

JENS ADOLPHSEN

Aktuelle Fragen des Verhältnisses von EMRK und Europäischem Zivilprozessrecht

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	39
II.	Europäisches Zivilprozessrecht nach Amsterdam	40
III.	Bindung des Europäischen Zivilprozesses durch die EMRK	42
	1. Bindungsadressat	43
	2. Qualität der Bindung	43
	3. Doppelbindung der Staaten	44
	4. Bisherige Berücksichtigung der EMRK als Erkenntnisquelle durch den EuGH	45
IV.	Qualität der Bindung durch die Grundrechte-Charta	46
V.	Prüfung von Einzelfragen	48
	1. Justizgewährung	48
	2. Zuständigkeit	50
	3. Zustellung	62
	4. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen	70
	5. Zwangsweise Schiedsvereinbarungen	75
	6. Exklusiver einstweiliger Rechtsschutz durch Schiedsgerichte	80

I. Einleitung

Noch vor einiger Zeit wurde die Europäische Konvention für Menschenrechte als „*sleeping beauty*“¹ bezeichnet, aber schon zu diesem Zeitpunkt wurde ein spürbarer Wandel ihrer Bedeutung für das nationale Recht festgestellt.² Gerade in Ländern, die über keine oder nur eine eingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit verfügen, erreichte die EMRK zunehmend Bedeutung. Aber auch in Deutschland ist die Zeit vorbei, dass man sich hinter dem nationalen Grundrechtsschutz verstecken und die EMRK unbeachtet

¹ ULSAMER in: FROWEIN/ULSAMER, Europäische Menschenrechtskonvention und nationaler Rechtsschutz, 1985, 35, 36.

² FROWEIN in: FROWEIN/ULSAMER, Europäische Menschenrechtskonvention und nationaler Rechtsschutz, 9.

lassen könnte.³ Wenngleich auch die Bedeutung der EMRK für das nationale Zivilprozessrecht erkannt wurde, so ist die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit ihrer Bedeutung für den internationalen und im speziellen für den europäischen Zivilprozess weniger weit gediehen.⁴ In Einzelfällen wird die EMRK als Grundlage einer Rechtsangleichung des nationalen Zivilprozessrechts gesehen.⁵

Die Frage des Verhältnisses von EMRK und Europäischem Zivilprozessrecht stellt sich zur Zeit jedoch aktuell und in neuem Gewand: Zum einen soll die Europäische Grundrechtscharta einen dem Verfahrensgrundrecht des Art. 6 Abs. 1 EMRK weitgehend entsprechenden Art. 47 Abs. 2 enthalten.⁶ Zum anderen hat sich die Dichte der Regelungen für den Zivilprozess in Europa derart erhöht, dass es inzwischen nicht mehr anmassend ist, wirklich von einem *Europäischen* Zivilprozessrecht zu sprechen. Bislang wurde der Begriff für nach wie vor fragmentarische Regeln für bestimmte Bereiche des Zivilprozesses genutzt.⁷ Die Regelungen des europäischen Zivilprozessrechts, die des „alten“ wie des „neuen“ Europas, müssen sich am europäischen Grundrechtsstandard messen lassen. Zunächst zur rasanten Entwicklung des Europäischen Zivilprozessrechts.

II. Europäisches Zivilprozessrecht nach Amsterdam

Das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (EuGVÜ) vom 27. 9. 1968 enthielt in der Form eines völkerrechtlichen Vertrages⁸ neben Regeln zur Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen der Vertragsstaaten erstmalig auch eine in sich geschlossene Regelung der internationalen Entscheidungszuständigkeit und stellte den ersten Schritt auf dem Weg zu einem Europäischen Zivilprozessrecht dar.⁹

Der Vertrag von Amsterdam¹⁰ hat später den Weg zu einem einheitlichen europäischen Rechtsraum geebnet, indem auf dem Gebiet des IZPR die Kompetenz der Gemeinschaftsorgane eröffnet wurde.¹¹ Darin wurde ein neuer Titel IV geschaffen, der einen schrittweisen Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ermöglichen soll (Art. 61 EGV). Art. 65 EGV gibt dem Rat die Kompetenz, Rechtsakte zur Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke, zur Zusammenarbeit bei der Erhebung von Beweismitteln und zur Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher und aussergerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen sowie zur Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen und Vorschriften zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten zu erlassen. In der Literatur wurde in der Folge von einer *Kompetenzrevolution* gesprochen.¹² Seitdem wird diese Kompetenz trotz nach wie vor grundsätzlich bestehender Bedenken an der Qualität der Rechtsgrundlage im EGV von Rat, Parlament und Kommission weitreichend genutzt. Dies hat in einem ersten Schritt zu einer *Vergemeinschaftung* bereits bestehender oder sich in Entwicklung befindlichen Übereinkommen geführt, die zunehmend als Verordnung erlassen werden.¹³ So wurden das EuGVÜ in revidierter Fassung als EG-Verordnung Nr. 44/2001 („Brüssel I“, EuGVO), die Verordnung Nr. 1347/2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen („Brüssel II“, EheVO), die Europäische Insolvenzverordnung Nr. 1346/2000 (EuInsVO), die Europäische Zustellungsverordnung Nr. 1348/2000 (EuZustVO) und die Europäische Beweisaufnahmeverordnung Nr. 1206/2001 (EuBVO) erlassen.

