei neue Absätze zu ergänzen, die die Gerichte am Ort der gelegenen Sache (bei Grundstücken oder Rechten daran) bzw. am Wohnsitz oder Sitz der gesuchstellenden Partei (bei beweglichen Sachen) – in Widerspruch zu Art. 25 Abs. 4 VE ZPO – für zuständig erklären würden.

37 Das geltende Vormundschaftsrecht ist seit seinem Inkrafttreten im Jahr 1912 nahezu unverändert geblieben. Ziel des neuen Gesetzesentwurfs ist es, das Selbstbestimmungsrecht schwacher, hilfsbedürftiger Personen zu wahren und zu fördern, gleichzeitig aber auch die erforderliche Unterstützung sicherzustellen und gesellschaftliche Stigmatisierungen zu vermeiden. Die neuen gesetzlichen Massnahmen sollen entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit auf die individuellen Bedürfnisse und Möglichkeiten der betroffenen Personen zugeschnitten werden.

38 Beide abrufbar unter <http://www.bj.admin.ch/themen/vormund/intro-d.htm>.

Hinsichtlich des Verfahrensrechts sind im Vorentwurf vom Juni 2003 zur Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs minimale Rahmenvorschriften vorgesehen. Art. 443 VE ZGB sieht insbesondere vor, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ein interdisziplinär zusammengesetztes Fachgericht sein muss und dass die örtliche Zuständigkeit sowie das Verfahren nicht mehr im revidierten ZGB geregelt werden, sondern sich nach einem neu zu schaffenden Bundesgesetz zu richten haben.

Mit der Vorlage zur Revision des ZGB schickte das EJPD – wie bereits erwähnt – gleichzeitig einen Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden in die Vernehmlassung. Diese separate Vorlage verbessert den Rechtsschutz und entlastet das ZGB von Verfahrensbestimmungen.

Die Totalrevision des Vormundschaftsrechts ist in der Vernehmlassung von einer grossen Mehrheit begrüsst worden. Als Hauptstreitpunkt der Revision erwies sich im Vernehmlassungsverfahren aber die Organisation der Erwachsenenschutzbehörde. Der Vorschlag, die Erwachsenenschutzbehörde zwingend als interdisziplinär zusammengesetztes Fachgericht zu organisieren, stiess auf breite Ablehnung. Es wurde geltend gemacht, die unbestrittene Professionalisierung des Vormundschaftswesens könne auch mit einer Fachbehörde gewährleistet werden. Angesichts dieser Kritik beabsichtigt der Bundesrat, den Kantonen eine grössere Organisationsfreiheit zu belassen. Er hat daher entschieden, dass die Erwachsenenschutzbehörde nicht zwingend ein Gericht sein muss. Der Bundesrat hat das EJPD beauftragt, bis 2006 eine Botschaft zu erarbeiten.

c) Hinweis auf weitere Gesetzgebungsvorhaben

An dieser Stelle sollen einige weitere zum Teil schon abgeschlossene und zum Teil noch hängige Gesetzgebungsprojekte erwähnt werden, welche eine mehr oder weniger direkte Verbindung zum Zivilprozessrecht aufweisen:

- Bereits seit dem 1. Juni 2002 in Kraft ist das Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA).³⁹ Dieses Gesetz regelt die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte sowie die wesentlichen Grundsätze für die Ausübung des Anwaltsberufs.⁴⁰ Es handelt sich dabei um eine Vereinheitlichung der bis anhin in den kantonalen Anwaltsgesetzen enthaltenen Berufs- und Standesregeln sowie Disziplinar massnahmen. Das BGFA regelt weiter in Aus-

³⁹ SR 935.61

⁴⁰ Das BGFA befindet sich zurzeit bereits wieder in Revision (siehe dazu <http://www.bj.admin.ch/themen/bgfa-bologna/intro-d.htm>).

führung des bilateralen Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft (EG)⁴¹ sowie ihren Mitgliedstaaten über die Freizügigkeit auch die grundlegenden Modalitäten für die Ausübung des Anwaltsberufs in der Schweiz durch Anwältinnen und Anwälte, die Angehörige von Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder der EFTA sind.

- Am 1. April 2004 hat das Bundesstrafgericht⁴² in Bellinzona seine Tätigkeit aufgenommen und voraussichtlich im Jahre 2007 wird das neue Bundesverwaltungsgericht, welches 36 eidgenössische Rekurskommissionen zusammenfasst, die heute bereits richterliche Vorinstanzen des Bundesgerichts in der Bundesverwaltungsrechtspflege bilden oder als Gerichtsbehörden letztinstanzliche Entscheide fällen, seinen Betrieb aufnehmen.
- Während mehreren Jahren diskutierte das Parlament intensiv die Schaffung eines neuen Bundesgerichtsgesetzes (BGG)⁴³, durch welches das stark überlastete Bundesgericht wirksam entlastet und funktionsfähig erhalten werden soll. Die Vorlage bezweckt weiter eine Verbesserung des Rechtsschutzes, indem dem Bundesgericht durchwegs gerichtliche Instanzen vorgeschaltet werden sollen. Ursprünglich vorgesehen war weiter eine Vereinfachung des Verfahrens und der Rechtswege. Das am 17. Juni 2005 verabschiedete Bundesgesetz wird voraussichtlich auf den 1. Januar 2007 in Kraft treten.
- In Vereinheitlichung begriffen sind weiter die derzeit 29 Strafverfahrensrechte⁴⁴ der Schweiz. Mit der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts soll weiter dem zunehmend grenzüberschreitenden Charakter der Kriminalität besser Rechnung getragen werden. Zugleich sollen Rechtssicherheit und -gleichheit im Strafverfahren verbessert werden. Nach Abschluss des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren ist das Bundesamt für Justiz zurzeit daran, einen entsprechenden Entwurf auszuarbeiten.

41 Das BGFA konkretisiert die Richtlinie 77/249/EWG vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte, die Richtlinie 89/48/EWG vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschliessen, sowie die Richtlinie 98/5/EG vom 16. Februar 1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde.

42 Siehe <http://www.bstger.ch>.

43 Siehe dazu <http://www.bj.admin.ch/themen/bgg/bot-com-d.htm> sowie BBl 2005, S. 4045 ff.

44 Sechszwanzig kantonale und drei des Bundes. Siehe weiter <http://www.bj.admin.ch/themen/stgb-vstrafp/intro-d.htm>.

- Am 1. August 2005 ist zudem die von der Eidgenössischen Bankenkommission am 30. Juni 2005 erlassene Bankenkursverordnung (BKV)⁴⁵ in Kraft getreten. Nicht unerwähnt bleiben soll weiter, dass im Sommer 2003 das Bundesamt für Justiz weiter eine Expertengruppe eingesetzt hat, welche überprüfen soll, ob das Sanierungsrecht einer Revision unterzogen werden soll.
- Zurzeit ebenfalls diskutiert wird eine kleine Teilrevision des Scheidungsverfahrensrechts betreffend Vollstreckung von Urteilen zum Besuchsrecht.

5. Zwischenfolgerungen

Nahezu das gesamte Verfahrensrecht der Schweiz ist zurzeit in der einen oder anderen Art und Weise in Revision begriffen. Das Wort «Grossbaustelle» scheint in diesem Zusammenhang nicht völlig fehl am Platz zu sein. Während die EU heute 25 Mitgliedstaaten hat, verfügt die Schweiz über 27 Zivilprozessordnungen und über 29 Strafprozessordnungen. Die kleinräumige Schweiz zeichnet sich also – jedenfalls in quantitativer Hinsicht – durch eine grössere verfahrensrechtliche Vielfalt aus als die ganze EU. Für die Schweiz stellt sich zwangsläufig die Frage, welche Erkenntnisse sie aus den laufenden Vereinheitlichungsbemühungen insbesondere auf europäischer Ebene gewinnen kann. Aber auch umgekehrt kann gefragt werden, was die Europäische Union aus den schweizerischen Arbeiten lernen kann. Nachfolgend sollen daher in der gebotenen Kürze vorab die Harmonisierung- und Vereinheitlichungstendenzen auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts auf weltweiter und auf regionaler, insbesondere europäischer Ebene dargestellt sowie die entsprechenden Interdependenzen aus der Optik der Schweiz näher aufgezeigt werden.

III. Die Regionalisierung und Internationalisierung des Prozessrechts

Die Globalisierung des Rechts⁴⁶ hat auch das internationale Zivilprozessrecht nicht verschont. War während längerer Zeit das internationale Zivilprozessrecht vorwiegend *nationales* Recht, so begann vor gut hundert Jahren ein schleichender Prozess der echten Internationalisierung des «internationalen» Prozessrechts.⁴⁷ Heute hat dieser Prozess eine Dynamik erreicht, die es einem

45 SR 952.812.32. Siehe dazu auch <http://www.ebk.ch/d/regulier/regulierungsprojekte.html>.

46 Siehe THOMAS COTTIER, Die Globalisierung des Rechts – Herausforderungen für Praxis, Ausbildung und Forschung, ZBJV 1997, S. 217 ff.

47 Siehe etwa F. MEILI/A. MAMELOK, Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht auf Grund der Haager Konventionen – Eine systematische Darstellung, Zürich 1911, S. 3: «Aber es ist wahr, dass die Bedeutung des internationalen Privatrechtes namentlich in den letzten Dezenen erst recht vor Augen getreten und ausserordentlich gross geworden ist. Dies hängt damit zusammen, dass wir eben in der Zeitperiode des grossen Weltverkehrs leben.»

Aussenstehenden kaum noch ermöglicht, den Überblick über alle Entwicklungen zu haben.⁴⁸

1. Regionalisierungstendenzen

In nahezu allen grösseren Wirtschaftsregionen⁴⁹ sind Bewegungen in Richtung ganzer oder zumindest teilweiser Harmonisierung oder Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts im Gang. Die «Vereinigten Staaten» von Amerika verfügen bereits seit längerer Zeit auf Stufe Bund über eine einheitliche Verfahrensordnung. Zu nennen sind weiter etwa das Mercosur-Abkommen von 1998 über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen⁵⁰, das Mercosur-Protokoll von Buenos Aires von 1994⁵¹, in dem die Mercosur-Staaten Argentinien, Brasilien, Paraguay und Uruguay die direkte internationale Zuständigkeit der Gerichte unter sich geregelt haben, oder das Protokoll von Las Lenas von 1992, in dem die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung vereinheitlicht worden ist. Ein weiteres Beispiel ist der Ibero-Amerikanische Entwurf für eine Modell-ZPO.⁵² Im NAFTA-Wirtschaftsraum⁵³ wurden unter der Ägide des American Law Institute im Rahmen des *Transnational Insolvency Projekts* sog. *Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries* betreffend multilateraler Insolvenzfälle ausgearbeitet.⁵⁴ Und die OHADA, die *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*, verabschiedete im April 1998 den *Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif*.⁵⁵

48 Für einen Überblick siehe FRIDOLIN WALTHER, Neuere Entwicklungen im europäischen und internationalen Prozessrecht – oder: Die Europäisierung, Regionalisierung und Internationalisierung des Prozessrechts, *Anwaltsrevue* 2000, S. 7 ff. und GERHARD WALTER/FRIDOLIN WALTHER, *International Litigation: Past Experiences and Future Perspectives*, in: Cottier T./Caplazi A. (eds.), *Swiss Papers on European Integration*, Vol. 25, Bern 2000 (zugleich erschienen in Carpi F./Lupoi M. [eds.], *Essays on Transnational and Comparative Civil Procedure*, Turin 2002, S. 155 ff.) sowie NEIL ANDREWS, *Judicial Co-operation: Recent Progress*, Referat anlässlich des 1. Europäischen Juristentags in Nürnberg, Baden-Baden 2001.

49 Zur Europäisierung des Prozessrechts siehe IV.

50 Siehe JOAO BOSCO, *L'arbitrage commercial international dans le Mercosur: L'accord de Buenos Aires de 1998*, *Rev. arb.* 2004, S. 565 ff.

51 Eine deutsche Fassung findet sich in *IPRax* 1999, S. 127 ff.

52 Siehe dazu JOSÉ BARBOSA MOREIA, *Le code-modèle de procédure civile pour l'Amérique latine de l'Institut Ibero-américain de Droit Processuel*, *ZZPInt* 1998, S. 437 ff.

53 Zu weiteren aktuellen Entwicklungen in prozessualer Hinsicht im NAFTA-Raum siehe SAMUEL P. BAUMGARTNER, *Is transnational litigation different?*, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 2004, S. 1366 f.

54 Siehe dazu http://www.ali.org/ali/trans_insolv.htm.

55 Abrufbar unter <http://www.ohada.com/textes.php?categorie=588>.

2. Internationalisierung des Prozessrechts

Aber nicht nur auf regionaler Ebene finden wir zunehmende Bemühungen für eine Angleichung oder sogar Vereinheitlichung des Prozessrechts, sondern auch auf weltweiter Ebene. Vorab zu nennen sind die bisher zum Teil sehr fruchtbaren Bemühungen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht. So ist die Schweiz etwa seit dem 1. Januar 1995 Mitglied der drei Haager Übereinkommen betreffend Zustellung, Beweisaufnahme und Zugang zur Rechtspflege. Bereits seit mehreren Jahren⁵⁶ beschäftigt sich die Haager Konferenz für Privatrecht damit, eine weltweite Konvention für die Regelung der internationalen Zuständigkeit sowie der Anerkennung und Vollstreckung⁵⁷ zu schaffen. Anlässlich der 20. Session der Konferenz wurde das Projekt einer *Hague Convention on Choice of Court Agreements* diskutiert, welche in der Folge am 30. Juni 2005 erfolgreich angenommen wurde. Zurzeit befindet sich weiter eine Konvention betreffend *International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance*⁵⁸ in Ausarbeitung.

Als weiteres Projekt im Dienste der Vereinheitlichung des Prozessrechts auf internationaler Ebene sind die Bemühungen des Komitees für internationales Zivilprozessrecht der *International Law Association* (ILA) zu erwähnen. Mit der Erarbeitung verschiedener *Principles*⁵⁹ wurde versucht, allgemein gültige Grundsätze bspw. für den einstweiligen Rechtsschutz (*Helsinki-Principles*⁶⁰), für die Forumsverschiessung und -verweisung (declining and referring jurisdiction; sog. *Leuven/London-Principles*) oder hinsichtlich der Zuständigkeit betreffend Gesellschaften (sog. *Paris/New Delhi-Principles*) zu erarbeiten.

56 Zu den Vorarbeiten siehe etwa SAMUEL P. BAUMGARTNER, *The proposed Hague Convention on jurisdiction and foreign judgments: trans-atlantic lawmaking for transnational litigation*, Tübingen 2003.

57 Siehe dazu etwa GERHARD WALTER, *Der Entwurf für ein weltweites Haager Zuständigkeits- und Vollstreckungs-Übereinkommen aus Schweizer Sicht*, in: Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Einheit und Vielfalt des Rechts*, Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag, München 2002, S. 1429 ff.

58 Siehe dazu <http://www.hcch.net>.

59 Diese sind abrufbar unter http://www.ila-hq.org/html/main_listofcomm_civilcomm.htm.

60 Siehe dazu etwa CATHERINE KESSEDIAN, *Mesures provisoires et conservatoires à propos d'une résolution adoptée par l'Association de droit international*, *Journal du droit international* 1997, S. 107 ff. sowie GERHARD WALTER, *Interim Measures and Arbitration – Impact of the ILA Principles on Provisional and Protective Measures in International Litigation on the Draft Provisions on Interim Measures of Protection of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, in: Talia Einhorn/Kurt Siehr (Hrsg.), *Intercontinental Cooperation Through Private International Law, Essays in Memory of Peter E. Nygh*, The Hague 2004, S. 469 ff.

Ein weiteres wichtiges Projekt betreffend Vereinheitlichung des Prozessrechts ist das gemeinsame Projekt von UNIDROIT und des *American Law Institute* (ALI) für die Erarbeitung sog. «*Transnational Rules of Civil Procedure*». Dieses sehr ehrgeizige Projekt bezweckt die Schaffung einer Art Modellregeln für internationale Verfahren.⁶¹ Ein mehrfach überarbeiteter Entwurf wurde in etliche Sprachen übersetzt und wurde weltweit an Veranstaltungen diskutiert. Im Jahre 2004 wurden anschliessend die sog. «*ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*»⁶² verabschiedet, welche einen bedeutenden Beitrag zur Schaffung einer wissenschaftlichen Basis für eine weltweite Angleichung des Zivilprozessrechts darstellen.

Zu nennen ist auch das Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum (sog. *TRIPS-Abkommen*⁶³), welches im Rahmen der WTO ausgearbeitet wurde.

Nicht zu vergessen sind zudem die Arbeiten der UNCITRAL auf dem Gebiet der Schiedsgerichtsbarkeit, allen voran das New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche⁶⁴, aber auch die *Arbitration Rules* von 1976, das *Model Law on International Commercial Arbitration* von 1985 sowie das *Model Law on International Commercial Conciliation* von 2002.⁶⁵

3. Bedeutung der regionalen und internationalen Harmonisierungs- und Vereinheitlichungstendenzen für die Schweiz

Angesichts dieser vielfältigen Entwicklungen stellt sich die Frage, welche Bedeutung diesen hinsichtlich der laufenden Vereinheitlichungsbemühungen in der Schweiz zukommt. Ist es überhaupt noch sinnvoll, eine gemeinschwei-

61 Eine deutsche Übersetzung von Prof. Gerhard Walter der «Rules» findet sich in ZZZP 1999, S. 204 ff. Siehe dazu auch GERHARD WALTER/SAMUEL P. BAUMGARTNER, *Utility and Feasibility of Transnational Rules of Civil Procedure: Some German and Swiss Reactions to the Hazard-Taruffo Project*, TEX. INT'L L. J. 1998, S. 463 ff. und GERHARD WALTER/SAMUEL P. BAUMGARTNER, *Improving the Prospects of the Transnational Rules of Civil Procedure Project: Some Thoughts on Purpose and Means of Implementation*, ZZPInt 2000, S. 477 ff. sowie ROLF STÜRNER, *Modellregeln für den internationalen Zivilprozess? – Zum Stand eines gemeinsamen Vorhabens des American Law Institute und des Institut pour l'Unification du Droit Privé (Unidroit)*, ZZZP 1999, S. 185 ff.