Die Bemühungen der Kommission sind damit aber noch nicht beendet: Aktuell gibt es Bemühungen zur Schaffung eines *Europäischen Vollstreckungstitels*, der als Titel eines Mitgliedstaates ohne vorherige Vollstreckbarerklärung in anderen Mitgliedstaaten vollstreckbar sein soll. Der vorlie-

³ LIMBACH, EuGRZ 2000, 417; zu Fällen, in denen der EGMR vom BVerfG abweichend entschied PEUKERT, RabelsZ 63 (1999), 600, 602.

⁴ MATSCHER, FS Neumayer, 1985, 459; DERS., ZZP 103 (1990), 294, 316 ff.; DERS., IPRax 2001, 428.

⁵ S. WOLF, FS Söllner, 2000, 1279; SCHUMANN, FS Schwab, 1990, 449; VOLLKOMMER, FS Bruns 1980, 105.

⁶ Es erfolgt keine Beschränkung auf zivil- oder strafrechtliche Verfahren, vgl. PACHE, EuGRZ 2001, 602, 603.

⁷ SPELLENBERG, EuR 1980, 329 hielt den Begriff schon 1980 für treffend.

⁸ H.M., zum Meinungsstand MüKo-ZPO/GOTTWALD, 2. Aufl. 2001, Bd. 3, EuGVÜ, vor Art. 1 RN 23; SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2003, Einl. RN 25 (für Primärrecht).

⁹ Zum Ratifikationsstand im Jahr 2000/2001 vgl. MüKo-ZPO/GOTTWALD, EuGVÜ, vor Art. 1 RN 6 ff.; Nachweise bei JAYME/HAUSMANN, Internationales Privat- und

Verfahrensrecht, 10. Aufl. 2000, 321 (N 150); JAYME/KOHLER, IPRax 2000, 454, 459.

¹⁰ Vertrag von Amsterdam vom 2. 10. 1997 zur Änderung des Vertrags über die EU, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte (BGBl. II 1999, 296).

¹¹ Dazu NAGEL/GOTTWALD, IZPR, 5. Aufl. 2003, § 3 RN 6.

¹² MANSEL in: MANSEL (Hrsg.), Vergemeinschaftung des Europäischen Kollisionsrechts, 2001, 1, 3.

¹³ BESSE, ZEuP 7 (1999), 107; MÜLLER-GRAFF/KAINER, DRiZ 2000, 350; LEIBL/STAUDINGER, EuLF 2000/01, 225. Skizze der Entwicklung bei GEIMER, IPRax 2002, 69; R. WAGNER, IPRax 2002, 75; DERS., NJW 2003, 2344. Zur Wahl dieser Rechtsform R. WAGNER, NJW 2003, 2344, 2345; RECHBERGER, FS Németh, 2003, 715, 719 ff.

gende Vorschlag sieht den Anwendungsbereich zunächst bei unbestrittenen Forderungen.¹⁴ Ein Europäischer Vollstreckungstitel für Unterhaltsforderungen wird z.Zt. vorbereitet.¹⁵ Darüber hinaus liegen Grünbücher der Kommission über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht und zu Massnahmen zur einfacheren und schnelleren Beilegung von Streitigkeiten mit geringem Streitwert vor. Mit der Umsetzung in konkrete Rechtsakte wird 2004 gerechnet.¹⁶

Angesichts dieser rasanten Neuerungen ist es erforderlich, die Einwirkung der EMRK hierauf zu untersuchen. Dazu wird im folgenden zunächst geprüft, wie bisher der Einfluss gestaltet war, der von der EMRK auf den Europäischen Zivilprozess ausging (III). Sodann wird erörtert, wie sich dieser Einfluss aufgrund der Aufnahme einer Art. 6 Abs. 1 EMRK entsprechenden Bestimmung in die Europäischen Grundrechtscharta und einem eventuellen Beitritt der EU zur EMRK verändern würde (IV). Abschliessend sind Elemente der verschiedenen Rechtsakte des Europäischen Zivilprozessrechts vor und nach Amsterdam an der EMRK bzw. dem neuen Verfahrensgrundrecht der Grundrechtscharta zu prüfen (V).