62 Abrufbar unter <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/main.htm>.

63 Anhang 1C des Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation von 1994 (SR 0.632.20).

64 SR 0.277.12.

65 Zur Streitschlichtung siehe etwa GERHARD WALTER, *Der Schlichtervertrag*, in: Friedrich Harter et al. (Hrsg.), *Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme*, Festschrift für Heinrich Honnig zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, S. 439 ff.

zerische ZPO zu schaffen? M. E. ist dies zu bejahen, und zwar aus folgenden Gründen:

Bei genauerem Hinsehen offenbart sich nämlich, dass die regionalen und internationalen Harmonisierungs- und Vereinheitlichungstendenzen in aller Regel nur diejenigen Bereiche betreffen, die auch *wirtschaftlich* relevant sind. Viele Bereiche des Prozessrechts werden daher auch in absehbarer Zukunft weiterhin dem *nationalen* Recht überlassen bleiben. Zu denken ist dabei an die Gerichtsorganisation, die Länge von Fristen oder an die Rechtsmittelwege. Da die Vereinheitlichungstendenzen also nur *partiell* und *beschränkt* sind, bleibt noch genügend Raum, in dem rein schweizerische Bemühungen durchaus Sinn machen.

Das Zivilprozessrecht ist weiter in vielen Bereichen stark von *kulturellen* wie auch von *geschichtlichen* Faktoren geprägt.⁶⁶ In Italien herrscht gegenüber zivilprozessualen Verfahren eine ganz andere Einstellung als bspw. in Deutschland. Auch *terminologische* und *sprachliche* Unterschiede sind zum Teil ganz erheblich.

Der Vereinheitlichungsprozess selbst ist zudem kein vereinheitlichter. Zu viele Instanzen und Organisationen sind daran beteiligt, und es wäre absolut unsinnig zu meinen, aus all diesen Bemühungen würde sich innert nützlicher Frist eine weltweite ZPO herauskristallisieren. Es fehlt insbesondere eine einzige, d. h. zentrale Institution, die Forum für ein solches Projekt sein könnte.

Die Zukunft des Zivilprozessrechts wird aus einem immer dichter und komplexer werdenden *Netzwerk* von bilateralen und multilateralen Staatsverträgen, Modellgesetzen, Principles, Rules, Empfehlungen usw. bestehen und von einem entsprechenden Prozess gegenseitiger Inspiration geprägt sein. Gerade die weltweiten Projekte z. B. der Haager Konferenz, von UNIDROIT oder von UNCITRAL zeigen, dass nationales und internationales Zivilprozessrecht nicht mehr rein nationale Domänen sind, sondern sich ständig gegenseitig beeinflussen und sich dadurch auch fort- und weiterentwickeln. Auf lange Sicht kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass es so zu einer Art *indirekter* Angleichung und evtl. Vereinheitlichung auch auf weltweiter Ebene kommen wird. Die Schweiz sollte sich aber die bestehenden Ergebnisse bereits heute zu Nutzen machen und versuchen, den laufenden internen Vereinheitlichungsprozess durch die Bemühungen und die Tendenzen auf internationaler Ebene gewinnbringend «befruchten» zu lassen.

Die Entwicklungen im Rahmen internationaler Handelsorganisationen wie der WTO zeigen weiter deutlich, dass entsprechende Harmonisierungs- und Vereinheitlichungsergebnisse zwangsläufig auch durch die Schweiz über-

66 Siehe dazu etwa ERIK JAYME/CHRISTIAN KOHLER, *Europäisches Kollisionsrecht* 1998: Kulturelle Unterschiede und Parallelaktionen, IPRax 1998, S. 417, sowie BAUMGARTNER (FN 53), S. 1374 f.

nommen werden müssen. Für die Schweiz gilt es daher, die laufenden Entwicklungen alle aufmerksam zu verfolgen und eine aktive Rolle bei der Ausarbeitung zukünftiger weltweiter Rechtsinstrumente zu spielen, können doch nur so die schweizerischen Interessen langfristig hinreichend gewahrt werden.⁶⁷ Zudem kann dadurch sichergestellt werden, dass auf internationaler Ebene nicht Normen geschaffen werden, die bei der – meist zwangsläufigen – späteren Umsetzung in der Schweiz zu Problemen führen.

Im Interesse schweizerischer Rechtsuchender ist es weiter, insbesondere in Fällen internationaler Streitigkeiten auch in prozessualer Hinsicht über gleich lange Spiesse zu verfügen. Der schweizerische Gesetzgeber wird daher gut daran tun, das Resultat seiner Bemühungen einer kritischen Rechtsvergleichung zu unterziehen und insbesondere grössten Wert darauf zu legen, dass schweizerische Parteien durch in der Schweiz geführte Verfahren im Vergleich zu ausländischen Prozessordnungen nicht durch ein veraltetes und unvollständiges prozessuales Instrumentarium diskriminiert werden.

IV. Das «europäische» Zivilprozessrecht

1. Stufe EU/EG

Die Schilderung des Standes der Regionalisierung des Zivilprozessrechts auf europäischer Ebene ist nicht der eigentliche Gegenstand des vorliegenden Referats. Im Folgenden sollen daher die Entwicklungen der letzten Jahre im europäischen Prozessrecht nur summarisch dargestellt werden.

a) Zum Diskriminierungsverbot gemäss Art. 12 EG

Der EuGH hat ausgehend vom Verbot der direkten und indirekten Diskriminierung gemäss Art. 12 EG in den letzten Jahren auf gewisse Bereiche des Zivilprozessrechts starken Einfluss ausgeübt. In den beiden Entscheidungen i. S. *Hubbard gegen Hamburger*⁶⁸ und *Mund & Fester gegen Hatrex*⁶⁹ hat der EuGH etliche Normen des nationalen Prozessrechts, die unterschiedliche Regelungen je nach Nationalität bzw. nach dem Wohnsitz der Parteien vorsahen, für diskriminierend und daher unanwendbar erklärt. Beanstandet wurden bspw. die Pflicht zur Leistung einer Prozesskostensicherheit aufgrund ausländischer Nationalität oder der sog. Ausländerarrest des deutschen Rechts. In

67 Siehe dazu auch BAUMGARTNER (FN 53), S. 1393.

68 Entscheidung vom 1. Juli 1993, Rs. C-20/92, Slg. 1993, S. I-3790 ff.

69 Entscheidung vom 10. Februar 1994, Rs. C-398/92, Slg. 1994, S. I-467 ff.

der Folge stützte der EuGH seine Entscheidungen dann zunehmend auf die vier grundsätzlichen Freiheiten, insbesondere auf die Dienstleistungsfreiheit, und erklärte u. a. auch Normen für unanwendbar, die unterschiedliche Verfahrenssprachen je nach Nationalität vorsahen.⁷⁰

Durch diese neue Rechtsprechung hat es der EuGH sich selbst wie auch den nationalen Gerichten ermöglicht, stossende und den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr *direkt* oder *indirekt* störende Normen elegant zu beseitigen. So hat z. B. das deutsche OLG Karlsruhe⁷¹ entschieden, dass die berichtigte Zustellungsweise des französischen Rechts der *remise au parquet*⁷² gemeinschaftswidrig sei, da diese nur gegenüber Ausländern angewandt werde, und es hat gestützt darauf die Vollstreckung einer französischen Entscheidung in Deutschland gemäss Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ verweigert.

b) Neue Richtlinien und Verordnungen auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts oder mit Reflexwirkung auf das Zivilprozessrecht

Wesentlich verstärkt wurde die Angleichung des Prozessrechts auf europäischer Ebene dadurch, dass die Europäische Gemeinschaft das Prozessrecht zunehmend auch selbst zu regeln begonnen hat. Ermutigt durch die erwähnten Entscheidungen des EuGH, wonach auch nationales Prozessrecht ein Hindernis insbesondere für die Waren- und Dienstleistungsfreiheit sein kann, hat sie etliche Richtlinien und Verordnungen erlassen, die ganz wesentlich auch in das Prozessrecht eingreifen. Zu denken ist dabei z. B. an die Richtlinie 98/27/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen⁷³, die Richtlinie 97/5/EG über grenzüberschreitende Überweisungen⁷⁴, die gemäss schweizerischer Terminologie ein «einfaches und rasches Verfahren» vorschreibt, oder etwa auch die Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr⁷⁵, die vorsieht, dass ein vollstreckbarer Ti-

70 Entscheidung vom 24. November 1998 i. S. *Horst Otto Bickel und Ulrich Franz*, Rs. C-274/96, Slg. 1998, S. I-7650 ff.

71 Beschluss vom 12. März 1999, RIW 1999, S. 538 ff. (unter Bezugnahme auf die *Hatrex*-Rechtsprechung).

72 Art. 683 ff. n. c. p. c. Siehe auch das Vorlageverfahren i. S. *Scania Finance France SA gegen Rockinger Spezialfabrik für Anhängerkupplungen GmbH & Co.*, Rs. C-522/03, und die entsprechenden Schlussanträge vom 17. März 2005 sowie den Entscheid vom 13. Oktober 2005.

73 Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (geändert durch die Richtlinien 99/44/EG vom 25. Mai 1999, 2000/31/EG vom 8. Juni 2000 und Richtlinie 2002/65/EG vom 23. September 2002).

74 Richtlinie 97/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Januar 1997 über grenzüberschreitende Überweisungen.

75 Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr.

tel unabhängig von dem Betrag der Geldforderung in der Regel binnen 90 Kalendertagen ab Einreichung der Klage oder des Antrags des Gläubigers bei Gericht oder einer anderen zuständigen Behörde erwirkt werden kann, sofern die Geldforderung oder verfahrensrechtliche Aspekte nicht bestritten werden.

Seit dem Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags am 1. Mai 1999 verfügt die EG mit Art. 65 des EG-Vertrags zudem über eine eigentliche «verfassungsmässige» Grundlage⁷⁶ für die Vereinheitlichung und Vereinfachung wesentlicher Bereiche des Zivilprozessrechts. Sie vergemeinschaftete in der Folge insbesondere durch den Erlass folgender Richtlinien und Verordnungen wesentliche Gebiete des Zivilprozessrechts:

- Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (sog. Brüssel-I-Verordnung);
- Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten (sog. Brüssel-II-Verordnung);
- Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (sog. Brüssel IIa-Verordnung);
- Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (sog. EuInsVo);
- Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten;
- Entscheidung (EG) Nr. 2001/470 des Rates vom 28. Mai 2001 über die Einrichtung eines Europäischen Justiziellen Netzes für Zivil- und Handelssachen⁷⁷;

76 Siehe auch ERIK JAYME/CHRISTIAN KOHLER, Europäisches Kollisionsrecht 1997 – Vergemeinschaftung durch «Säulenwechsel»?; IPRax 1997, S.385 und DIRK BESSE, Die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach dem Vertrag von Amsterdam und das EuGVÜ, ZEuP 1999, S. 107 ff. sowie BURKHARD HESS, Die «Europäisierung» des internationalen Zivilprozessrechts durch den Amsterdamer Vertrag – Chancen und Gefahren, NJW 2000, S. 23 ff., S. 27 ff.

77 Zu nennen sind weiter das Netzwerk für Konsumentenbeschwerden bei Finanzdienstleistungen (FIN-NET; erreichbar unter <http://finnet.jrc.it>) sowie das Europäische Netz für die aussergerichtliche Beilegung grenzübergreifender Verbraucherrechtsstreitigkeiten (EEJ-NET; erreichbar unter <http://www.eejnet.org>).

- Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28. Mai 2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen;
- Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen;
- Richtlinie 2002/8/EG des Rates vom 27. Januar 2003 zur Verbesserung des Zugangs zum Recht bei Streitsachen mit grenzüberschreitendem Bezug durch Festlegung gemeinsamer Mindestvorschriften für die Prozesskostenhilfe in derartigen Streitsachen.

Zu erwähnen sind weiter folgende Gesetzgebungsprojekte:

- Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht vom 19. April 2002, KOM(2002) 196 endg.;
- Grünbuch über die Umwandlung des Übereinkommens von Rom aus dem Jahr 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht in ein Gemeinschaftsinstrument sowie über seine Aktualisierung vom 14. Januar 2003 («Rom I»), KOM(2002) 654 endg.;
- Grünbuch der Europäischen Kommission über ein europäisches Mahnverfahren und über Massnahmen zur einfacheren und schnelleren Beilegung von Streitigkeiten mit geringem Streitwert vom 20. Dezember 2002, KOM (2002) 746 endg.;
- Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 22. Juli 2003 («Rom II»), KOM (2003) 427 endg.;
- Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens vom 19. März 2004, KOM (2004) 173 endg.;
- Grünbuch der Europäischen Kommission über Unterhaltspflichten vom 15. April 2004, KOM (2004) 254 endg.;
- Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen vom 22. Oktober 2004, KOM (2004) 718 endg.;
- Grünbuch der Europäischen Kommission zum Erb- und Testamentsrecht vom 1. März 2005 («Rom IV»), KOM (2005) 65 endg.;
- Grünbuch der Europäischen Kommission über das anzuwendende Recht und die gerichtliche Zuständigkeit in Scheidungssachen vom 14. März 2005 («Rom III»), KOM (2005) 82 endg.;
- Vorschlag für eine Verordnung zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen vom 15. März 2005, KOM (2005) 87 endg.
- Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über die Zustellung gerichtli-

cher und aussergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten vom 11. Juli 2005, KOM (2005) 305 endg.

- c) Das Massnahmenprogramm der Europäischen Union zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung im Bereich des Zivilprozessrechts

Am 30. November/1. Dezember 2000 wurde in Brüssel das Massnahmenprogramm zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen⁷⁸ angenommen. Dieses bezweckt den Abbau des derzeit anwendbaren Exequaturverfahrens sowie die Stärkung der Rechtsfolgen, die im Ausland ergangene Entscheidungen in einem anderen Staat haben. Zu diesem Zweck sollen u. a. die Anerkennungsverweigerungsgründe weiter gestrafft und insbesondere der *ordre public-Einwand abgeschafft* werden.⁷⁹ Weiter soll die ersatzlose Abschaffung des Exequaturverfahrens und die Schaffung gesamteuropäischer Vollstreckungstitel vorangetrieben werden. Das Massnahmenprogramm sieht vor, stufenweise und ohne Festlegung genauer Termine⁸⁰ vorzugehen. Vorgesehen sind vier Aktionsbereiche (von der Brüssel-I-Verordnung erfasste Bereiche, Familienrecht, Güterrecht und Erbrecht) sowie drei Stufen. Die geplanten Massnahmen sollen ab Annahme der Brüssel-I-Verordnung umgesetzt werden, wobei eine Stufe jeweils nur dann anlaufen soll, wenn die vorhergehende Stufe, zumindest was deren wesentlichen Inhalt betrifft, in einem Bereich abgeschlossen worden ist. Flankierende Massnahmen sollen in allen Bereichen und in allen Stufen immer dann ergriffen werden, wenn sie erforderlich zu sein scheinen. Das Massnahmenprogramm soll durch die generelle Abschaffung des Exequaturverfahrens abgeschlossen werden.

78 Siehe dazu FRIDOLIN WALTHER, Das Massnahmenprogramm der Europäischen Union zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung im Bereich des Zivilprozessrechts, ZBJV 2001, S. 120 ff.

79 Dieser Vorschlag ist nicht neu, sondern wurde bereits anlässlich der Revision des Brüsseler bzw. des Lugano-Übereinkommens von der Kommission gemacht (siehe dazu den Vorschlag vom 22. Dezember 1997 für einen Rechtsakt des Rates über die Ausarbeitung des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, KOM [1997] 609 endg.). Eine Abschaffung des Anerkennungsverweigerungsgrunds des *ordre public* wird dazu führen, dass gegen rechtsfehlerhafte Entscheidungen bereits im Ausgangsverfahren Rechtsmittel eingelegt werden müssen. Siehe zum Ganzen auch ALEXANDER BRUNS, Der anerkennungsrechtliche *ordre public* in Europa und den USA, JZ 1999, S. 278 ff.

80 Gewisse Rückschlüsse können aber immerhin aus den zeitlichen Angaben im jeweils halbjährlich nachgetragenen Scoreboard gezogen werden.

Der Europäische Rat hat am 4./5. November 2004 in Brüssel ein neues Mehrjahresprogramm⁸¹ angenommen, das sich auf die nächsten fünf Jahre erstreckt. Das sog. «Haager Programm» sieht vor, dass die weitere Umsetzung des Massnahmenprogramms für die gegenseitige Anerkennung in den kommenden Jahren eine Hauptpriorität sein soll, damit dieses bis 2011 abgeschlossen werden kann.