III. Bindung des Europäischen Zivilprozesses durch die EMRK

Im Folgenden wird die Bindung des europäischen Zivilprozesses untersucht. Wenn von einer Bindung die Rede ist, so bezieht sich dies zum einen auf die Feststellung eines Bindungsadressaten und zum anderen auf die dogmatische Herausarbeitung der Qualität dieser Bindung.

1. Bindungsadressat

Bindungsadressaten der EMRK sind in erster Linie die Gerichte der Mitgliedstaaten der EMRK.¹⁷ Die Mitgliedstaaten der EMRK sind gleichzeitig alle Mitgliedstaaten der EU.¹⁸ Die EMRK hat in Deutschland nach h.M. wie in den meisten anderen Vertragsstaaten auch, den Rang einfachen Rechts,¹⁹ während sie z.B. in Österreich Verfassungsrang besitzt.²⁰

Daneben besteht die Frage, wie der EuGH bzw. das Gericht erster Instanz (EuG) gebunden sind bzw. wie die Einwirkung der EMRK auf deren Rechtsprechung dogmatisch erklärt werden kann.

2. Qualität der Bindung

Die Bindung durch die EMRK kann eine *unmittelbare* sein, indem aus Art. 6 Abs. 1 EMRK ausdrückliche oder durch die Rechtsprechung der KOM und des alten EGMR bis 1998 und des neuen EGMR²¹ anerkannte Verfahrensgarantien abgeleitet werden. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die EMRK keineswegs das Ziel hat, nationales oder internationales Verfahrensrecht im Einzelnen auszugestalten. Dies ist Sache der Vertragsstaaten, wobei ihnen eine Ermessensspielraum (*margin of appreciation*) zuzubilligen ist.²² Gleiches hat in Zukunft auch für den europäischen Gesetzgeber zu gelten.²³ Der EGMR überwacht lediglich die Einhaltung der Grenzen, indem das Ergebnis der Rechtsanwendung am Massstab der Konvention überprüft wird.²⁴

Die Bindung kann aber auch *mittelbar* erfolgen, indem aus bestimmten konventionsgeschützten Rechten, die in die Zuständigkeit der Zivilgerichte fallen, Verfahrensrechte gebildet werden, um die Wirksamkeit dieser Rechte im Verfahren zu gewährleisten. So lässt sich darüber nachdenken, ob aus der Verfügungsfreiheit über materielle Rechte, die durch Art. 1

¹⁴ Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, von der Kommission vorgelegt am 18. 4. 2002, KOM (2002) 159. Der Rat der EU hat am 6. 2. 2004 einen Gemeinsamen Standpunkt beschlossen, Interinstitutionelles Dossier 2002/0090 (COD) 16041/1/03, REV 1, JUSTCIV 269, CODEC 1805; s. zur Entwicklung R. WAGNER, IPRax 2002, 75; DERS., NJW 2003, 2344, 2346; JAYME/KOILER, IPRax 2002, 461, 465; GEIMER, FS Németh, 2003, 231; 237; RECHBERGER, FS Németh, 715, 729.

¹⁵ R. WAGNER, NJW 2003, 2344, 2347.

¹⁶ Nachweise bei R. WAGNER, NJW 2003, 2344, 2347 (FN 50–52).

¹⁷ PEUKERT, RabelsZ 63 (1999), 600, 602.

¹⁸ SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, Einl. RN 32; MATSCHER, IPRax 2001, 428; ZULLEGG, EuGRZ 2000, 511.

¹⁹ ELLGER, RabelsZ 63 (1999), 625, 631 m.w.N. zum Meinungsstreit.

²⁰ VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 1999, 43.

²¹ Zur Reform MEYER-LADEWIG/PETZOLD, NJW 1999, 1165.

²² FROWEIN, EuGRZ 1980, 237; MATSCHER, FS Neumayer, 1985, 459, 461.

²³ MATSCHER, IPRax 2001, 428, 431.

²⁴ MATSCHER, FS Neumayer, 459, 461 f.

Abs. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK²⁵ gewährleistet wird, die zivilprozessuale Dispositionsmaxime abzuleiten ist.²⁶ Wenn Art. 12 EMRK das Recht auf Eheschliessung garantiert, so stellt sich die Frage, ob man daraus eine Verpflichtung der Gerichte zur Anerkennung von Ehescheidungen ableiten kann.²⁷ Art. 8 EMRK schützt das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Dieses Recht kann die Verwertung von Beweismitteln, die unter Missachtung dieses Rechts erlangt sind, im Zivilprozess ausschliessen.²⁸