Im Nachgang zum sog. Haager Programm hat die Europäische Kommission am 10. Mai 2005 ihren entsprechenden Aktionsplan für Freiheit, Sicherheit und Recht für die nächsten fünf Jahre vorgelegt, welches vom Rat am 2. Juni 2005 angenommen worden ist.⁸² Auf dem Gebiet der Ziviljustiz hat die Vollendung des Programms zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen Vorrang. Damit einher geht die Annahme von Legislativvorschlägen, die von der Kommission bereits vorgelegt worden sind oder in Kürze vorgelegt werden, sowie die Einleitung von Konsultationen zur Vorbereitung neuer Regelungen für Bereiche, in denen der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung noch nicht greift (z. B. vermögensrechtliche Ansprüche innerhalb der Familie, Erb- und Testamentssachen). Bis 2008 soll weiter ein Grünbuch über prozessuale Mindeststandards vorgelegt werden.

d) Abkommen mit Dänemark betreffend Zuständigkeit und betreffend Zustellung

Am 18. April 2005 hat die Europäische Kommission weiter den Entwurf eines Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Königreich Dänemark über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen sowie entsprechende Entwürfe für Beschlüsse des Rates über die Unterzeichnung und den Abschluss des betreffenden Abkommens vorgelegt.⁸³ Wenige Tage vorher hatte die Europäische Kommission bereits den Entwurf eines Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Königreich Dänemark über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen präsentiert.⁸⁴ Durch die beiden Abkommen sollen die Zustellungs- und die Brüssel-I-Verordnung auf Dänemark ausgedehnt werden, welches an diesen aufgrund seiner Sonderstellung nicht teilnehmen kann.

81 Siehe Amtsblatt Nr. C 53 vom 3. März 2005, S. 1 ff. Die definitive Fassung des Abkommens findet sich in ABI Nr. L 300 vom 17. November 2005, S. 55 ff.

82 KOM (2005) 184 endg.; ABI Nr. C 198 vom 12. August 2005, S. 1 ff. Die definitive Fassung des Abkommens findet sich in ABI Nr. L 299 vom 16. November 2005, S. 62 ff.

83 KOM (2005) 146 endg.

84 KOM (2005) 145 endg. vom 15. April 2005.

Für die Schweiz sind die beiden Abkommen in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung: *Erstens* handelt es sich bei diesen um *bilaterale* Abkommen, welche die Europäische Gemeinschaft und nicht die einzelnen Mitgliedstaaten mit Dänemark abschliesst. *Zweitens* hat damit auch Dänemark die Schweiz überholt, welche aus bekannten Gründen immer noch auf den Abschluss des revidierten Lugano-Übereinkommens wartet. *Drittens* sind die Feststellungen der Europäischen Kommission und des Rates interessant, wonach es sich beim Abschluss der beiden Abkommen um eine klare Ausnahme handelt und wonach dieser Weg für die Übernahme anderer Verordnungen im Bereich des Zivilrechts nicht zur Verfügung stehen soll.⁸⁵ Durch diese eindeutige Aussage dürften *viertens* die Hoffnungen gewisser schweizerischer Kreise auf den Abschluss eines Lugano-II-Übereinkommens in Ehesachen und eines Lugano-III-Übereinkommens in Insolvenzsachen einen argen Dämpfer erhalten haben.

e) Vertrag über eine Verfassung für Europa

Den momentan letzten Schritt betreffend die Europäisierung des Zivilprozessrechts stellt der Vertrag über eine Verfassung für Europa, welcher durch alle 25 Mitgliedstaaten angenommen werden muss, dar. Dieser sieht in Art. 269 hinsichtlich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen Folgendes vor:

- (1) Die Union entwickelt eine justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen, die auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher und aussergerichtlicher Entscheidungen beruht. Diese Zusammenarbeit kann den Erlass von Massnahmen zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten umfassen.
- (2) Für die Zwecke des Absatzes 1 werden, insbesondere wenn dies für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts erforderlich ist, durch Europäisches Gesetz oder Rahmengesetz Massnahmen festgelegt, die Folgendes sicherstellen sollen:
 - a) die gegenseitige Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher und aussergerichtlicher Entscheidungen zwischen den Mitgliedstaaten;
 - b) die grenzüberschreitende Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke;
 - c) die Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen und Vorschriften zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten;

85 Gemäss ROLF WAGNER, Zum Stand der Vereinheitlichung des internationalen Zivilverfahrensrechts, in: Peter Gottwald (Hrsg.), Perspektiven der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen in der Europäischen Union, Bielefeld 2004, S. 257, würde der systematische Abschluss von Abkommen zur Ausdehnung aller Rechtsakte zu einer Aushöhlung des Protokolls über die Sonderstellung von Dänemark führen.

- d) die Zusammenarbeit bei der Erhebung von Beweismitteln;
- e) einen effektiven Zugang zum Recht;
- f) die Beseitigung von Hindernissen für die reibungslose Abwicklung von Zivilverfahren, erforderlichenfalls durch Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden zivilrechtlichen Verfahrensvorschriften;
- g) die Entwicklung von alternativen Methoden für die Beilegung von Streitigkeiten;
- h) die Förderung der Weiterbildung von Richtern und Justizbediensteten.

(3) Abweichend von Absatz 2 werden Massnahmen zum Familienrecht mit grenzüberschreitenden Bezügen durch Europäisches Gesetz oder Rahmengesetz des Rates festgelegt. Dieser beschliesst einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments.

Der Rat kann auf Vorschlag der Kommission einen Europäischen Beschluss erlassen, durch den die Aspekte des Familienrechts mit grenzüberschreitenden Bezügen bestimmt werden, die Gegenstand von Rechtsakten sein können, welche nach dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen werden. Der Rat beschliesst einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments.

f) Zwischenfolgerungen

Gesamthaft betrachtet kann also ein erheblicher Trend zur Konvergenz des Zivilprozessrechts auf europäischer Ebene festgestellt werden (sog. *Europäisierung des Zivilprozessrechts*).

Gerade aber das Beispiel von Dänemark sowie des Vereinigten Königreichs und Irlands zeigt, dass diese Entwicklung keine einheitliche ist. Durch das Protokoll über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands sowie das Protokoll über die Position Dänemarks wurden diesen Staaten im Gebiet der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen nämlich Sonderpositionen im Sinne eines *opting out* zugestanden: Das Vereinigte Königreich und Irland nehmen grundsätzlich an der Zusammenarbeit in Zivilsachen nicht teil, sind aber berechtigt, einzelfallweise an bestimmten Rechtsinstrumenten teilzunehmen (sog. *opting in*). Dänemark ist grundsätzlich an allen neuen gemeinschaftlichen Instrumenten nicht beteiligt, kann aber erklären, auf seinen Sonderstatus zu verzichten und an all⁸⁶ diesen teilzunehmen.

Dieser Zustand der «variablen Geometrie» bzw. der Rechtskreise in Europa *à deux vitesses* hat auch innerhalb der EU zu einer Rechtszersplitterung geführt: Dänemark ist Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommens und des Brüsseler Übereinkommens, nimmt aber nicht an der Brüssel-I-Verordnung

86 Das Protokoll über die Position Dänemarks gemäss der Europäischen Verfassung würde es Dänemark gestatten, zu erklären, eine mit dem Vereinigten Königreich und Irland vergleichbare Rechtsposition einzunehmen.

teil. Dies führt zu der folgenden – paradoxen – Situation⁸⁷: Im Verhältnis zu den vierzehn «alten» EU-Staaten gilt das Brüsseler Übereinkommen einerseits in der Fassung des dritten und andererseits in der Fassung des vierten Beitrittsübereinkommens⁸⁸, im Verhältnis zu Polen gilt das Lugano-Übereinkommen und im Verhältnis zu den neun übrigen «neuen» EU-Staaten bestehen keinerlei staatsvertragliche Regelungen. Im Verhältnis der vierundzwanzig anderen Mitgliedstaaten unter sich gilt hingegen die Brüssel-I-Verordnung. Es erstaunt daher nicht, dass dieser unbefriedigende Zustand durch den Abschluss eines vorstehend bereits erwähnten bilateralen Staatsvertrags zwischen Dänemark und der Europäischen Gemeinschaft beseitigt werden soll.

Die Europäisierung des Zivilprozessrechts ist aber nicht nur in räumlicher, sondern auch in sachlicher Hinsicht eine beschränkte: Die bisherigen Vereinheitlichungsbemühungen haben lediglich einige wenige Teilaspekte des Zivilprozessrechts betroffen, welche v. a. für das reibungslose Funktionieren⁸⁹ des Binnenmarktes von Bedeutung sind und zu einem teilharmonisierten, eigenständigen Zivilprozessrecht für den Binnenmarkt⁹⁰ geführt haben. Auf nationaler Ebene der Mitgliedstaaten ist die aktuelle Rechtslage durch eine eigentliche «Dreispurigkeit»⁹¹ im Sinne einer *horizontalen* Rechtszerplitterung gekennzeichnet: Neben dem Inlands- und dem Drittstaatenprozess gibt es weiter den sog. Binnenmarktprozess. Ein Hauptanliegen der Europäischen Kommission ist es daher, die bestehende «Dualität der Systeme» mittelfristig zu beseitigen, da diese dem Ziel eines einheitlichen Raums des Rechts für alle zuwiderläuft und das Risiko von Diskriminierungen in sich birgt.⁹² Dies soll

87 Siehe auch MONIQUE JAMETTI GREINER, Gli sviluppi futuri della Convenzione di Lugano, La Convenzione di Lugano: nella pratica forense e nel suo divenire, delle giornate di studio del 3–4 giugno 200, Lugano 2004, S. 254.

88 Siehe ERIK JAYME/CHRISTIAN KOHLER, Europäisches Kollisionsrecht 2004: Territoriale Erweiterung und methodische Rückgriffe, IPRax 2004, S. 485.

89 Siehe ANDREA BIONDI, Minimum, adequate or excessive protection? The impact of EC law on national procedural law, in: Nicolò Trocker/Vincenzo Varano (eds.), The reforms of civil procedure in comparative perspective, Turin 2005, S. 237.

90 Siehe BURKHARD HESS, Der Binnenmarktprozess – neuer Verfahrenstyp zwischen nationalem und internationalem Zivilprozessrecht, JZ 1998, S. 1021 ff.

91 Siehe BURKHARD HESS, EMRK, Grundrechte-Charta und europäisches Zivilprozessrecht, in: Heinz-Peter Mansel et al. (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, Band I, München 2004, S. 342. Dieser weist zu Recht darauf hin, dass der Entscheid des EuGH i. S. *Mund & Fester* eine eigentliche «Abkoppelung des europäischen vom internationalen Zivilverfahrensrecht» eingeleitet hat (S. 341). Zur «Zweisporigkeit» des Kollisionsrecht siehe JAYME/KOHLER (FN 88), S. 484. Interessant ist weiter die Feststellung, dass die Schweiz auf dem Gebiet des Zuständigkeitsrechts durch das LugÜ, das IPRG und das GestG ebenfalls dreispurig legiferiert hat.

92 Siehe Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 2. Juni 2004, Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts: Bilanz des Tampere-Programms und Perspektiven, KOM (2004) 401 endg., S. 12.

etwa durch die Festlegung von Mindestverfahrensstandards⁹³ sowie durch die Ausdehnung des Anwendungsbereichs von neuen Rechtsinstrumenten auch auf reine Binnensachverhalte⁹⁴ erreicht werden.

Neben der horizontalen besteht natürlich auch eine *vertikale* Rechtszerpitterung, gehen doch die Prozessnormen des Sekundärrechts dem primären Gemeinschaftsrecht nach.⁹⁵

Aus schweizerischer Sicht ist dieser Zustand der Rechtszerpitterung und der partiellen Harmonisierung bzw. Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts kein unbekanntes, kann dieser doch durchaus mit demjenigen der Schweiz der letzten Jahrzehnte verglichen werden: Wie bereits geschildert wurde⁹⁶, nahm der Bundesgesetzgeber schon recht früh für sich in Anspruch, auch zum Erlass zivilprozessualer Bestimmungen befugt zu sein, soweit dies für eine effektive Verwirklichung des Bundesprivatrechts notwendig war, und fügte im Verlauf der Jahre in neu erlassene Gesetze immer mehr prozessuale Bestimmungen (bspw. zum vorsorglichen Rechtsschutz, zum Zuständigkeitsrecht oder zum einfachen und raschen Verfahren) ein. Analog der *Mund & Fester*-Rechtsprechung des EuGH beseitigte das Bundesgericht bestehende Missstände und Lücken dadurch, dass es eine Vielzahl zentraler prozessualer Institute zu solchen des sog. ungeschriebenen Bundes(prozess)rechts erklärte. Diese *Parallelität der Entwicklungen* kann m. E. nur dahingehend verstanden werden, dass das Bedürfnis nach einheitlicher Anwendung und Durchsetzung von Bundes- bzw. von Europarecht zwangsläufig eine minimale Angleichung des Prozessrechts zur Folge hat, da bekanntlich nur einheitlich angewandtes und einheitlich durchgesetztes Recht auch «gutes» Recht ist.

Zudem darf eines nicht vergessen werden: Die vorstehend gegenüber einer weltweiten Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts gemachten Vorbehalte hinsichtlich der geschichtlichen, kulturellen und sprachlichen Verankerung in den lokalen Verhältnissen gelten natürlich auch gegenüber dem europäischen Zivilprozessrecht.⁹⁷ Die im Jahre 1994 von einer privaten Expertengruppe (sog. *Storme Commission*) gemachten Vorschläge für eine einheitliche EU-

93 Siehe etwa Art. 12 ff. der Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen.

94 Siehe etwa den Vorschlag für eine Verordnung zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen vom 15. März 2005, KOM (2005) 87 endg. Siehe zum Ganzen auch das Arbeitsdokument PE 353.362v01–00 vom 10. Januar 2005 des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens.

95 Siehe HESS (FN 91), S. 354.

96 Siehe II.1.

97 Siehe BIONDI (FN 89), S. 233 ff.

ZPO⁹⁸ haben sich jedenfalls bis heute als zu ambitiös und daher letztlich als (noch) wenig erfolgreich erwiesen.

2. Stufe Europarat

a) EMRK-konforme Auslegung des Zivilprozessrechts

Eine andere Schicht des «europäischen Zivilprozessrechts» ist in der EMRK-konformen⁹⁹ Auslegung des Zivilprozessrechts zu sehen. Für das Zivilprozessrecht ist v. a. Art. 6 Abs. 1 EMRK von Bedeutung.¹⁰⁰ Diese Bestimmung sieht vor, dass für die Beurteilung sog. «civil rights and obligations» bzw. für «droits et obligations civiles»¹⁰¹ Zugang zu einem unabhängigen und unparteilichen Gericht gegeben sein muss und dass dieses in einem öffentlichen, fairen und raschen Verfahren zu urteilen hat.¹⁰²

98 Siehe MARCEL STORME (ed.), *Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht 1994; DERS., *A Single Civil Procedure for Europe: A Cathedral Builders' Dream*, *Ritsumeikan Law Review, International Edition*, No. 22, 2005, S. 87 ff.; GERHARD WALTER, *Tu felix Europa... Zum Entwurf einer Europäischen Zivilprozessordnung*, *AJP* 1994, S. 425 ff.; HERBERT ROTH, *Die Vorschläge der Kommission für ein europäisches Zivilprozessgesetzbuch – das Erkenntnisverfahren*, *ZZP* 1996, S. 271 ff.; EBERHARD SCHILKEN, *Die Vorschläge der Kommission für ein europäisches Zivilprozessgesetzbuch – einstweiliger und summarischer Rechtsschutz und Vollstreckung*, *ZZP* 1996, S. 315 ff.

99 Zur Europäisierung des Zivilprozessrechts durch die Europäische Grundrechte-Charta und den Grundrechtskatalog der Europäischen Verfassung siehe HESS (FN 91), S. 358 f.

100 Auch einige der Garantien von Art. 6 Abs. 3 EMRK können entsprechend auf Zivilverfahren anwendbar sein (siehe dazu etwa JOCHEN A. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, *EMRK-Kommentar*, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996, S. 213; GERHARD WALTER, *Das Recht auf Beweis im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK] und der schweizerischen Bundesverfassung*, *ZBJV* 1991, S. 309 ff., S. 317). Zur prozessualen Dimension von Art. 8 EMRK siehe HESS (FN 91), S. 351 f.

101 Authentische Vertragssprachen sind einzig Englisch und Französisch.

102 Für die Auswirkungen der EMRK auf das Zivilprozessrecht siehe SILVIA PFANNKUCHEN-HEEB, *Der Zivilprozess im Lichte von Art. 6 Ziff. 1 EMRK unter besonderer Berücksichtigung des Rechts auf Justizgewährung und Beweis sowie der Waffengleichheit*, in: Patrick Sutter/Ulrich Zelger (Hrsg.), *30 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz – Erfahrungen und Perspektiven*, Bern 2005, S. 219 ff.; LUDWIG A. MINELLI, *Was bringt die EMRK für den Zivilprozess?*, *recht* 1999, S. 202 ff.; WOLFGANG PEUKERT, *Verfahrensgarantien und Zivilprozess (Art. 6 EMRK)*, *RabelsZ* 1999, S. 600 ff.; FRANZ MATSCHER, *Der Einfluss der EMRK auf den Zivilprozess*, in: Walter Gerhardt et al. (Hrsg.), *Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995*, Berlin/New York 1995, S. 593 ff.; MANFRED WOLF, *Zivilprozessuale Verfahrensgarantien und Art. 6 I EMRK als Grundlage eines europäischen Zivilprozessrechts*, in: Gerhard Köbler et al. (Hrsg.), *Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends*, *Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag*, München 2000, S. 1297 ff. Die EMRK ist auch für das Zwangsvollstreckungsrecht von Bedeutung (siehe dazu GERHARD WALTER, *Grundrechtsverletzungen bei der Zwangsvollstreckung in der Schweiz*, *Dike International* 1996, S. 527 ff.).

Anders als auf dem Gebiet des Strafprozessrechts¹⁰³ enthält die EMRK aber relativ wenige spezifische Mindestanforderungen an das Zivilprozessrecht.¹⁰⁴ Als Massstab dient in aller Regel die in Art. 6 Abs. 1 EMRK vorgesehene Garantie eines fairen Verfahrens.¹⁰⁵ Zur Konkretisierung dieser Garantie stellt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte aber primär auf das nationale Recht ab und nimmt selbst nur eine Art Willkürprüfung vor.¹⁰⁶

103 Siehe Art. 5 und Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 EMRK sowie BGE 122 IV 344 E. 4c S. 349: «Die in verschiedenen schweizerischen Strafprozessgesetzen bestehenden Bestimmungen über die Regelung des Abwesenheitsverfahrens sind stets auch auf ihre Vereinbarkeit mit der EMRK und den aus der Bundesverfassung abgeleiteten Grundsätzen zu prüfen und im Lichte der sich daraus für ein rechtsstaatliches Strafverfahren ergebenden Mindestanforderungen auszulegen und anzuwenden; dazu ist insbesondere auch die Resolution DH (75) 11 des Ministerkomitees des Europarates vom 21. Mai 1975 über die Grundsätze bei der Durchführung von Strafverfahren in Abwesenheit des Angeklagten (VPB 1984 Nr. 107, im folgenden: Resolution) heranzuziehen; denn letztere ist zwar nicht verbindlich, doch gelten ihre Grundsätze als Mindestanforderungen zur Auslegung und Konkretisierung des Landesrechts (Art. 4 und 58 BV) und der durch die Schweiz ratifizierten europäischen Übereinkommen (. . .)».

104 Zu nennen sind u. a. das Recht auf Verteidigung, das Recht auf Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen sowie auf Gesetz beruhenden Gericht, das Recht auf Verbot von Ausnahmegerichten, das Recht auf ein faires und kontradiktorisches Verfahren, das Recht auf Waffengleichheit, das Recht auf unentgeltliche Prozessführung, das Recht auf rechtliches Gehör, das Recht auf Akteneinsicht, das Recht auf Beweis, das Recht auf Mitwirkung bei Beweiserhebungen, das Recht auf Öffentlichkeit des Verfahrens und das Recht auf angemessene Dauer eines Verfahrens.

105 Die überragende Bedeutung des durch die EMRK garantierten Anspruchs auf ein faires Verfahren in ganz Europa ergibt sich auch aus dem Entscheid des EuGH vom 28. März 2000 i. S. *Dieter Krombach gegen André Bamberski*, Rs. C-7/98, Slg. 2000, S. I-1935 ff. Der EuGH gelangte darin zum Schluss, dass die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern habe, gehörten. Dabei lasse er sich von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und den Hinweisen leiten, die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind. In diesem Rahmen komme der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) besondere Bedeutung zu. Weiter betonte der EuGH, dass er heute ausdrücklich den aus diesen Grundrechten entwickelten allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz anerkenne, dass jedermann Anspruch auf einen fairen Prozess habe. Er gelangte daher zum Schluss, dass ein im Rahmen eines französischen Strafverfahrens ergangener Zivilentscheid in Deutschland unbeschadet des Artikels II des dem Brüsseler Übereinkommen beigefügten Protokolls wegen Verletzung des *ordre public* nicht anzuerkennen ist, da dieser das in der EMRK anerkannte Recht, sich vor dem Gericht des Ursprungsstaats verteidigen zu können, in offensichtlicher Weise verletzt habe.

106 So hielt der Gerichtshof etwa fest, dass beweisrechtliche Fragen primär durch das nationale Recht geregelt würden («. . . are primarily matters for regulation by the national courts . . .») und hat daher einzig überprüft, ob der angefochtene Entscheid «arbitrary or manifestly unreasonable» sei (siehe Entscheid des EGMR i. S. *Süleyman Mercümeke gegen Türkei* vom 5. Dezember 2000, S. 6, abrufbar unter <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>). Der Gerichtshof führte in diesem Entscheid zum Konzept des «fair hearing» weiter aus: «Nevertheless, certain principles concerning the notion of a <fair hearing> in cases concerning civil rights and obli-

Bei der Garantie eines fairen Verfahrens handelt es sich also – gemäss der bisherigen Rechtsprechung des EGMR – um nichts mehr als um ein eigentliches *Notventil*.¹⁰⁷

Auch auf «europäischer» Ebene ist die Rechtsprechung zur EMRK von grundlegender Bedeutung: In seiner Entscheidung vom 28. März 2000 i. S. *Dieter Krombach gegen André Bamberski*¹⁰⁸ hielt der EuGH fest¹⁰⁹, dass die Vertragsstaaten grundsätzlich selbst festlegten, welche Anforderungen sich nach ihren innerstaatlichen Anschauungen aus ihrer öffentlichen Ordnung i. S. v. Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ ergeben. Es sei daher grundsätzlich nicht Sache des EuGH, den Inhalt der öffentlichen Ordnung eines Vertragsstaates zu definieren. Immerhin habe er aber doch über die Grenzen zu wachen, innerhalb deren sich das Gericht eines Vertragsstaates auf diesen Begriff stützen dürfe, um einer Entscheidung eines Gerichts eines anderen Vertragsstaats die Anerkennung zu versagen. Der EuGH führte weiter aus, nach ständiger Rechtsprechung gehörten die *Grundrechte* zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern habe. Dabei komme der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) besondere Bedeutung zu. So habe der Gerichtshof ausdrücklich den aus den Grundrechten entwickelten allgemeinen (gemeinschaftsrechtlichen) Grundsatz anerkannt, dass jedermann Anspruch auf einen fairen Prozess habe. Der prozessuale *ordre public* gemäss Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ/LugÜ enthält also einen *Minimalstandard an Rechtsstaatlichkeit*, der in Anlehnung an die Rechte zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu definieren ist.

gations emerge from the Court's case-law. Most significantly for the present case, it is clear that the requirement of «equality of arms», in the sense of a «fair balance» between the parties, applies in principle to such cases as well as to criminal cases as regards litigation involving opposing private interests. As regards litigation involving opposing private interests, «equality of arms» implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent. It is left to the national authorities to ensure in each individual case that the requirements of a «fair hearing» are met (. . .)». Aus der neueren Zeit siehe etwa den Entscheid des EGMR vom 15. Februar 2005 i. S. *Steel und Morris gegen Grossbritannien* («McDonald's-case»), abrufbar unter <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>.

107 Siehe dazu auch OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, *Autonomie procédurale des Etats* (articles 6, 13, 35 et 46 CEDH): de l'apport possible de la jurisprudence de Luxembourg à celle de Strasbourg, in: Paul Mahoney et al. (Hrsg.), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne*, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Köln et al. 2000, S. 617 ff. Einen erheblich weitergehenden Anwendungsbereich bejaht etwa REINHOLD GEIMER, *Menschenrechte im internationalen Zivilverfahrensrecht*, in: *Aktuelle Probleme des Menschenrechtsschutzes*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Bd. 33, Heidelberg 1994, S. 213 ff.

108 Rs. C-7/98. Siehe auch den Entscheid des EuGH i. S. *Régie nationale des usines Renault SA gegen Maxicar SpA*, Rs. C-38/98, vom 11. Mai 2000, Slg. 2000, S. 2000, SI-2973 ff.

109 Rz. 22 ff.

Zu beachten gilt es in diesem Zusammenhang weiter, dass sich auch *direkt* aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK bestimmte Anforderungen an die Anerkennung bzw. an die Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheide ergeben. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hielt in seinem Entscheid vom 20. Juli 2001 i. S. *Pellegrini gegen Italien*¹¹⁰ nämlich fest, dass ein Vertragsstaat *selbst* gegen Art. 6 EMRK verstosse, wenn er einen ausländischen Entscheid eines Nichtvertragsstaates (in casu des Vatikans) anerkenne bzw. für vollstreckbar erkläre, ohne vorher eingehend geprüft zu haben, ob das Verfahren im Erststaat die Garantien von Art. 6 EMRK erfüllt habe. Festzuhalten gilt es weiter, dass ein Vertragsstaat der EMRK die erwähnten Mindestgarantien ebenfalls gegenüber einem anderen Vertragsstaat der EMRK durchzusetzen hat.¹¹¹ Ein Vertragsstaat der EMRK ist also gestützt auf diese verpflichtet, eine ausländische Entscheidung nicht für vollstreckbar zu erklären, die ihrerseits gegen die Mindestgarantien von Art. 6 EMRK verstösst.¹¹²

Auch das Vollstreckungsverfahren ist Bestandteil des durch Art. 6 EMRK gewährleisteten Verfahrens und in diesem sind ebenfalls die entsprechenden Justizgarantien zu gewährleisten.¹¹³ Diese Auffassung bestätigte erst kürzlich auch das schweizerische Bundesgericht¹¹⁴, als es festhielt, ein Richter, der über die Bewilligung des Rechtsvorschlages und später auch über die Klage auf Bestreitung oder Feststellung des neuen Vermögens entscheide, verletze durch diese Personalunion den Anspruch auf ein unbefangenes Gericht gemäss Art. 6 EMRK bzw. Art. 30 Abs. 1 BV.

b) Europarats-Übereinkommen

Auch auf Stufe des Europarats finden sich zivilprozessuale Abkommen.¹¹⁵ Zu nennen sind etwa das Europäische Übereinkommen vom 16. Mai 1972 über

110 Nr. 30 882/96, abrufbar unter <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>.

111 Siehe JÜRGEN BASEDOW, Die Verselbständigung des europäischen ordre public, in: Michael Coester et al. (Hrsg.), *Privatrecht in Europa – Vielfalt, Kollision, Kooperation*, Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag, München 2004, S. 316, im Anschluss an den Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 13. Februar 2001 i. S. *Krombach gegen Frankreich* (Nr. 29 731/96; abrufbar unter <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>).

112 Siehe JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, L'exequatur des jugements étrangers devant la cour européenne des droits de l'homme, in: Roland Bieber (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Genf 2002, S. 79. Platz für eine Theorie des «effet atténué» je nach Binnenbezug besteht beim prozessrechtlichen Ordre public insofern keiner mehr (siehe IVO SCHWANDER, Neuerungen im Bereich des prozessualen Ordre public, in: Karl Spühler [Hrsg.], *Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht*, Zürich 2001, S. 172 ff.).

113 Siehe Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 19. März 1997 i. S. *Hornsby gegen Griechenland* (Nr. 18 357/91; abrufbar unter <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>).

114 BGE 131 I 24 ff.

115 Siehe WAGNER (FN 85), S. 264 f.

Staatenimmunität¹¹⁶, das Europäische Übereinkommen vom 7. Juni 1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht¹¹⁷ oder das Europäische Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts.¹¹⁸ Vor kurzem zur Zeichnung neu aufgelegt worden ist weiter das Übereinkommen des Europarats über den Umgang mit Kindern.¹¹⁹

3. Stufe der anderen Staaten

Der Begriff des «europäischen Zivilprozessrechts» kann letztlich auch so verstanden werden, dass damit das nationale Zivilprozessrecht der übrigen europäischen Staaten gemeint ist.¹²⁰ An dieser Stelle soll nicht eine rechtsvergleichende Darstellung¹²¹ derselben vorgenommen werden, sondern sollen exemplarisch einige Beispiele prozessualer Institute genannt werden, die dem «schweizerischen» Prozessrecht nicht, nur ansatzweise oder nur vereinzelt bekannt sind:

- Affidavits und Witness statements
- Alternative dispute resolution auf Anordnung des Richters
- Anti-suit injunctions
- Contempt of court
- Class Actions
- Cross-Examinations
- Discovery und vorsorgliche Beweisführung vor Rechtshängigkeit
- Fast track proceedings
- Forum non conveniens
- Interim payments
- Non-binding arbitration
- Prozessprogramme
- Protokollofferten und Prozessverträge
- Référé-provisions

116 SR 0.273.1.

117 SR 0.274.161.

118 SR 0.211.230.01.

119 Abrufbar unter <http://conventions.coe.int>.

120 Siehe zur Vieldeutigkeit des Begriffs insbesondere PETER GILLES, 10 Thesen zur Europäisierung des Prozessrechts, in: Marcel Storme (ed.), *Procedural Laws in Europe – Towards Harmonisation*, Antwerpen/Apeldoorn 2003, S. 409 ff.

121 Für neuste rechtsvergleichende Erkenntnisse siehe die «Concluding remarks» von NICOLÒ TROCKER/VINCENZO VARANO, in: Trocker/Varano (eds.), (FN 89), S. 243 ff. Zur Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Auslegung des schweizerischen Zivilprozessrechts siehe WALTHER (FN 17), S. 102.

- Summary judgments
- Tag jurisdiction
- Vorläufige Vollstreckbarkeit von Urteilen
- Worldwide freezing orders

V. Bestehende Schnittstellen des schweizerischen und des europäischen Zivilprozessrechts

Es wäre ein Irrtum zu meinen, das heutige Zivilprozessrecht der Schweiz weise überhaupt keine Schnittstellen und Interdependenzen mit dem europäischen Zivilprozessrecht auf. Nachfolgend soll im Sinne einer nicht abschliessenden Auswahl ein Überblick über einige der wichtigsten gegenseitigen Berührungspunkte gegeben werden.

1. Die Auslegung des Lugano-Übereinkommens und die Lugano-konforme Auslegung des schweizerischen Zuständigkeitsrechts

a) Die Auslegung des Lugano-Übereinkommens

Die Auslegung des Lugano-Übereinkommens folgt grundsätzlich den allgemeinen Regeln betreffend die Auslegung von Staatsverträgen.¹²² Das Bundesgericht hat aber immer darauf hingewiesen, dass das Lugano-Übereinkommen insofern ein besonderer Staatsvertrag sei, als er der Rechtsvereinheitlichung eines zentralen Bereichs des Prozessrechts in Europa diene und daher möglichst einheitlich¹²³ auszulegen sei.¹²⁴

Die bewusste Ausgestaltung des Lugano-Übereinkommens als ein sog. Parallelübereinkommen zum Brüsseler Übereinkommen von 1968 machte es denn auch nötig, die angestrebte Parallelität auch institutionell so abzusichern, dass die Auslegung der beiden Übereinkommen möglichst einheitlich

122 Siehe BGE 126 III 540 E. 2a/aa S. 541: «Diese Auslegungsgrundsätze gelten auch bezüglich des LugÜ (...).» Zur Auslegung des Vorbehalts der Schweiz zum Gerichtsstand des Erfüllungsortes siehe insbesondere ALEXANDER R. MARKUS, Der schweizerische Vorbehalt nach Protokoll Nr. 1 Lugano-Übereinkommen: Vollstreckungsaufschub oder Vollstreckungshindernis?, ZBJV 1999, S. 57 ff., S. 62 ff.

123 Zur Auslegung von Einheitsrecht siehe WALTHER (FN 17), § 3 II 2h.

124 Siehe dazu etwa 124 III 382 E. 5e S. 396: «[I]l y a lieu de considérer que les territoires des Etats parties à la Convention de Lugano – même pour ceux d’entre eux pour lesquels la Convention de Lugano n’est que le prolongement des accords de libre échange de 1972 – constituent une «entité» géographique ou un espace judiciaire commun appelant, dans l’intérêt des opérateurs économiques, une application aussi uniforme que possible (...).»

erfolgt.¹²⁵ Da aus Souveränitätsüberlegungen eine Übernahme des Mechanismus des Vorlageverfahrens an den EuGH nicht möglich war, wurde dem Lugano-Übereinkommen ein spezielles Protokoll Nr. 2 beigegeben.¹²⁶ Dieses sieht in Art. 1 vor, dass die Gerichte jedes Vertragsstaates bei der Anwendung und Auslegung der Bestimmungen dieses Übereinkommens den Grundsätzen *gebührend Rechnung zu tragen*¹²⁷ haben, die in massgeblichen Entscheidungen von Gerichten der anderen Vertragsstaaten zu den Bestimmungen des genannten Übereinkommens entwickelt worden sind.¹²⁸ Zu diesem Zweck wurde ein spezielles System¹²⁹ zum Austausch von Entscheidungen letztinstanzlicher Gerichte und des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften sowie anderer besonders wichtiger, rechtskräftig gewordener Entscheidungen, die in Anwendung dieses Übereinkommens oder des Brüsseler Übereinkommens ergangen sind, geschaffen.

Den bei Abschluss des Übereinkommens bereits ergangenen Entscheidungen des EuGH kommt insofern eine besondere Bedeutung zu, als gemäss Abs. 3 der Präambel des Protokolls Nr. 2 die Vertragsparteien bei den Verhandlungen «in voller Kenntnis der bis zur Unterzeichnung des vorliegenden Übereinkommens ergangenen Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften über die Auslegung des Brüsseler Übereinkommens» waren und gemäss Abs. 4 der Präambel des Protokolls Nr. 2 bei diesen Verhandlungen «vom Brüsseler Übereinkommen unter Berücksichtigung der vorgenannten Entscheidungen ausgegangen» sind.

Das Bundesgericht war sich dieser besonderen Problematik von Anfang an bewusst und es hat darauf geachtet, das Übereinkommen nicht im Lichte des nationalen schweizerischen Zivilprozessrechts auszulegen. Es hat ganz im

125 Siehe dazu Abs. 5 der Präambel des Protokolls Nr. 2 zum Übereinkommen: «... in dem Bestreben, bei voller Wahrung der Unabhängigkeit der Gerichte voneinander abweichende Auslegungen zu vermeiden und zu einer möglichst einheitlichen Auslegung der Bestimmungen des vorliegenden Übereinkommens einerseits sowie dieser Bestimmungen und derjenigen Bestimmungen des Brüsseler Übereinkommens, die in ihrem wesentlichen Gehalt in das vorliegende Übereinkommen übernommen worden sind, andererseits, zu gelangen...»

126 Siehe zu diesem ausführlich TILLMANN SCHMIDT-PARZEFALL, Die Auslegung des Parallelübereinkommens von Lugano, Tübingen 1995.