3. Doppelbindung der Staaten

Die EU-Mitgliedstaaten sind einerseits an das Europäische Primärrecht und die Europäischen Rechtsakte gebunden (Art. 249 EGV) und andererseits Vertragsstaaten der EMRK. Aus dieser doppelten völkerrechtlichen Bindung könnte sich ein Dilemma ergeben, weil sich diese Staaten möglicherweise durch den Abschluss zweier völkerrechtlicher Verträge in eine Zwickmühle manövriert haben: Durch Übertragung nationaler Befugnisse auf die Europäischen Gemeinschaften verliert der Staat nicht seine Verantwortlichkeit aus der völkervertraglichen Verpflichtung durch Abschluss der EMRK. Ein Staat, der mehrere völkerrechtliche Verträge abschliesst (EMRK und EGV) bleibt für Verstösse gegen den früheren Vertrag (EMRK) verantwortlich, wenn ihm der spätere Vertrag die Erfüllung des früheren unmöglich macht.²⁹ Der Gerichtshof in Strassburg entschied zwar, dass Beschwerden von einzelnen Bürgern gegen einen EU-Mitgliedstaat, die materielle Akte des Gemeinschaftsrechts betreffen, solange unzulässig sind, als auf EU-Ebene ein effektiver und gleichwertiger Grundrechtsschutz zur Verfügung steht.³⁰ Zweifelhaft ist aber, ob sich so alle Kollisionsprobleme lösen lassen.

²⁵ Vom 20. 3. 1952, BGBl. II 1956, 1880.

²⁶ S. NÖRR, *Naturrecht und Zivilprozess*, 1976, 43 f.

²⁷ GEIMER/SCHÜTZE, *Internationale Urteilsanerkennung I*, 1983, 1359 f.; MATSCHER, FS Neumayer, 459, 470.

²⁸ WOLF, FS Söllner, 1279, 1293.

²⁹ EGMR, YB 2, 256, 300; WINKLER, EuGRZ 2001, 18; MATSCHER, IPRax 2001, 428, 429. S. auch GIEGERICH, ZaöRV 1990, 836, 861; PEUKERT, *RabelsZ* 63 (1999), 600, 602.

³⁰ EGMR, DR 64, 138; KRÜGER/POLAKIEWICZ, EuGRZ 2001, 92, 96; GIEGERICH, ZaöRV 1990, 836.

4. Bisherige Berücksichtigung der EMRK als Erkenntnisquelle durch den EuGH

Die Europäische Union ist bisher durch die EMRK völkerrechtlich nicht gebunden, da sie ihr nicht beigetreten ist und nach Ansicht des EuGH mangels Rechtsgrundlage auch nicht beitreten konnte.³¹ Deshalb unterliegen EG-Organe in ihrem Handeln nicht der Kontrolle durch den EGMR; das Verfahren vor dem EuGH wird nicht durch den EGMR nachgeprüft. Durch den Entwurf eines Vertrages für eine Europäische Verfassung strebt die EU nunmehr den Beitritt zur EMRK an (Art. 7 Abs. 2).

Der EuGH nutzt aber seit längerem die EMRK neben den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten als Erkenntnisquelle für die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, die er selbst zu sichern hat und leitet daraus auch einen Anspruch auf ein faires Verfahren ab.³² In der Literatur wurde die EMRK bereits als *Bill of Rights* Europas bezeichnet.³³ Dabei ist augenfällig, dass der EuGH die vom EGMR vorgenommene Auslegung weitgehend unverändert und rücksichtsvoll in das Gemeinschaftsrecht transferiert.

In der für das Verfahrensrecht bedeutsamen *Krombach*-Entscheidung führt der EuGH aus, dass die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehörten, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat. Darin hat er selbst die Grenzen des verfahrensrechtlichen europäischen *ordre public* unter Rückgriff auf Art. 6 Abs. 1 EMRK fixiert und die Freizügigkeit eines Urteils aufgrund des Verstosses gegen diesen gemeinschaftsrechtlichen Schutzstandard verhindert. Dabei lässt 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 sind. In diesem Rahmen kommt der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) besondere Bedeutung zu.³⁴

³¹ Gutachten 2/94 vom 28. 3. 1996 gemäss Art. 228 EGV, Slg. 1996, I-1759; dazu ALBER/WIDMAIER, EuGRZ 2000, 497, 504; CALLEWAERT, EuGRZ 2003, 198, 202; MATSCHER, IPRax 2001, 428, 429.

³² Nachweise bei KRÜGER/POLAKIEWICZ, EuGRZ 2001, 92, 97 (FN 36; WILDHABER, EuGRZ 2002, 569, 573; FROWEIN/PEUKERT, EMRK, 2. Aufl. 1996, Einl. RN 14 a.E.; WOLF, FS Söllner, 1279, 1280; SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, Einl. RN 32; MATSCHER, IPRax 2001, 428; ZULEEG, EuGRZ 2000, 511.

³³ KRÜGER/POLAKIEWICZ, EuGRZ 2001, 92, 94.

³⁴ EuGH, EuGRZ 2000, 160, 161 (*Krombach* ./ *Bamberski*). JAYME, *Nationaler ordre public und europäische Integration, Betrachtungen zum Krombach Urteil des EuGH*, 2000; GUNDEL, EWS 2000, 442; HESS, IPRax 2001, 301; GEIMER, ZIP 2000,

Die grundlegende Bestätigung dieser Rechtsprechung ist inzwischen durch Art. 6 Abs. 2 EUV erfolgt.³⁵ Art. 6 Abs. 2 EUV verweist aber lediglich auf die aus der EMRK abgeleiteten allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts und nicht direkt auf die EMRK. Ob durch Art. 6 Abs. 2 EUV eine über diese Bestätigung hinausgehende Bindung erfolgt, ist umstritten.³⁶ Sicher scheint inzwischen, dass sich der EuGH grundsätzlich *materiell* an die EMRK binden will, was in dem Begriff der *Achtung* zum Ausdruck kommt.³⁷

Wenn die EMRK auch *Erkenntnisquelle* sein mag, so ist sie bisher doch nicht *Rechtsquelle* des Gemeinschaftsrechts. Das Handeln der Gemeinschaftsorgane selbst kann nicht unmittelbar erzwungen werden. Eine formelle Bindung ist auch durch Art. 6 Abs. 2 EUV nicht erstrebt. Wie das Verhältnis der Rechtsprechung von EGMR und EuGH in Grundrechtsfragen in Zukunft gestaltet sein wird, insbesondere, ob der EuGH auf Dauer bereit ist, den Primat des EGMR anzuerkennen, ist z.Zt. offen.³⁸

IV. Qualität der Bindung durch die Grundrechte-Charta

Dies könnte sich in Zukunft ändern. Art. 47 Abs. 2 der Europäischen Grundrechte-Charta übernimmt im wesentlichen Art. 6 Abs. 1 EMRK. An die Bestimmung in der Charta wären die Organe der Gemeinschaft unmittelbar gebunden. Damit verbunden ist der Versuch, eine grundsätzlich kohärente Rechtsprechung von EuGH und EGMR zu sichern. Durch Art. 52 Abs. 3 Grundrechte-Charta soll eine Äquivalenz der in der Charta enthaltenen Rechte und der durch den EGMR entwickelten festgeschrieben wird.³⁹ Art. 52 Abs. 3 der Grundrechte-Charta sieht vor, dass keine Bestimmung der Charta als Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten ausgelegt werden darf, die in internationalen Verträgen wie

863; MATSCHER, IPRax 2001, 428. Urteil des EGMR in der gleichen Sache vom 13. 2. 2001. No. 29731/96, IPRax 2001, 454.

³⁵ LIMBACH, EuGRZ 2000, 417, 419; MATSCHER, IPRax 2001, 428; GEIMER, ZIP 2000, 863, 864.

³⁶ GRABITZ/HILF, Kommentar zur Europäischen Union, Art. F EuV RN 26 ff.

³⁷ GRABITZ/HILF, Kommentar zur Europäischen Union, Art. F EuV RN 32; HOFFMANN-RIEM, EuGRZ 2002, 473, 478.

³⁸ HOFFMANN-RIEM, EuGRZ 2002, 473, 478; KRÜGER/POLAKIEWICZ, EuGRZ 2001, 92, 99.

³⁹ HOFFMANN-RIEM, EuGRZ 2002, 473, 480; KRÜGER/POLAKIEWICZ, EuGRZ 2001, 92, 99.

insbesondere der EMRK garantiert sind. Art. 52 Abs. 3 solle eine Harmonisierung korrespondierender Rechte ermöglichen: soweit die Charta Rechte enthält, die den durch die Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Rechten entsprechen, haben sie die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen wird.

Bei der generalklauselartigen Weite von Bestimmungen wie Art. 6 Abs. 1 EMRK und künftig auch Art. 47 Abs. 2 der Grundrechte-Charta kommt der diese auslegenden und bestimmenden Rechtsprechung entscheidende Bedeutung zu.⁴⁰ Eine unmittelbare Bindung an die Rechtsprechung des EGMR ist in der Charta nicht angeordnet. Der in den Beratungen diskutierte Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR in Art. 52 Abs. 3 wurde nicht realisiert.⁴¹ In der Präambel der Charta findet man allerdings den Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR. Danach bekräftigt die Charta die Rechte, die sich [...] aus der Rechtsprechung des Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergeben. Ob damit eine übereinstimmende Auslegung der wortgleichen Bestimmungen garantiert wird, darf bezweifelt werden. Die Stellung des Hinweises in der Präambel, die Formulierung und die gleichrangige Nennung der Rechtsprechung des EuGH sprechen wohl gegen eine direkte Bindung. Zu Recht ist bereits darauf hingewiesen worden, dass EMRK und Grundrechtecharta als jeweils eigenständige Normen auch auf der Grundlage der mit ihnen verfolgten Ziele auszulegen sind.⁴² Dahinter kann der (weitgehend gleiche) Wortlaut der Art. 6 Abs. 1 EMRK und des Art. 47 Abs. 2 der Grundrechte-Charta im Einzelfall zurücktreten. Die bisherigen Fälle divergierender Rechtsprechung bestätigen dies.⁴³ Dadurch werden die durch den EGMR entwickelten Rechte unter Berücksichtigung von Struktur und Zielen der Gemeinschaftsverträge in der Rechtsprechung des EuGH durchaus modifiziert werden können. Die Zahl der Abweichungen der Rechtsprechung von EuGH, der in Zukunft stärker mit grundrechtsrelevanten Fragen betraut sein wird, und EGMR,⁴⁴ dürfte in Zukunft grösser werden. Dies wird neben der überwiegend erreichten inhaltlichen auch eine prozedurale Kohärenz erforderlich machen.⁴⁵