127 Siehe dazu SCHMIDT-PARZEFALL (FN 126), S. 62 ff., S. 69 ff.

128 Siehe dazu auch die dem Übereinkommen beigegebene Erklärung der Vertreter der Regierungen der Unterzeichnerstaaten des Lugano-Übereinkommens, die Mitglieder der Europäischen Freihandelsassoziation sind, wonach die Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation «es für angezeigt halten, dass ihre Gerichte bei der Auslegung des *Luganer* Übereinkommens den Grundsätzen gebührend Rechnung tragen, die sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und der Gerichte der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften zu denjenigen Bestimmungen des *Brüsseler* Übereinkommens ergeben, die in ihrem wesentlichen Gehalt in das *Luganer* Übereinkommen übernommen worden sind» (Hervorhebung nicht im Original).

129 Siehe dazu SCHMIDT-PARZEFALL (FN 126), S. 65 ff.

Gegenteil immer starkes Gewicht auf dessen Eigenheit als Einheitsrecht gelegt¹³⁰ und hat sich in seiner bisherigen Rechtsprechung¹³¹ zum Lugano-Übereinkommen denn auch relativ strikte¹³² an den Entscheidungen des EuGH orientiert und ist auch dessen neueren Entscheidungen, die zum Brüsseler Übereinkommen ergangen sind, gefolgt.¹³³ Es hat seinen Entscheidungen insbesondere auch die sog. *vertragsautonome*¹³⁴ Auslegung vieler von den beiden Übereinkommen verwendeter Begriffe¹³⁵ zugrunde gelegt.

Das Bundesgericht hat in mehreren Entscheidungen deutlich zu verstehen gegeben, dass es nicht in jedem Fall bereit sein wird, die Rechtsprechung des EuGH vorbehaltlos zu übernehmen, wenn kein entsprechender politischer Wille des schweizerischen Gesetzgebers gegeben ist.¹³⁶ Als Beispiel für eine entsprechend europarechtlich geprägte Auslegung des Brüsseler Übereinkommen ist der Entscheid vom 14. November 2002 i. S. *Gemeente Steenberg gegen Luc Baten*¹³⁷ zu nennen, in welchem der EuGH entscheiden musste, wie der Begriff der «sozialen Sicherheit» gemäss Art. 1 Abs. 2 Ziff. 3 des Brüsseler Übereinkommens auszulegen ist, durch welchen der sachliche

130 Siehe BGE 123 III 414 E. 4 S. 421.

131 Siehe dazu YVES DONZALLAZ, L'interprétation de la Convention de Lugano (CL) par le Tribunal fédéral: étude de jurisprudence, ZSR 1999 I S. 11 ff.

132 Es hat sich dabei sogar den Vorwurf eingehandelt, die Rechtsprechung des EuGH zu exzessiv und zu wenig kritisch übernommen zu haben (siehe YVES DONZALLAZ, Le for contractuel de l'art. 5 ch. 1 CL dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, ZBJV 1999, S. 388 f.).

133 Siehe etwa BGE 125 III 451 E. 3b S. 456: «Die zu dessen parallelen Bestimmungen ergangene Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) ist bei der Auslegung des Lugano-Übereinkommens mitzubehütenden (. . .)».

134 Siehe dazu WENDY A. KENNETT, Enforcement of Judgments in Europe, Oxford 2000, S. 29 ff.; LAURENZ UHL, Internationale Zuständigkeit gemäss Art. 5 Nr. 3 des Brüsseler und Lugano-Übereinkommens, ausgeführt am Beispiel der Produkthaftung unter Berücksichtigung des deutschen, englischen, schweizerischen und US-amerikanischen Rechts, Frankfurt am Main 2000, S. 61 ff.; INGO SCHOLZ, Das Problem der autonomen Auslegung des EuGVÜ, Tübingen 1998; DIETER MARTINY, Autonome und einheitliche Auslegung im Europäischen Internationalen Zivilprozessrecht, RabelsZ 1981, S. 427 ff.

135 Siehe dazu exemplarisch BGE 124 III 188 E. 4b S. 191 f.: «Wenngleich die Kritik an der Rechtsprechung <de Bloos> und <Shevanai> in gewissen Fällen beachtlich erscheint, sieht sich das Bundesgericht angesichts des Urteils <Custom Made> und mit Rücksicht auf die Wahrung der Parallelität zwischen LugÜ und EuGVÜ nicht veranlasst, den Begriff der Verpflichtung im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 LugÜ vom EuGH abweichend zu qualifizieren. Eine vom EuGVÜ verschiedene Auslegung des Begriffs würde der Rechtsunsicherheit und mangelnden Vorhersehbarkeit des Erfüllungsorts, wie sie ein Teil der Lehre als Ergebnis der Rechtsprechung des EuGH erkannt haben will, Vorschub leisten (. . .)».

136 Siehe bspw. BGE 124 III 382 E. 5e S. 396 und BGE 125 III 108 E. 3c S. 110: «Il convient toutefois de réserver les cas où l'interprétation donnée par la CJCE à la Convention de Bruxelles serait influencée par l'application conjointe du Traité CE et empêcherait de ce fait une reprise de cette interprétation par les juridictions non communautaires appelées à interpréter les concepts correspondant de la Convention de Lugano (. . .)».

137 Rs. C-271/00, Slg. 2002, S. I-10 489 ff.

Anwendungsbereich des Übereinkommens näher definiert wird. Der EuGH hielt zuerst fest, dass es sich dabei um einen autonomen Begriff handle und dass bei Auslegung die Zielsetzungen und die Systematik dieses Übereinkommens berücksichtigt werden müssten. Er führte weiter aus, «angesichts des Zusammenhangs zwischen dem Brüsseler Übereinkommen und dem Gemeinschaftsrecht (. . .)» sei «auf die Bedeutung abzustellen, die diesem Begriff im Gemeinschaftsrecht» zukomme. Der EuGH gelangte in der Folge zum Schluss, dass die Bedeutung des Begriffes der sozialen Sicherheit im Sinne von Art. 1 Abs. 2 des Brüsseler Übereinkommens den sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, umfasst, wie er in deren Art. 4 definiert und durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes präzisiert worden ist.

In anderen Fällen ist das Bundesgericht hingegen sogar so weit gegangen, dass es bestimmte Regelungen des Bundesrechts nicht angewendet hat, um sicherzustellen, dass das Schweizer Recht im Einklang mit der Praxis des EuGH und derjenigen anderer Vertragsstaaten steht.¹³⁸

In neueren Entscheidungen¹³⁹ hat das Bundesgericht sich zur Fortführung des Systems der Parallelität der Auslegung des Lugano-Übereinkommens und der Brüssel-I-Verordnung bekannt. Es hat aber zugleich klargestellt, dass es der Rechtsprechung zur Auslegung der Brüssel-I-Verordnung insbesondere des EuGH nur dann zu folgen bereit ist, wenn diese nicht durch europarechtliche Rechtsakte beeinflusst worden ist.

Im Entscheid 131 III 227 ff. vom 15. Dezember 2004 musste es sich insbesondere mit der Frage befassen, ob der Ausschlussstatbestand von Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 LugÜ mit Blick auf die ebenfalls kürzlich in Kraft getretene Eu-InsVo neu auszulegen ist und ob im Sinne eines radikalen Umdenkens neu auch insolvenzrechtliche Anfechtungsklagen unter das Brüsseler-Überein-

138 Siehe bspw. 123 III 414 E. 6d S. 427: «Art. 9 Abs. 2 IPRG kann zur Auslegung von Art. 21 LugÜ nur insoweit herangezogen werden, als diese nationale Bestimmung mit der Tragweite und Bedeutung von Art. 21 LugÜ vereinbar ist, wie sie sich namentlich aus der Praxis des Europäischen Gerichtshofs zum Brüsseler Übereinkommen (Präambel zum Protokoll Nr. 2, SR 0.275.11) und der Gerichte der Vertragsstaaten ergibt (Art. 2 Protokoll).» Kritisch gegenüber diesem Entscheid ist insbesondere BERNARD DUTOIT, Comment articuler l'art. 21 de la Convention de Lugano et l'art. 9 al. 2 LDIP en matière de litispendance?, in: Jacques Haldy et al. (Hrsg.), Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, S. 19 ff., der von einer Kantonalisierung der Rechtsprechung in einem bundesrechtlich geregelten Bereich spricht.

139 Siehe BGE 129 III 626 ff. Siehe dazu MONIQUE JAMETTI GREINER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2003, ZBJV 2005, S. 73 ff., die zu Recht bemängelt, dass das Bundesgericht nicht auf den durch die Verabschiedung der EG-Verordnung bewirkten Paradigmenwechsel hingewiesen habe.

kommen bzw. die Brüssel-I-Verordnung zu subsumieren¹⁴⁰ seien. Hintergrund dieser v. a. von deutschen Autoren geprägten Überlegungen bildet der Umstand, dass die insolvenzrechtlichen Anfechtungsklagen von der EuInsVo nicht umfasst werden und dass diese im Interesse eines in sich geschlossenen Regelungssystems daher idealerweise eigentlich unter die Brüssel-I-Verordnung fallen sollten.

Da aber für die Schweiz als Nicht-EU-Mitglied die EuInsVo nicht gilt, stellt sich die Grundsatzfrage, ob diese trotzdem gehalten ist, den Auschlussstatbestand von Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 LugÜ ebenfalls neu auszulegen, falls sich der EuGH und/oder die Gerichte anderer Vertragsstaaten für eine entsprechende Neuinterpretation entscheiden sollten. Das Bundesgericht hat zu dieser ausführlich Stellung genommen und folgendes ausgeführt: «Mais l'interprétation de la CL ne saurait dépendre, même indirectement, du sens donné par la jurisprudence et la doctrine européennes au Règlement n° 1346/2000, dès lors que la Suisse n'est pas liée par ce dernier texte, qui traite de questions qu'elle n'a précisément pas voulu régler dans la CL. Il s'ensuit que même si, comme l'affirme Geimer (ibid.), les actions révocatoires ne sont désormais plus exclues du champ d'application du Règlement n° 44/2001, ce changement, dû au souci d'exhaustivité et de cohérence interne de la législation de l'Union européenne, est sans influence sur l'interprétation de l'art. 1 al. 2 ch. 2 CL.»¹⁴¹

Es bleibt also auch nach dem Inkrafttreten der Brüssel-I-Verordnung und der EuInsVo dabei, dass die Auslegung des Lugano-Übereinkommens weiterhin nach dem System des Protokolls Nr. 2 erfolgt und dass das Bundesgericht grundsätzlich bereit ist, der Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung der Brüssel-I-Verordnung Folge zu leisten, sofern diese nicht einzig europarechtlich inspiriert ist. In diesem Zusammenhang gilt es aber zu beachten, dass die Schweiz sich aufgrund der mit der EU geschlossenen sog. Bilateralen Verträge in etlichen Bereichen selbst europäischen Bestimmungen angeschlossen¹⁴² hat. So hat sich etwa die Schweiz im Abkommen zwischen der Schwei-

140 PETER F. SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, 2. Aufl., München 2003, Art. 1 EuGVVO N. 21 a und N. 21 e; REINHOLD GEIMER, in: Reinhold Geimer/Rolf A. Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., München 2004, Art. 1 EuGVVO N. 131; DIETER LEIPOLD, Zuständigkeitslücken im neuen Europäischen Insolvenzrecht, in: Lüke et al. (Hrsg.), (FN 33), S. 221 ff. Siehe auch JULIANA MÖRSDORF-SCHULTE, Internationaler Gerichtsstand für Insolvenzanfechtungsklagen im Spannungsfeld von EuInsVo, EuGVÜ/O und autonomem Recht und seine Überprüfbarkeit durch den BGH, IPRax 2004, S. 31 ff.

141 BGE 131 III 227 E. 4.3 S. 235. Siehe dazu auch DANIEL STAEHELIN, Pauliana und LugÜ, Jusletter vom 23. Mai 2005.

142 Siehe dazu etwa die unter <http://www.admin.ch/ch/d/eur/> abrufbare Rechtssammlung zu den «sektoriellen Abkommen» (Bilaterale I) und das entsprechende Register zum Gemeinschaftsrecht, auf das in den «sektoriellen Abkommen» Schweiz-EG vom 21. Juni 1999 verwiesen wird.

zerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA)¹⁴³ verpflichtet, die vorstehend genannte Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zu beachten.¹⁴⁴ Diese ist in der Folge sogar in der Amtlichen Sammlung (AS) offiziell publiziert worden¹⁴⁵ und vom Bundesgericht für im interkantonalen Bereich analog anwendbar erklärt worden.¹⁴⁶

Die bestehende Einbettung des Lugano-Übereinkommens in das Recht der Europäischen Union und die Auswirkungen¹⁴⁷ desselben auf das nationale Recht (wie bspw. das Gerichtsstandsgesetz) werden in Zukunft voraussichtlich zu vielschichtigen Auslegungs- und Wertungsfragen führen.

b) Die Lugano-konforme Auslegung des schweizerischen Zuständigkeitsrechts

Da das Lugano-Übereinkommen das internationale Zuständigkeitsrecht in Zivil- und Handelssachen nahezu umfassend geregelt hat, kam ihm bei der Schaffung des Gerichtsstandsgesetzes eine erhebliche *Vorbildfunktion* zu. Die Botschaft zum Gerichtsstandsgesetz nimmt denn auch an vielen Stellen Bezug auf das Lugano-Übereinkommen und auf die zu diesem ergangenen Entscheidungen. Sie bezeichnet den Erlass des Gerichtsstandsgesetzes sogar als notwendige Folge des Beitritts zum Lugano-Übereinkommen und betont weiter die Wichtigkeit der Harmonisierung des internen Rechts mit dem Europarecht.¹⁴⁸ Wortwörtlich führte der Bundesrat selbst in der Botschaft zum GestG folgendes aus: «Es gilt, unser internes Recht mit dem Europarecht zu harmonisieren»¹⁴⁹ bzw. «[d]iese Vorlage bezweckt, unser internes Recht der örtlichen Zuständigkeit mit dem Europarecht zu harmonisieren»¹⁵⁰.

143 SR 0.142.112.681.

144 Siehe Art. 16 und Anhang II des Abkommens. Für einen neueren gemeinschaftsrechtlich inspirierten Entscheid des EuGH siehe Rs. C-73/04 vom 13. Oktober 2005 i. S. *Klein gegen Rhodos Management Ltd.*, insbesondere Rz. 22.

145 AS 2004, S. 121 ff.

146 BGE 129 I 265 ff. Siehe weiter auch BGE 128 V 315 ff.

147 Im Entscheid vom 14. November 2002 in der Rs. C-271/00, S. 2002, S. I-10 489 ff., gelangte der EuGH bspw. zum Schluss, der Begriff der «sozialen Sicherheit» gemäss Art. 1 Abs. 2 Nr. 3 des Brüsseler Übereinkommens sei in Anwendung der Verordnung Nr. 1408/71 ein europarechtlicher. Es stellt sich somit die Frage, ob diese europarechtliche Definition auch für schweizerische Gerichte bei der Anwendung des Lugano-Übereinkommens massgebend sein soll oder ob die Schweiz hier einen eigenen Weg gehen soll (siehe dazu bereits BGE 125 III 108 E. 3c S. 110).

148 Siehe BBl 1999, S. 2836.

149 Siehe BBl 1999, S. 2836.

150 Siehe BBl 1999, S. 2876.

Auch anlässlich der Eintretensvoten im Parlament war von verschiedenen Rednern auf den hohen Stellenwert einer europakompatiblen Ausgestaltung des Gerichtsstandsgesetzes hingewiesen worden. Aus den politischen Willens- äusserungen im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses kann daher der Schluss gezogen werden, dass dem Lugano-Übereinkommen eine eigentliche Vorbild- funktion für das Gerichtsstandsgesetz zukommen sollte, welcher durch eine Lugano-konforme Auslegung zum Durchbruch verholfen werden muss.

Bei der Auslegung des Gerichtsstandsgesetzes muss daher immer gefragt werden, ob dieses¹⁵¹ inhaltlich deckungsgleich mit dem Lugano-Überein- kommen ausgestaltet werden sollte und ob daher die Bestimmungen des Ge- richtsstandsgesetzes der Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen ent- sprechend auszulegen sind.¹⁵² Ist dies der Fall, so muss insbesondere darauf geachtet werden, dass die im Lugano-Übereinkommen verwendeten Begriffe auch wirklich *vertragsautonom* verstanden werden und dass das Überein- kommen auch gemäss dem im Protokoll Nr. 2 zum Übereinkommen vorgese- henen System, wie es vorstehend geschildert wurde, ausgelegt wird.

Das Bundesgericht schloss sich dieser Auffassung im wesentlichen an und gelangte in einem neueren Entscheid¹⁵³ zum Schluss, der Begriff der Identität des Streitgegenstandes gemäss Art. 21 des Lugano-Übereinkommens und derjenige gemäss Art. 35 des Gerichtsstandsgesetzes seien gleich auszulegen. Die Frage der Identität einer negativen Feststellungsklage und einer Lei- stungsklage beurteile sich unabhängig davon, welche der beiden Klagen zuerst rechtshängig geworden sei.

151 Zur (umgekehrten) Berücksichtigung des nationalen Rechts bei der Auslegung des Lugano- Übereinkommens siehe etwa BGE 123 III 414 E. 6d S. 427 (den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit gemäss Art. 9 Abs. 2 IPRG betreffend).

152 Zum Verhältnis des IPRG zum Lugano-Übereinkommen siehe etwa BEATRICE BRANDENBERG BRANDL, Direkte Zuständigkeit der Schweiz im internationalen Schuldrecht, St. Gallen 1991, S. 173. Siehe auch IVO SCHWANDER, Internationales Privatrecht und internationales Zivilpro- zessrecht, in: Dietrich Schindler et al. (Hrsg.), Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts, Schriften zum Europarecht, Band 1, Zürich 1990, S. 600: «Bereits vor der Ratifika- tion des Lugano-Übereinkommens empfiehlt es sich, bei der Auslegung der Zuständigkeits- und Vollstreckungsbestimmungen des IPRG auf die künftige Rechtslage Rücksicht zu neh- men. Beispielsweise könnte der Erfüllungsort im Sinne des Art. 113 IPRG bereits heute ent- sprechend der Rechtsprechung zu Art. 5 Ziff. 1 des Brüsseler Übereinkommens bestimmt werden.» Zur Frage, welche Fassung des Lugano-Übereinkommens beizuziehen ist, siehe YVES DONZALLAZ, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, Bern 2001, Partie systématique N. 27. In der schweizerischen Lehre praktisch noch nicht diskutiert wurde die Frage, welchen Einfluss die Umwandlung des EuGVÜ in eine Verordnung auf die Ausle- gung des Lugano-Übereinkommens und auf diejenige des Gerichtsstandsgesetzes haben wird. Zur Rechtslage in Österreich und zur Vorbildfunktion des Lugano-Übereinkommens für die Auslegung nationalen Rechts siehe die Entscheidungen des OGH vom 8. April 1997, JBl 1997, S. 368 ff., und vom 27. Oktober 1997, IPRax 1996, S. 201 f.

153 BGE 128 III 284 ff. (besprochen von FRIDOLIN WALTHER, ZZPInt 2002, S. 401 ff.).

In einem Entscheid vom 4. September 2002¹⁵⁴ ist das Bundesgericht dem eingeschlagenen Weg weiter gefolgt und hat Art. 24 GestG in «Konkordanz» mit Art. 5 Nr. 1 LugÜ ausgelegt. Der Entscheid liegt auch auf der Linie der bisherigen Entscheide des Bundesgerichts zur Auslegung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG). In seiner bisherigen Rechtsprechung hat das Bundesgericht nämlich ebenfalls versucht, das IPRG im Einklang mit dem Lugano-Übereinkommen auszulegen.¹⁵⁵ In einem neueren Entscheid¹⁵⁶ stellte es insbesondere fest, bei der Auslegung des IPRG sei der «Gedanke der Harmonisierung» der Regelungen des IPRG und des Lugano-Übereinkommens zu beachten.

All diesen Entscheidungen ist letztlich gemeinsam, dass sie dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung zum Durchbruch verhelfen wollen. Das Bundesgericht hat anlässlich der Auslegung des Gerichtsstandes für Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen gemäss Art. 13 ff. LugÜ in seinem berühmten «*Corinphila*»-Entscheid dazu folgendes ausgeführt: «Schliesslich können im Rahmen dieser Auslegung auch Normen des schweizerischen Rechts zum Konsumentenvertrag berücksichtigt werden, zumal der schweizerische Gesetzgeber die fraglichen Normen, ausgenommen die Verfassungsbestimmung, in Anlehnung an ihren internationalen Vorgänger formuliert hat und sie vom gleichen Schutzgedanken beherrscht sind. Dies trifft namentlich auf die Bestimmungen von Art. 31^{sexies} Abs. 3 BV, Art. 40a OR, Art. 114 und Art. 120 IPRG (SR 291) zu. Im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsordnung sind die Erfordernisse des Konsumentenvertrages für diese vier Bestimmungsguppen möglichst gleich zu umschreiben.»¹⁵⁷

Bestimmungen, die den gleichen Zweck verfolgen, sind also möglichst einheitlich auszulegen. Soweit also insbesondere das schweizerische Zuständigkeitsrecht in bewusster Anlehnung an das Lugano-Übereinkommen erlassen worden ist, so ist m. E. – insbesondere im Falle von divergierenden Auslegungsergebnissen – von einer Vermutung in dem Sinne auszugehen, dass das schweizerische Zuständigkeitsrecht im Sinne einer politisch bewusst gewollten Parallelität gemäss dem Lugano-Übereinkommen auszulegen ist. Mit anderen Worten: Hat der Gesetzgeber im Rahmen des Erlasses von nationalem Zuständigkeitsrecht eine Kompatibilität mit dem Lugano-Übereinkommen oder mit europarechtlichen Bestimmungen bejaht, so ist *vermutungsweise* das nationale Zuständigkeitsrecht im konkreten Einzelfall zwingend Lugano-konform bzw. europarechtskonform¹⁵⁸ auszulegen.

154 BGE 129 III 31 ff.

155 Abweichend aber der Entscheid 123 III 414 ff.

156 BGE 126 III 334 E. 3b S. 336.

157 BGE 121 III 336 E. 5c S. 339.

158 Siehe dazu sogleich im Text.

3. Die europarechtskonforme Auslegung

Der Bundesrat geht heute davon aus, dass, wenn das europäische Recht Anlass zum Erlass eines Gesetzes gebe, die Schweiz davon «nicht ohne Not»¹⁵⁹ abweiche, und in der Lehre wird seit langem eine eigentliche *Argumentationslast* für den Fall des Abweichens von sich auf europäischer Ebene durchsetzenden Standards postuliert. Von BAUDENBACHER stammt der Satz, Europa-verträglichkeit müsse nicht nur eine Maxime der Gesetzgebung sein, sondern auch eine solche der Rechtsanwendung.¹⁶⁰ Die Wissenschaft hat diesen Gedanken aufgegriffen und daraus abgeleitet, dass autonom nachvollzogenes EG/EU-Recht sog. richtlinienkonform¹⁶¹ bzw. europakompatibel¹⁶² auszulegen sei. Als wohl Erster hat WIEGAND sich in der Schweiz dieser Thematik vertieft gewidmet und eine zweistufige Vorgehensweise vorgeschlagen: In einem *ersten Schritt* soll die zugrunde liegende *Richtlinie* unter Anwendung der spezifischen europäischen Auslegungsmethoden gemeinschaftskonform ausgelegt werden und in einem *zweiten Schritt* soll das Ergebnis, das sich aus der Auslegung einer umgesetzten Norm ergibt, auf seine Richtlinienkonformität überprüft werden.

Das Bundesgericht bezeichnete anfänglich Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft, welchen sich der schweizerische Gesetzgeber habe annähern wollen, als «eine nicht zu vernachlässigende Erkenntnisquelle bei der Interpretation des schweizerischen»¹⁶³ Rechts. Diese könnten aber «nicht das alleinige Argument bei der Auslegung schweizerischer . . . Normen sein»¹⁶⁴, da die Schweiz nicht EG-Mitglied sei und daher nicht an die entsprechenden Rechtsnormen gebunden sei. Das Bundesgericht gelangte immerhin zum Schluss, dass bei der Auslegung entsprechender schweizerischer Rechtsnormen das europäische Recht «berücksichtigt» werden könne. In einer späteren Entscheidung stellte es klar, dass das Recht der Europäischen Union «keine unmittelbaren verbindlichen Auswirkungen auf das schweizerische Recht»

159 Siehe Vernehmlassungsbegleitbericht zum Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr (Teilrevisionen des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb) vom 17. Januar 2001, S. 5 (abrufbar unter <http://www.bj.admin.ch/themen/e-commerce/vn-ber-b-d.pdf>).

160 Siehe CARL BAUDENBACHER, Zum Nachvollzug europäischen Rechts in der Schweiz, EuR 1992, S. 316.

161 Siehe etwa HEINZ HAUSHEER, Anwendungsbereich und Abgrenzungsprobleme des KKG, insbesondere Leasing und Kreditkartengeschäft, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Bern 1994, S. 52 f.

162 Siehe etwa BSK-KOLLER-TUMLER, 2. Aufl., Art. 3 KKG N. 6.

163 Siehe BGE 124 II 193 E. 6a S. 203.

164 Siehe BGE 124 II 193 E. 6a S. 203.

entfalte.¹⁶⁵ Die Rechtsordnung der Europäischen Union lasse sich aber «allenfalls als Auslegungshilfe beiziehen».¹⁶⁶

Den eigentlichen Durchbruch zur Anerkennung der europarechtskonformen Auslegung stellt der Entscheid BGE 129 III 335 ff.¹⁶⁷ dar. In diesem gelangte das Bundesgericht anlässlich der Auslegung einer Bestimmung des schweizerischen materiellen Zwangsvollstreckungsrechts zu folgendem Ergebnis¹⁶⁸: «Nachvollzogenes Binnenrecht ist im Zweifel europarechtskonform auszulegen. Es ist harmonisiertes Recht und als solches im Ergebnis – wie das Staatsvertragsrecht – Einheitsrecht. Zwar ist es nicht Einheitsrecht in Form von vereinheitlichtem Recht. Wird aber die schweizerische Ordnung einer ausländischen – hier der europäischen – angeglichen, ist die Harmonisierung nicht nur in der Rechtssetzung, sondern namentlich auch in der Auslegung und Anwendung des Rechts anzustreben, soweit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulässt.» Und weiter: «Die Angleichung in der Rechtsanwendung darf sich dabei nicht bloss an der europäischen Rechtslage orientieren, die im Zeitpunkt der Anpassung des Binnenrechts durch den Gesetzgeber galt. Vielmehr hat sie auch die Weiterentwicklung des Rechts, mit dem eine Harmonisierung angestrebt wurde, im Auge zu behalten».

Als Beispiel für eine europarechtlich motivierte Bestimmung des schweizerischen Zivilprozessrechts ist Art. 24 Abs. 3 GestG zu nennen. Gemäss dieser ist bei vorübergehend entsandten Mitarbeitern¹⁶⁹ zur Beurteilung von Ansprüchen (einzig) aus der Zeit der Entsendung an einen anderen als den gewöhnlichen Arbeitsort zusätzlich zu den Gerichtsständen gemäss Art. 24 Abs. 1 und Abs. 2 GestG auch das Gericht am entsprechenden Entsendeort zuständig. Der Begriff der Entsendung ist dabei im Einklang mit dem sog. Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Ar-

165 Siehe BGE 125 II 293 E. 4e S. 306.

166 Siehe BGE 125 II 293 E. 4e S. 306 f.

167 Siehe zu diesem MARC AMSTUTZ, Interpretatio multiplex: Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel 2004, S. 67 ff.

168 Konkret ging es um Art. 333 OR, welcher im Jahre 1993 an die Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen angeglichen worden ist, sowie um die Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen.

169 Zu denken ist etwa an einen «leihweise» zu einem anderen Verein gewechselten Fussballspieler (siehe MARCO DEL FABRO, Neues Gerichtsstandsgesetz und sportrechtliche Sachverhalte, SpuRt 2001, S. 40).

beitnehmer vom 8. Oktober 1999¹⁷⁰ bzw. richtlinienkonform im Sinne der Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen auszulegen.

Ein anderes Beispiel für autonom nachvollzogenes Zivilprozessrecht ist Art. 13a UWG, gemäss welchem der Richter von Werbenden den Beweis für die Richtigkeit von in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen verlangen kann, wenn dies unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden und anderer am Verfahren beteiligter Personen im Einzelfall angemessen erscheint. Diese Bestimmung geht auf die Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung zurück. Ebenfalls¹⁷¹ europarechtliche Wurzeln hat die «Beweislasterleichterung» gemäss Art. 6 des Gleichstellungsgesetzes¹⁷² sowie das Klagerecht gemäss Art. 11 des Bundesgesetzes über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen.¹⁷³

4. Diskriminierungsverbot

Aufgrund der mit der EG abgeschlossenen Bilateralen Abkommen stellt sich die Frage, ob die Schweiz damit auch die gestützt auf das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 12 EG-Vertrag bzw. gestützt auf die vier grundlegenden Freiheiten ergangene Rechtsprechung¹⁷⁴ des EuGH i. S. *Hubbard gegen Hamburger*¹⁷⁵ und *Mund & Fester gegen Hatrex*¹⁷⁶ übernehmen muss. Gemäss Art. 2 FZA¹⁷⁷ dürfen bspw. die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet der anderen aufhalten, *bei der Anwendung des Abkommens nach den Anhängen I, II und III* nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden. «Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewährleistet das Recht der Staatsangehörigen der Schweiz und der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, in der Anwendung des Abkommens nicht schlechter gestellt zu werden als die Angehörigen des

170 SR 823.20. Dabei handelt es sich um ein im Rahmen der bilateralen Verträge erlassenes Gesetz. Inhaltlich setzt dieses die Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen um.

171 Siehe zu diesen beiden Beispielen VOGEL (FN 2), S. 263.

172 SR 151.1.

173 SR 823.20.

174 Zur Relevanz der neueren Rechtsprechung des EuGH siehe ASTRID EPINEY, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, S. 23 ff. und BGE 130 II 1 E. 3.6.1 S. 10.

175 Entscheidung vom 1. Juli 1993, Rs. C-20/92, Slg. 1993, S. I-3790 ff.

176 Entscheidung vom 10. Februar 1994, Rs. C-398/92, Slg. 1994, S. I-467 ff.

177 SR 0.142.112.681.

Staates, der das Abkommen handhabt»¹⁷⁸. «Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der sachliche Geltungsbereich von Art. 2 FZA weniger weit geht als derjenige von Art. 12 EGV. Während dieser für den gesamten – sehr weiten – Anwendungsbereich des EG-Vertrags gilt, bezieht sich Art. 2 FZA einzig auf die vom Freizügigkeitsabkommen umfassten Gegenstände. Unterschiedliche Behandlungen, die sich aufgrund anderer Rechtsbereiche ergeben, fallen nicht darunter»¹⁷⁹.

Zu beachten gilt es weiter, dass sich nach Auffassung des Bundesgerichts aus dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung gemäss Art. 2 FZA weiter ergibt, dass die Bestimmung der zuständigen Gerichte und die Ausgestaltung gerichtlicher Verfahren, die den Schutz der den Bürgern aus dem Gemeinschaftsrecht bzw. den Bilateralen Abkommen erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, dahin eingeschränkt werden, «dass die Modalitäten nicht weniger günstig sein dürfen als bei gleichartigen Verfahren, die das innerstaatliche Recht betreffen (*Grundsatz der Gleichwertigkeit*), und nicht so ausgestaltet sein dürfen, dass sie die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich machen oder übermässig erschweren (*Grundsatz der Effektivität*)»¹⁸⁰. Insbesondere der sog. «*effet utile*» hat zur Folge, dass die Anwendung nationaler Verfahrensregeln die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts bzw. der Bilateralen Abkommen nicht beeinträchtigen darf.¹⁸¹

Gemäss der Lehrmeinung, auf welche sich das Bundesgericht wiederholt abgestützt hat, ist die bestehende¹⁸² Praxis des EuGH zur Nichtanwendung diskriminierender zivilprozessualer Bestimmungen¹⁸³ im Sinne von Art. 16

178 BGE 130 I 26 E. 3.2.2 S. 35 (mit Hinweis auf YVO HANGARTNER, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, AJP 2003, S. 257 ff., dort S. 260).

179 BGE 130 I 26 E. 3.2.2 S. 35 (mit Hinweis auf YVO HANGARTNER [FN 178], S. 262). Das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 12 EGV verbietet sowohl die offene oder direkte (formelle) Diskriminierung, d. h. jede Unterscheidung, die ausdrücklich auf die Staatsangehörigkeit abstellt, als auch die versteckte oder indirekte (materielle) Diskriminierung.

180 BGE 128 V 315 E. 1c S. 319.

181 Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 26. Mai 2005 i. S. *Groupement d'intérêt économique (GIE) Réunion européenne u. a. gegen Zurich España*, Rs. C-77/04, diesen Grundsatz auch bei der Auslegung von Art. 6 Nr. 2 EuGVÜ angewandt. Siehe weiter auch FLORIAN MÖSELEIN, Richtlinienkonforme Auslegung im Zivilverfahrensrecht? – Überlegungen zur Auswirkung der EuGH-Urteile *Océano Grupo* und *Cofidis*, aufgezeigt am Beispiel des § 281 Abs. 2 S. 4 ZPO, GPR 2003/2004, S. 59 ff.

182 Zur Relevanz der neueren Rechtsprechung siehe die Hinweise in FN 174.

183 Zur Problematik siehe auch KIRSTEN TÖNSFEUERBORN, Einflüsse des Diskriminierungsverbots und der Grundfreiheiten der EG auf das nationale Zivilprozessrecht, Berlin 2002; SVEN SCHELO, Rechtsangleichung im Europäischen Zivilprozessrecht: EG-Kompetenzen und Modellgesetz, zugleich eine Untersuchung ausgewählter Vorschriften des Modellentwurfs zur Vereinheitlichung der europäischen Prozessordnungen, Münster 1999; ULRICH EHRICKE, Art. 12 I (ex 6 I) EG-Vertrag und das nationale Zivilprozessrecht – Bilanz und Perspektiven, IPRax 1999, S. 311 ff.

FZA «in der Handhabung des Abkommens sachgemäss zu berücksichtigen». Voraussetzung dafür dürfte aber immer sein, «dass die effektive Verwirklichung der Grundfreiheiten betroffen ist»¹⁸⁴, und zwar nur in dem Ausmass, «in dem sie sich auf die im Anhang I garantierten Freiheiten bzw. die entsprechenden im EG-Vertrag gewährleisteten Rechte bezieht»¹⁸⁵. Soweit die Rechtsprechung des EuGH für die Umschreibung des Anwendungsbereichs von Art. 12 EG-Vertrag einzig auf der Unionsbürgerschaft beruht hat, kann auf diese nicht abgestellt werden.¹⁸⁶

Unzulässig sind somit etwa kantonale Bestimmungen, welche eine Kautionspflicht hinsichtlich der Prozesskosten für Kläger mit Wohnsitz im Ausland vorsehen. Da aber ausser Grossbritannien¹⁸⁷ sämtliche Vertragsstaaten des FZA auch Mitgliedstaaten des Haager Übereinkommens betreffend Zivilprozessrecht¹⁸⁸ von 1954 und des Haager Übereinkommens über den internationalen Zugang zur Rechtspflege¹⁸⁹ sind, welche eine entsprechende Kautionspflicht schon bisher ausgeschlossen haben, hält sich der Anpassungsbedarf für die Schweiz in Grenzen.