⁴⁰ MATSCHER, FS Neumayer, 459, 461.

⁴¹ CALLEWAERT, EuGRZ 2003, 198, 199.

⁴² KRÜGER/POLAKIEWICZ, EuGRZ 2001, 92, 98.

⁴³ Ausführlich mit Beispielen aus der Rechtsprechung KRÜGER/POLAKIEWICZ, EuGRZ 2001, 92, 97 ff.; FROWEIN/PEUKERT, EMRK, Einl. RN 14 a.E.

⁴⁴ Nachweise bei KRÜGER/POLAKIEWICZ, EuGRZ 2001, 92, 97 f.

⁴⁵ PACHE, EuGRZ 2001, 601, 606; KRÜGER/POLAKIEWICZ, EuGRZ 2001, 92, 100; HOFFMANN-RIEM, EuGRZ 2002, 473.

Im Grundsatz muss man aber konzedieren, dass die EMRK durch Art. 52 Abs. 3 der Grundrechte-Charta und des Hinweises in der Präambel von einer Erkenntnisquelle zu einer Rechtsquelle des EU-Rechts mutiert ist.⁴⁶ Die dargestellte Möglichkeit abweichender Rechtsprechung ändert daran nichts.

V. Prüfung von Einzelfragen

Auf der Grundlage der Einordnung der EMRK als Rechtsquelle des Europäischen Verfahrensrechts sind im folgenden Einzelfragen des Internationalen Zivilprozessrechts zu erörtern und auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 der Grundrechte-Charta zu untersuchen, ohne dabei den Anspruch auf eine auch nur annähernd abschließende Darstellung zu erheben.

Art. 6 Abs. 1 EMRK nennt die folgenden vier Verfahrensgarantien: (1) eines Anspruchs auf eine Entscheidung durch ein unabhängiges und unparteiliches, auf Gesetz beruhendes Gericht, (2) eines Anspruchs auf ein faires Verfahren (das den Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet); (3) eines Anspruchs auf eine (grundsätzlich) öffentliche Verhandlung und Entscheidungsverkündung und (4) eines Anspruchs auf eine Entscheidung innerhalb angemessener Fristen.⁴⁷

Wenngleich die meisten Entscheidungen des EGMR zu verfahrensrechtlichen Fragen ergangen sind,⁴⁸ sind naturgemäss in der Rechtsprechung nicht alle Fragen entschieden. Insofern sind die in Art. 6 Abs. 1 EMRK genannten Verfahrensgarantien auf weitere Fallgestaltungen anzuwenden, die bisher weder von der Kommission oder dem Gerichtshof entschieden wurden. Die Ergebnisse könnten in der Zukunft für die Anwendung des Art. 47 Abs. 2 der Grundrechte-Charta Bedeutung erlangen.

1. Justizgewährung

Der Justizgewährungsanspruch für Verfahren in Europa wird von der ganz h.M. in Art. 6 Abs. 1 EMRK fixiert, ohne dass es auf nationale Ableitungs-

⁴⁶ So ohne Einschränkung CALLEWAERT, EuGRZ 2003, 198, 200.

⁴⁷ MATSCHER, ZöR 31 (1980), 1; RECHBERGER in: GOTTWALD (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Zivilprozessrechts, 2002, 1, 5; WOLF, FS Söllner, 1279, 1280.

⁴⁸ FROWEIN/PEUKERT, EMRK, Art. 6 RN 3.

oder Begründungsversuche der Vertragsstaaten ankommt.⁴⁹ Immunität ist eine auf allgemeinem Völkerrecht beruhende Beschränkung der inländischen Gerichtsbarkeit, die auf der Unabhängigkeit, Gleichheit und der Würde der Staaten beruht.⁵⁰ Die Immunität ausländischer Staaten ist völkervertraglich geregelt im Europäischen Übereinkommen über die Staatenimmunität vom 16.5.1972,⁵¹ für Mitglieder diplomatischer Missionen gilt in Deutschland § 18 GVG, der auf das Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen vom 18. 4. 1961 verweist.⁵² Für Mitglieder konsularischer Vertretungen gilt § 19 GVG unter Verweis auf das Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen vom 24. 4. 1963.⁵³

Die Immunität kann im Einzelfall dem Gläubiger sowohl im Erkenntnis- als auch im Zwangsvollstreckungsverfahren den Zugriff auf einen Schuldner verweigern. Die Ausgestaltung und Anwendung der nationalen Regeln über die Gerichtsbarkeit wurden jedoch wiederholt als mit der EMRK vereinbar angesehen.⁵⁴ Das Recht auf Zugang zu einem Gericht ist nicht absolut, sondern verlangt seiner Natur nach nach gesetzlicher Ausgestaltung, wobei den Staaten ein Beurteilungsspielraum zukommt, dessen Einhaltung der Gerichtshof überwacht.⁵⁵ So befand die KOM, dass es Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht verletzt, wenn eine Klage wegen angeblich verleumderischer Äusserungen eines Parlamentsabgeordneten aufgrund dessen Immunität als unzulässig abgewiesen wird.⁵⁶ Der EGMR entschied 1999, dass das in Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährte Recht auf Zugang zu einem Gericht zwar beschränkt, aber nicht in seinem Wesensgehalt angetastet werden dürfe. Dabei hielt es die Abweisung einer Klage gegen die Europäische Weltraumorganisation (ESA) wegen § 20 Abs. 2 GVG für mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar.⁵⁷

⁴⁹ MATSCHER, ZöR 31 (1980), 1, 12 f.; FROWEIN in: FROWEIN/ULSAMER (FN 2), 9, 11 f.; RECHBERGER in: GOTTWALD (FN 47), 1, 5; STEIN/JONAS/BREHM, ZPO, 22. Aufl. 2002, vor § 1 RN 286; PFEIFFER, Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit, 1995, 347 (zur Frage, ob aus dem EuGVÜ ein Justizgewährungsanspruch folgt, 348 ff.).

⁵⁰ NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 2 RN 2, 6.

⁵¹ BGBl. II 1990, 34; GEIMER, IZPR, 4. Aufl. 2001, RN 666.

⁵² BGBl. II 1964, 957; NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 2 RN 51 ff.

⁵³ BGBl. II 1969, 1585; NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 2 RN 63 ff.

⁵⁴ MATSCHER, ZöR 31 (1980), 1, 20; FROWEIN/PEUKERT, EMRK, Art. 6 RN 62 a.E.

⁵⁵ EGMR, NJW 1999, 1173, 1174 (Waite und Kennedy gegen Deutschland); PEUKERT, RabelsZ 63 (1999), 600, 608.

⁵⁶ EKMR, CD 29, 29.

⁵⁷ EGMR, NJW 1999, 1173, 1175 (Waite und Kennedy).

2. Zuständigkeit

a) Bewertung der Zuständigkeitsinteressen

Die internationale Zuständigkeit der Mitgliedstaaten Europas ist seit 1. 3. 2003 durch die Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsverordnung (EuGVO) geregelt, die das EuGVÜ abgelöst hat (Art. 68, 76 EuGVO). Lediglich im Verhältnis zu Dänemark gilt das EuGVÜ fort.⁵⁸ Mit den damaligen EFTA-Staaten besteht ein zum EuGVÜ paralleles Übereinkommen von Lugano vom 16. 9. 1988, das diese Staaten in das durch das EuGVÜ geschaffene System einbinden sollte.⁵⁹ Sowohl die Übereinkommen als auch die EuGVO gehen von einem System direkter Zuständigkeiten aus: Ihre Regeln verdrängen in ihrem Geltungsbereich nationales Recht.⁶⁰ Die Auslegung der EuGVO ist gem. Art. 68 Abs. 1 EGV Sache des EuGH. Vorlagepflicht sind nur noch letztinstanzliche Gerichte, in Deutschland der BGH.⁶¹

Die EuGVO folgt der Grundregel: *actor sequitur forum rei*, um dem Beklagten die Verteidigung zu erleichtern.⁶² Diese Grundregel ist weder selbstverständlich noch naturrechtlich oder völkerrechtlich vorgegeben.⁶³ Überwiegend wird sie damit begründet, dass sich der Beklagte gegenüber dem Kläger in einer schützenswerten Verteidigerposition befindet.⁶⁴ Dies ist bei einer rein prozessualen Betrachtungsweise richtig. Berücksichtigt wird aber nicht die materiellrechtliche Ausgangslage der Parteien.