Von Lehre und Rechtsprechung bisher noch nicht eingehend diskutiert worden ist, ob mit Inkrafttreten insbesondere des Freizügigkeitsabkommens der sog. Ausländerarrest i. S. v. Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG nicht im Einklang mit dem Entscheid des EuGH in Sachen *Mund & Fester gegen Hatrex*¹⁹⁰ neu dahingehend (europarechtskonform) ausgelegt werden müsste, dass als «Ausländer» im Sinne dieser Bestimmung nur noch (natürliche) Personen anzusehen wären, die ihren Wohnsitz nicht in einem Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommens haben.

Keine Anwendung finden dürfte hingegen die sog. *Überseering*-Rechtsprechung des EuGH¹⁹¹, gemäss welcher «es gegen die Artikel 43 EG und 48 EG verstösst, wenn einer Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmässigen Sitz hat, gegründet worden ist und von der nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats angenommen wird, dass sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz dorthin verlegt

184 So EPINEY (FN 174), S. 13.

185 EPINEY (FN 174), S. 14.

186 EPINEY (FN 174), S. 14.

187 Darauf weisen STEPHAN BREITENMOSER/MICHAEL ISLER, Der Rechtsschutz im Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie den EU-Mitgliedstaaten, AJP 2002, S. 1020, zu Recht hin.

188 SR 0.274.12.

189 SR 0.274.133.

190 Entscheidung vom 10. Februar 1994, Rs. C-398/92, Slg. 1994, S. I-467 ff.

191 Entscheidung vom 5. November 2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, S. 3614 ff. Ausführlich zu dieser äussert sich GERHARD WAGNER, Scheingesellschaften im Europäischen Zivilprozessrecht, in: Marcus Lutter (Hrsg.), Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, Köln 2005, S. 223 ff.

hat, in diesem Mitgliedstaat die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit vor seinen nationalen Gerichten für das Geltendmachen von Ansprüchen aus einem Vertrag mit einer in diesem Mitgliedstaat ansässigen Gesellschaft abgesprochen wird.» Der Grund dafür ist darin zu suchen, dass das Freizügigkeitsabkommen juristische Personen und Gesellschaften weitgehend¹⁹² ausklammert.¹⁹³

Gesamthaft betrachtet führt das Diskriminierungsverbot zu einer beschränkten Quasi-Harmonisierung einiger weniger Teilbereiche des schweizerischen mit dem europäischen Zivilprozessrecht.

5. EMRK

Da der EGMR den Begriff der «civil rights and obligations» bzw. der «droits et obligations civils» in ständiger Rechtsprechung *autonom* ausgelegt hat, ergaben sich in der Vergangenheit für die Schweiz insbesondere im Bereich des Enteignungs-, Bau-, Raumplanungs- sowie des Vormundschaftsrechts erhebliche Probleme. So hat das Bundesgericht im Jahre 1992¹⁹⁴ etwa die 1988 geänderte «auslegende Erklärung» des Bundesrates zu Art. 6 EMRK als einen unzulässigen Vorbehalt eingestuft und gefordert, dass insbesondere in kindeschutzrechtlichen und vormundschaftsrechtlichen Streitigkeiten die Parteien Zugang zu einem Gericht haben müssen. Im Nachgang zu dieser Entscheidung mussten die meisten Kantone ihr Zivilverfahrensrecht anpassen und entsprechende gerichtliche Behörden einsetzen.

Diese Entwicklung hat dazu geführt, dass durch den am 12. März 2000 mit grossem Mehr durch Volk und Stände angenommenen Bundesbeschluss über die Reform der Justiz vom 8. Oktober 1999¹⁹⁵ mit Art. 29a nBV eine umfassende Rechtsweggarantie in der Verfassung verankert worden ist.¹⁹⁶

Für die Schweiz ist weiter von Bedeutung, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bereits mehrfach entschieden hat, dass der in Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthaltene Anspruch auf ein faires Verfahren den Parteien das Recht verleihe, von sämtlichen dem Gericht eingereichten Eingaben der Gegenpartei oder Vernehmlassungen der Vorinstanz Kenntnis zu erhalten und zu diesen Stellung nehmen zu können. Unerheblich sei dabei, dass die Vernehm-

192 Siehe immerhin Art. 18 des Anhangs I zum FZA i. V. m. Art. 17 des Anhangs I zum FZA.

193 Siehe zum Ganzen ausführlich DANIEL GIRSBERGER/RODRIGO RODRIGUEZ, Die Sitzverlegung im europäischen Gesellschaftsrecht – Auswirkungen auf die Schweiz?, SZIER 2004, S. 559 ff.

194 Siehe BGE 118 Ia 473 ff.

195 BBl 1999, S. 8633 ff.

196 Die Bestimmung wird voraussichtlich erst zusammen mit der Totalrevision der Bundesrechtspflege in Kraft treten (siehe dazu den Entwurf eines Bundesbeschlusses über das Inkrafttreten der Justizreform vom 12. März 2000, BBl 2001, S. 4615).

lassung einer Vorinstanz weder Tatsachen noch Begründungen enthalte, die nicht bereits im angefochtenen Urteil aufgeführt gewesen seien. Ebenso wenig komme es auf den möglichen tatsächlichen Einfluss von Bemerkungen der Parteien auf das Urteil an. Es obliege den Parteien, zu entscheiden, ob sie zu einer Eingabe Bemerkungen anbringen oder nicht.¹⁹⁷ Das Bundesgericht hat sich in seiner neusten Rechtsprechung zum Grundsatz des fairen Verfahrens der Praxis des Gerichtshofs angeschlossen und wiederholt festgehalten, das Recht der Parteien, sämtliche Eingaben zugestellt zu erhalten und dazu Stellung nehmen zu können, hänge weder von Noven tatsächlicher oder rechtlicher Art noch von einem allfälligen Einfluss von Bemerkungen auf das Urteil ab. Dass das kantonale Recht nur ausnahmsweise das Recht einräumt, zu einer Beschwerdeantwort Stellung zu nehmen, sei nicht von Belang.¹⁹⁸

6. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Schweiz keineswegs eine autonome Insel im Meer des europäischen Zivilprozessrechts ist, sondern dass diese vielmehr aufgrund etlicher Schnittstellen zumindest als in den europäischen Justizraum *teilintegriert* bezeichnet werden muss.¹⁹⁹

VI. Gesetzgeberische Gestaltungsspielräume und Optionen

Die Feststellung, dass die Schweiz bis zu einem gewissen Grad Mitglied des europäischen Justizraums ist, führt zwangsläufig zur Frage, wie die Schweiz sich gegenüber dem für sie nicht geltenden Teil des europäischen Zivilprozessrechts verhalten soll. Innerhalb der bundesrechtlichen Vorgaben auf Stufe EMRK, Verfassung, Bundesgesetzen und bundesgerichtlicher Rechtsprechung, welche im Ergebnis zusammen wie eine Art Rahmengesetz²⁰⁰ wirken, besteht nämlich viel Raum, den die Gesetzgebung füllen kann.

197 EGMR i. S. N.-H. gegen Schweiz vom 18. Februar 1997, VPB 61/1997 Nr. 108, S. 961; Urteil des EGMR i. S. R. gegen Schweiz vom 28. Juni 2001, VPB 65/2001, Nr. 129, S. 1347; Urteil des EGMR i. S. Z. gegen Schweiz vom 21. Februar 2002, VPB 66/2002, Nr. 113, S. 1307.

198 Siehe BGE 5P.431/2003 vom 13. Januar 2004 (mit Note von FRIDOLIN WALTHER in SZZP 2005, S. 11 f.), BGE 5P.314/2004 vom 1. November 2004 und BGE 5P.18/2005 vom 15. März 2005.

199 Zu Recht hat COTTIER (FN 46), S. 227, darauf hingewiesen, dass die Abhängigkeit der Schweiz von der EU im Ergebnis unabhängig davon besteht, ob die Schweiz Mitglied der EU ist oder nicht.

200 So THOMAS SUTTER-SOMM, Konzeptionelle Überlegungen für eine schweizerische Zivilprozessordnung, in: Stephen V. Berti (Hrsg.), Helvetisches Zivilprozessrecht, Symposium zum 75. Geburtstag von Walther J. Habscheid, Beiheft 31 der Bibliothek für Schweizerisches Recht, Basel 1999, S. 33. Bezüglich der EMRK siehe auch WOLF (FN 102), S. 1295 f.

Die bestehende Teilintegration darf denn auch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Schweiz sich in zunehmendem Masse bestimmten Diskriminierungen ausgesetzt sehen wird, da sie insbesondere an den neuen Rechtsinstrumenten bspw. betreffend ein europäisches Mahnverfahren, betreffend Massnahmen zur einfacheren und schnelleren Beilegung von Streitigkeiten mit geringem Streitwert oder betreffend eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen nicht teilnehmen können. Da in diesen Bereichen auch ein autonomer Nachvollzug mangels gewährleisteter Reziprozität praktisch keinen Sinn ergibt, droht der Schweiz eine neue Art der Diskriminierung. Verschärft wird dieser Zustand noch dadurch, dass in der Zwischenzeit das (revidierte) Lugano-Übereinkommen im Vergleich zum rasch vorschreitenden Brüsseler Verordnungsrecht voraussichtlich immer mehr veralten²⁰¹ und daher auch an Bedeutung verlieren wird.

Die Tatsache, dass die Schweiz «immer mehr vom europäischen Verordnungsschub abgekoppelt»²⁰² worden ist und dass der mit dem Lugano-Übereinkommen beschrittene Weg des Parallelismus «Schiffbruch»²⁰³ zu erleiden droht, mag man bedauern. Damit aber nicht beantwortet ist die viel wichtigere Frage, über welche gesetzgeberischen Gestaltungsspielräume und Optionen die Schweiz heute verfügt. Der Beantwortung dieser Frage soll nachstehend nachgegangen werden.

1. Negierung des europäischen Zivilprozessrechts

Liest man die Lehrmeinungen, die sich bis anhin zum Vorentwurf für eine schweizerische Zivilprozessordnung geäußert haben²⁰⁴, so fällt auf, dass diese – einige ganz wenige Ausnahmen vorbehalten – sich zur Frage der Be-

201 Zurzeit scheinen keine Absichten oder Pläne zu bestehen, wonach das Lugano-Übereinkommen den neuen Rechtsinstrumenten (mit Ausnahme der neuen Brüssel-I-Verordnung) angepasst werden soll. Siehe dazu IV.1.d.

202 Siehe ANTON K. SCHNYDER, *Europäisierung des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts – Herausforderungen auch für die Schweiz*, in: Heinz-Peter Mansel et al. (Hrsg.), *Festschrift für Erik Jayme*, Band I, München 2004, S. 835. Zur verfahrensmässigen Abkoppelung ist auch eine inhaltliche «disconnection» getreten, da aufgrund des Wegfalls der Souveränitätsvorbehalte der Mitgliedstaaten eine ganz andere Vernetzung der nationalen Gerichtssysteme erreicht werden kann (so BURKHARD HESS, *Die Integrationsfunktion des Europäischen Zivilverfahrensrechts*, IPRax 2001, S. 395).

203 SCHNYDER (FN 202), S. 835. Für SIMON A. MAEDER, *Zur Auslegung der Lugano-Übereinkommens in der Schweiz im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, La Convenzione di Lugano: nella pratica forense e nel suo divenire, delle giornate di studio del 3–4 giugno 2002*, Lugano 2004, S. 60, hat denn auch nicht mehr die Wahrung des Parallelismus erste Priorität, sondern eine einheitliche, kohärente Auslegung des Lugano-Übereinkommens.

204 Siehe FN 33.

deutung des europäischen Zivilprozessrechts im Rahmen der laufenden Vereinheitlichungsbemühungen nicht äussern, ja, das Bestehen des europäischen Zivilprozessrechts sogar bewusst oder unbewusst negieren. Diese Haltung spiegelt sich auch im offiziellen Begleitbericht zum Vorentwurf wieder, führt dieser doch einzig mehr oder weniger lapidar Folgendes aus: «Der Vorentwurf hat weder eine ausländische noch eine bestimmte kantonale Zivilprozessordnung zum Vorbild genommen. Vielmehr hat sich die Expertenkommission entschlossen, eine eigenständige Zivilprozessordnung zu entwerfen. (...) Auch in Bezug auf eine Übernahme *ausländischer Rechtsinstitute* übte die Expertenkommission Zurückhaltung. So wird beispielsweise davon abgesehen, die im angelsächsischen Rechtskreis entwickelte *class action* der schweizerischen Rechtsordnung aufzupropfen. (...) Auf der anderen Seite haben im Ausland entwickelte Rechtsinstitute dann Berücksichtigung gefunden, wenn sie auch bei uns einem echten Bedürfnis entsprechen. Dies ist etwa der Fall bei der so genannten *vollstreckbaren öffentlichen Urkunde*. Aber auch hier übernimmt der Vorentwurf nicht einfach eine ausländische Regelung – etwa jene Deutschlands –, sondern er passt sich an das bewährte System des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts an (...).»

Diese bewusste «Ausblendung» fremden Rechts kann einerseits begrüsst werden, gilt es doch nicht zu vergessen, dass die Schweiz, welche über 26 verschiedene kantonale Zivilprozessrechtssysteme verfügt, anlässlich der Vereinheitlichung derselben vor einer grossen gesetzgeberischen Aufgabe und auch Herausforderung steht, und daher die Prioritäten auf eine «interne» Vereinheitlichung unter bewusster Nichtberücksichtigung ausländischer Erkenntnisse setzt. Der Begleitbericht²⁰⁵ stellt daher zu Recht folgendes fest: «Für die schweizerische Reform des Zivilprozessrechts besteht nun der erste wesentliche Schritt darin, einen gemeinsamen Nenner zu finden». Dies dürfte denn auch der Grund dafür sein, dass der Vorentwurf als eigentliche legislatorische Neuerungen lediglich die Schutzschrift, die direkte Vollstreckung öffentlicher Urkunden, den appel en cause und den schnellen Rechtsschutz in klaren Fällen vorsieht.²⁰⁶

Andererseits muss festgehalten werden, dass die Schweiz – wie vorstehend aufgezeigt worden ist – eben nicht völlig unabhängig vom europäischen Zivilprozessrecht ist, und dass daher im Rahmen der laufenden Gesetzgebungsarbeiten zumindest eine gründliche Auseinandersetzung mit den bestehenden Schnittstellen zum europäischen Zivilprozessrecht dringend angezeigt wäre.

205 Begleitbericht, S. 16. Dieser ist abrufbar unter <http://www.bj.admin.ch/themen/v-zivilp/vn-ber-d.pdf>.

206 So WALTER (FN 16), S. 316.

2. *Rezeption einer kantonalen bzw. einer ausländischen Zivilprozessordnung*

Eine wohl eher theoretische Möglichkeit stellt die – von der Expertenkommission verworfene – Möglichkeit der Rezeption einer kantonalen bzw. ausländischen Zivilprozessordnung dar. Wenigstens theoretisch denkbar wäre auch, dass die deutschsprachige Schweiz die deutsche oder österreichische ZPO, die französischsprachige Schweiz den französischen NCPC und das Tessin den italienischen c. p. c. übernehmen würden.

3. *Revision des Lugano-Übereinkommens und weiterer Bilateralismus*

Aufgrund der fortschreitenden Entwicklung des Verordnungsrechts wird insbesondere der *Parallelismus* zum Lugano-Übereinkommen in Frage gestellt.²⁰⁷ Das Instrument des Staatsvertrags wird auch in Zukunft nicht mit der viel flexibleren Form der Verordnung²⁰⁸ Schritt zu halten vermögen. Die Tatsache, dass die Schweiz nunmehr gut sechs Jahre auf den Abschluss des revidierten²⁰⁹ Lugano-Übereinkommens wartet²¹⁰, zeigt dies mit aller Deutlichkeit.

Sollte es je zu *weiteren* Revisionen des Lugano-Übereinkommens kommen, so ist zu erwarten, dass dieses aufgrund des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen²¹¹ langfristig *keine eigentliche convention double* mehr sein wird,

207 Siehe auch MAEDER (FN 203), S. 60.

208 Gemäss Art. 57 Abs. 4 des LugÜ kann die Anerkennung oder Vollstreckung versagt werden, wenn der ersuchte Staat nicht Vertragspartei eines besonderen Vollstreckungsübereinkommens ist und wenn die Person, gegen die die Anerkennung oder Vollstreckung geltend gemacht wird, ihren Wohnsitz in diesem Staat hat, es sei denn, dass die Entscheidung nach einer anderen Rechtsvorschrift des ersuchten Staates anerkannt oder vollstreckt werden kann. Dies dürfte – mit Ausnahme von Polen – insbesondere hinsichtlich der Urteile aus den zehn neuen EU-Staaten zutreffen, welche gestützt auf die Brüssel-I-Verordnung ergangen sind. Zudem kann gemäss dieser Bestimmung die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von Entscheiden in der Schweiz verhindert werden, welche sich auf erweiterte Zuständigkeitsnormen der Brüssel-I-Verordnung stützen, welche dem Lugano-Übereinkommen nicht bekannt sind.

209 Siehe dazu ALEXANDER MARKUS, Revidierte Übereinkommen von Brüssel und Lugano: Zu den Hauptpunkten, SZW 1999, S. 205 ff.

210 Zu den Hintergründen hinsichtlich der Einholung eines Gutachtens des EuGH siehe WAGNER (FN 85), S. 266.

211 Siehe dazu IV.1.c.

sondern *im wesentlichen* nur noch eine einzig das Zuständigkeitsrecht im Detail regelnde *convention simple*.²¹²

Von grosser Bedeutung ist weiter die Frage, ob die Schweiz auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts weitere bilaterale Parallelabkommen i. S. eines Lugano-II- und eines Lugano-III-Übereinkommens schliessen könnte.²¹³ Wie nun aber das Beispiel von Dänemark zeigt²¹⁴, ist die Europäische Kommission aus grundsätzlichen Überlegungen voraussichtlich nicht bereit, zum Weg bilateraler Staatsverträge zwecks Übernahme anderer Verordnungen im Bereich des Zivilrechts Hand zu bieten.

4. *Öffnungsklausel und autonomer Nachvollzug*

SCHLOSSER²¹⁵ hat den Vorschlag gemacht, man solle im Rahmen der Revision des Lugano-Übereinkommens doch eine sog. Öffnungsklausel schaffen, die es der Schweiz durch Abgabe einer einseitigen Erklärung erlauben würde, eine EG-Verordnung als Bestandteil ihrer Rechtsordnung zu übernehmen, wie wenn sie Mitgliedstaat der EG wäre. Indes ist davon auszugehen, dass ein solcher Vorschlag sowohl in der Schweiz als auch in Brüssel kaum auf politische Resonanz stossen würde.

Wie das Beispiel der Verordnung (EG) Nr. 805/2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen zeigt, ergibt ein autonomer Nachvollzug derselben durch die Schweiz keinen Sinn, da dieser nur darin bestehen könnte, dass die Schweiz einseitig europäische Vollstreckungstitel in der Schweiz vollstrecken würde, während eine schweizeri-

212 Selbstverständlich werden auch die – über den heutigen Rechtszustand hinausgehenden – automatischen Urteilswirkungen im In- und Ausland staatsvertraglich vereinbart werden müssen. Denkbar ist weiter, dass bestimmte Entscheidungen auch weiterhin für vollstreckbar erklärt werden müssen.

213 Die Idee ist keineswegs neu; siehe etwa WALTHER (FN 78), S. 130 und ANDREA BONOMI, Le nouveau règlement européen en matière de divorce et de responsabilité parentale et ses implications pour la Suisse: prélude à une Convention de «Lugano II»?., AJP 2002, S. 248 ff. Staatssekretär AMBÜHL hat im Juni 2005 weiter vorgeschlagen, die Schweiz solle ihre gesamten bilateralen Beziehungen zur EU langfristig durch einen Dachvertrag absichern. Ein solches Rahmenabkommen könnte die sektorübergreifende Verwaltung der abgeschlossenen Verträge erleichtern und zugleich eine Plattform für die Weiterentwicklung des bilateralen Vertragswerks darstellen (siehe NZZ Nr. 141 vom 20. Juni 2005, S. 10). Die Machbarkeit eines solchen Abkommens soll nun durch Experten geprüft werden (siehe NZZ Nr. 226 vom 28. September 2005, S. 14).

214 Siehe IV.1.d.

215 Siehe PETER SCHLOSSER, Europäisches Zivilprozessrecht als Europarecht, Staatsvertragsrecht und nationales Recht im Verbund, La Convenzione di Lugano: nella pratica forense e nel suo divenire, delle giornate di studio del 3–4 giugno 2002, Lugano 2004, S. 228.

sche Entscheidung nie als europäischer Vollstreckungstitel bestätigt²¹⁶ werden könnte. Für die Schweiz steht in diesem Bereich also weder der Abschluss eines Parallel-Übereinkommens noch ein eigenständiger autonomer Nachvollzug zur Verfügung.

Ganz generell kann gesagt werden, dass mit Bezug auf die neuen Rechtsinstrumente ein autonomer Nachvollzug in aller Regel mangels gewährleister Reziprozität nicht sinnvoll ist.

5. EU-Beitritt

Als weitere Option käme für die Schweiz in Frage, der EU als Mitglied beizutreten. Nur auf diese Weise könnte letztlich die vollständige Teilnahme der Schweiz an allen Rechtsinstrumenten des europäischen Justizraums sichergestellt werden. Der politische Preis für einen EU-Beitritt dürfte indes alleine dadurch nicht zu rechtfertigen sein.²¹⁷

Würde die Schweiz tatsächlich innerhalb der nächsten Jahre der EU beitreten, so würde die Europäisierung des Zivilprozessrechts dadurch nachhaltig beeinflusst werden, würde sich die Anzahl der zu vereinheitlichenden Zivilprozessordnungen doch von 25 auf 52 erhöhen.²¹⁸ Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die Feststellung, dass die Schweiz anlässlich eines Beitritts die Möglichkeit hätte, auf eine vergleichbare Sonderstellung wie Dänemark zu pochen. Durch eine bewusste Abkopplung²¹⁹ der Schweiz von den weiteren Entwicklungen innerhalb des europäischen Justizraums könnte ihr ermöglicht werden, vorerst die für sie prioritäre interne Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts zu Ende zu führen. Ein Beitritt zur EU müsste also nicht zwangsläufig die Übernahme des «europäischen Zivilprozessrechts» zur Folge haben.

6. Vermeidung von Ungleichbehandlungen und von Selbstdiskriminierungen

Als realistische Variante bleibt die – mindestens mittelfristige – Beibehaltung des *status quo* verbunden mit zunehmenden Diskriminierungen schweizeri-

216 Mit SCHLOSSER (FN 215), S. 229, ist davon auszugehen, dass die definitive Rechtsöffnung nach schweizerischem Recht als funktional gleichwertig mit der Bescheinigung über den europäischen Vollstreckungstitel anzusehen ist.

217 Siehe dazu auch CHRISTOPH BLOCHER, Die Europäisierung des Zivil- und Handelsrechts und die Schweiz, ZEuP 2005, S. 1 ff.

218 Siehe OSCAR VOGEL, Europa und das schweizerische Zivilprozessrecht, AJP 1992, S. 462 f.

219 Siehe zu diesen Fragen insbesondere ROLAND BIEBER/BETTINA KAHIL-WOLFF/SONJA KALLMAYER, Differenzierte Integration in Europa: Handlungsspielräume für die Schweiz?, Chur/Zürich 2000.

scher Bürger, Gesellschaften und Urteile auf europäischer Ebene. Für diesen Fall muss aber im Sinne eines Minimalziels gefordert werden, dass die Schweiz alles daran setzt, die bestehenden Ungleichbehandlungen und Selbstdiskriminierungen²²⁰ insbesondere im Bereich der Urteilsvollstreckung²²¹ so rasch wie möglich zu beseitigen und weiter dafür besorgt ist, dass die schweizerische Gesetzgebung aus eigener Kraft effiziente Instrumente einführt, um die bestehenden und zukünftigen Diskriminierungen auf europäischer Ebene zu kompensieren. Zu denken ist dabei v. a. an die Einführung von neuen Betreibungsorten, die es schweizerischen Gläubigern – insbesondere im Konsumentenbereich – erlauben würden, im EU-Ausland wohnhafte Schuldner in der Schweiz zu betreiben. Weiter ist zu fordern, dass das übrige Zwangsvollstreckungsrecht hinsichtlich desjenigen anderer europäischer Staaten gleichwertig ausgestaltet wird, muss es doch als höchst unbefriedigend bezeichnet werden, wenn die Schweiz bspw. zwar englische *Freezing injunctions* gestützt auf das Lugano-Übereinkommen vollstrecken muss²²², selbst aber nicht ansatzweise über vergleichbare Rechtsschutzinstrumente verfügt.

VII. Schlussthesen

1. These: Die Europäisierung des Zivilprozessrechts ist kein singulärer Prozess

Die Europäisierung des Zivilprozessrechts ist nicht singulär, vielmehr kann auch in anderen Wirtschaftsräumen eine eindeutige Tendenz in Richtung Regionalisierung des Zivilprozessrechts festgestellt werden. Die Harmonisierung bzw. Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts findet zugleich auch auf weltweiter Ebene statt. Zu beachten gilt es aber, dass die entsprechenden Vereinheitlichungsprozesse wiederum nicht vereinheitlicht sind und dass deshalb in absehbarer Zeit nicht mit einer flächendeckenden Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts auf weltweiter oder europäischer Ebene zu rechnen ist, sondern dass aufgrund der Einbettung der nationalen Zivilprozessrechte in die jeweiligen lokalen sprachlichen, geschichtlichen und kulturellen Gegebenheiten eine Harmonisierung bzw. Vereinheitlichung nur in denjenigen Teilbereichen des Zivilprozessrechts stattfinden wird, die von wirtschaftlicher Bedeutung sind.

220 Für ein besonders frappantes Beispiel aus dem Gebiet des Familiennachzugs siehe BGE 129 II 249 ff.

221 Siehe dazu GERHARD WALTER, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2002, S. 444 ff.

222 Siehe BGE 129 III 626 ff.

2. These: Parallelismus der Entwicklungen

Das Zivilprozessrecht sowohl in der Schweiz als auch in Europa ist zurzeit grossen Änderungen unterworfen. Erstaunlich ist dabei der Parallelismus der Entwicklungen auf beiden Ebenen: Sowohl die Schweiz als auch die EU sind daran, das Zivilprozessrecht – zumindest teilweise – zu harmonisieren bzw. zu vereinheitlichen, wobei der Zustand der Entwicklung und der Zustand der Zersplitterung sich als sehr vergleichbar erweisen.

Im Vergleich zu den meisten europäischen Staaten weist die Schweiz hinsichtlich der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts einen Rückstand von rund hundert Jahren auf. Interessant ist aber auch die Parallelität in zeitlicher Hinsicht, wollen doch einerseits die Schweiz bis ca. 2010 den Vereinheitlichungsprozess und andererseits die EU die weitere Umsetzung des Massnahmenprogramms für die gegenseitige Anerkennung bis 2010 abgeschlossen haben.

3. These: Die Schweiz ist in den europäischen Justizraum zumindest teilintegriert

Die Schweiz ist keineswegs eine autonome Insel im Meer des europäischen Zivilprozessrechts; vielmehr muss sie aufgrund einer Vielzahl von Schnittstellen zumindest als in den europäischen Justizraum teilintegriert bezeichnet werden.

4. These: Berücksichtigung des europäischen Zivilprozessrechts im Rahmen der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts

Da die Schweiz – wie vorstehend aufgezeigt worden ist – nicht völlig unabhängig vom europäischen Zivilprozessrecht ist, muss im Rahmen der laufenden Gesetzgebungsarbeiten zumindest eine gründliche Auseinandersetzung mit den bestehenden Schnittstellen zum europäischen Zivilprozessrecht erfolgen.

5. These: Kein weiterer autonomer Nachvollzug auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts

Die bestehende Teilintegration darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich die Schweiz in Zukunft in zunehmendem Masse neuen Diskriminierungen auf europäischer Ebene ausgesetzt sehen wird, da sie insbesondere an den neuen Rechtsinstrumenten nicht teilnehmen können. In den von diesen geregelten Bereichen macht ein autonomer Nachvollzug mangels gewährleisteter Reziprozität praktisch keinen Sinn.

6. *These: Kein weiterer Bilateralismus auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts*

Die Äusserungen der Europäischen Kommission betreffend die beiden bilateralen Abkommen der EG mit Dänemark lassen den Schluss zu, dass es sich beim Abschluss dieser beiden Abkommen um eine klare Ausnahme handelt und dass der Weg des Bilateralismus für die Übernahme anderer Verordnungen im Bereich des Zivilrechts nicht zur Verfügung stehen wird. Dadurch dürften insbesondere die Hoffnungen gewisser schweizerischer Kreise auf den Abschluss eines Lugano-II-Übereinkommens in Ehesachen und eines Lugano-III-Übereinkommens in Insolvenzsachen einen argen Dämpfer erhalten. Zu beachten gilt es in diesem Zusammenhang weiter, dass das (revidierte) Lugano-Übereinkommen im Vergleich zum rasch voranschreitenden Brüsseler Verordnungsrecht voraussichtlich immer mehr veralten und daher auch entsprechend an Bedeutung verlieren wird.

7. *These: Ein Beitritt der Schweiz zur EU würde nicht zwangsläufig das Ende des schweizerischen Zivilprozessrechts bedeuten*

Das Beispiel von Dänemark zeigt weiter, dass ein Beitritt der Schweiz zur EU nicht zwangsläufig das Ende des schweizerischen Zivilprozessrechts zur Folge hätte. Die Schweiz könnte nämlich einerseits verlangen, dass ihr ebenfalls ein *opting-out* für den Bereich des Zivilprozessrechts zugestanden würde. Dadurch könnte erreicht werden, dass die Schweiz die für sie prioritäre interne Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts ohne Beeinflussung von aussen zu Ende führen könnte. Andererseits gilt es zu beachten, dass das Zivilprozessrecht auf europäischer Ebene heute keineswegs bereits vollständig vereinheitlicht ist, sondern dass lediglich ein teilharmonisiertes, eigenständiges Zivilprozessrecht für den Binnenmarkt besteht, das durchaus noch Raum für *nationales* Zivilprozessrecht lässt.

8. *These: Die Schweiz ist auch ein Vorbild für Europa*

Aufgrund der Tatsache, dass der Zustand der Zersplitterung und der Zustand der Entwicklung der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts auf schweizerischer und europäischer Ebene sich als vergleichbar erweisen, kann Europa durchaus auch etwas von den Vereinheitlichungsbemühungen in der Schweiz lernen. Wie GERHARD WALTER erst kürzlich vorgetragen²²³ hat, kann es für die EU-Staaten, die sich auf dem Wege eines «Coming Together of Procedural Laws in Europe» befinden, durchaus interessant sein zu sehen, wie aus der

223 Siehe GERHARD WALTER, *Helvetia docet*, in: Marcel Storme (Hrsg.), *Procedural Laws in Europe – Towards Harmonisation*, Antwerpen/Apeldoorn 2003, S. 67 ff.

Rechtszersplitterung innerhalb eines Landes mit verschiedenen Sprachen und Kulturen eine Rechtseinheit werden kann. Interessant in diesem Zusammenhang dürfte v. a. die Feststellung sein, dass ein einheitliches europäisches Zivilprozessrecht auch bei verbleibender Kompetenz der Mitgliedstaaten für die Gerichtsorganisation durchaus machbar ist.²²⁴

9. These: Vorrang der «internen» Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts

Die Schweiz hat sich dafür entschieden, der internen Vereinheitlichung den Vorrang zu geben und nur ausnahmsweise rechtsvergleichende Erkenntnisse im Rahmen des Vereinheitlichungsprozesses zu berücksichtigen. Die schweizerische «Baustelle»²²⁵ muss denn auch als mindestens so gross wie die europäische bezeichnet werden.²²⁶

10. These: Verstärkung der Bemühungen auf internationaler Ebene

Die Abkopplung der Schweiz von den Entwicklungen auf der regionalen europäischen Ebene fordert einen umso höheren Einsatz der Schweiz auf weltweiter Ebene, kann doch so einerseits die bis zu einem gewissen Grad bestehende und zukünftige Diskriminierung der Schweiz auf europäischer Ebene kompensiert und andererseits sichergestellt werden, dass die Schweiz die weltweiten Vorgaben später problemlos in ihre Rechtsordnung umsetzen kann. Insbesondere die Bemühungen der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht und der UNCITRAL sollten durch die Schweiz weiterhin aktiv unterstützt werden.

11. These: Vermeidung von weiteren Selbstdiskriminierungen

Da weder ein Beitritt der Schweiz zur EU noch der Abschluss weiterer paralleler Abkommen im Bereich des Zivilprozessrechts noch der autonome Nachvollzug vieler der neuen europäischen Rechtsinstrumente für die Schweiz kurz- und mittelfristig in Frage zu kommen scheint, ist im Sinne eines Mindestziels zu fordern, dass die Schweiz ihre Rechtsordnung aus eigener Kraft dem europäischen Niveau angleicht und insbesondere dafür besorgt ist, be-

224 WALTER (FN 223), S. 75 f.

225 Siehe dazu STEPHEN V. BERTI, Baustelle Zivilprozessrecht – ein Augenscheinsbericht, in: Pierre Tercier et al. (Hrsg.), *Gauchs Welt – Recht, Vertragsrecht und Baurecht*, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, S. 347 ff.

226 Siehe auch WALTHER J. HABSCHIED, in: Stephen V. Berti (Hrsg.), *Helvetisches Zivilprozessrecht*, Symposium zum 75. Geburtstag von Walther J. Habscheid, Beiheft 31 der Bibliothek für Schweizerisches Recht, Basel 1999, S. 79.

stehende Ungleichbehandlungen und Selbstdiskriminierungen rasch und umfassend zu beseitigen.

12. These: Gleich lange Spiesse in internationalen Streitigkeiten

Im Interesse schweizerischer Rechtsuchender ist es zudem, insbesondere in Fällen internationaler Streitigkeiten in prozessualer Hinsicht über gleich lange Spiesse verfügen zu können. Die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts muss daher dafür besorgt sein, dass schweizerische Parteien durch in der Schweiz geführte Verfahren im Vergleich zu ausländischen Prozessordnungen nicht durch ein veraltetes und unvollständiges prozessuales Instrumentarium diskriminiert werden. Die einigen wenigen im Rahmen des Vorwurfs für eine Schweizer ZPO gemachten Neuerungsansätze sollten daher in rechtsvergleichender Hinsicht kritisch hinterfragt und – soweit politisch opportun – entsprechend ergänzt werden.