Für Personen mit Wohnsitz bzw. Sitz in einem Vertragsstaat ist als allgemeiner internationaler Gerichtsstand die Zuständigkeit dieses Vertragsstaats vorgesehen (Art. 2 Abs. 1 EuGVO), ohne dass es auf die Staatsange-

⁵⁸ Erwägungsgrund 22 der EuGVO. Dänemark wirkt gem. Art. 1, 2 des dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften beigefügten Protokolls über die Position Dänemarks an der Annahme dieser VO nicht mit. Diese ist für Dänemark nicht verbindlich und kann ihm gegenüber nicht angewendet werden (Erwägungsgrund 21 der EuGVO).

⁵⁹ SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, Einl. RN 14; zu Vertragsstaaten und Ratifikationsstand NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 3 RN 5. Soweit im Folgenden kein besonderer Hinweis erfolgt, gelten die Ausführungen zur EuGVO ebenso für das EuGVÜ und das LGVÜ.

⁶⁰ NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 3 RN 9.

⁶¹ Zur Auslegung der EuGVO und zur Vorlageberechtigung NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 1 RN 66; zu Auslegung und Vorlageberechtigung des EuGVÜ und zur Vorlageberechtigung NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 3 RN 22.

⁶² EuGH, NJW 2000, 3121 (dazu STAUDINGER, 483).

⁶³ PFEIFFER (FN 49), 599; GEIMER, IZPR, RN 1138.

⁶⁴ SCHACK, IZVR, 3. Aufl. 2002, RN 192.

hörigkeit der Parteien ankäme.⁶⁵ Die besonderen Gerichtstände sind jedoch meist als Klägergerichtsstände ausgestaltet. Sie sind aber regelmässig durch den EuGH zurückhaltend ausgelegt worden, um den Geltungsanspruch des umfassenden Beklagtengerichtsstands in Art. 2 Abs. 1 EuGVO zu wahren. Keinesfalls soll dem Kläger generell ein Gericht an seinem Wohnsitz zur Verfügung stehen.⁶⁶ Zu diesem Zweck werden sog. *exorbitante Gerichtsstände* ausgeschlossen (Art. 3 Abs. 2 EuGVO).

Die Entscheidung zugunsten des Beklagtengerichtsstands ist mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar. Die Ausgestaltung einer internationalen Zuständigkeitsordnung zur Sicherung eines fairen Verfahrens verlangt die Berücksichtigung und den angemessenen Ausgleich der Interessen der Parteien des Rechtsstreits.⁶⁷ Die Entscheidung zugunsten der Beklagteninteressen berücksichtigt dies, indem der Beklagte vor unangemessener Gerichtsgewalt geschützt wird.⁶⁸ Der Anspruch des Klägers auf Effektivierung seines in Art. 6 Abs. 1 EMRK enthaltenen Grundrechtsschutzes wird dadurch nicht wesentlich eingeschränkt, weil eine Klage am Lebensmittelpunkt des Beklagten in den meisten Fällen einen vollstreckungsrechtlichen Zugriff auf dessen Vermögen gewähren dürfte. Zudem werden in Art. 5 ff. EuGVO besondere Zuständigkeiten aufgeführt, die auch seine Interessen berücksichtigen und dem Kläger zur Wahl eines Forums dienen. Klägergerichtsstände werden durch Art. 6 Abs. 1 EMRK keinesfalls erzwungen.⁶⁹ Über den Ausgleich von Kläger- und Beklagteninteressen bei der Ausgestaltung von Zuständigkeitsvorschriften kann man trefflich streiten. Wenngleich Art. 6 Abs. 1 EMRK eine äussere Grenze für die Ausgestaltung des internationalen Zuständigkeitsrechts bilden mag, verlangt er doch nicht eine bestimmte Entscheidung, sondern überlässt innerhalb des weit gesetzten Rahmens internationaler Zuständigkeitsgerechtigkeit die Gewichtung dem jeweiligen Normsetzer.⁷⁰

Ob Art. 6 Abs. 1 EMRK die *Einführung exorbitanter Zuständigkeiten* begrenzt, ist umstritten. Diese in Art. 3 Abs. 2 EuGVO geächteten Zuständigkeiten können die Beklagteninteressen an einem Forum, das keine reale Nähebeziehung zum Streit hat, beeinträchtigen und insoweit gegen den

⁶⁵ GEIMER, FS Németh, 231. Das französische Recht kennt einen Gerichtsstand für französische Staatsangehörige (Art. 14 Code Civil).

⁶⁶ Wohnsitzgerichtstände enthalten z.B. das niederländische (Art. 126 Abs. 3 niederl. R.V.) und das belgische Recht (Art. 638 belgisch. B.W.).

⁶⁷ GEIMER, IZPR, RN 250b.

⁶⁸ Ebenso PFEIFFER (FN 59), 583.

⁶⁹ MATSCHER, ZöR 31 (1980), 1, 20.

⁷⁰ PFEIFFER (FN 49), 584; GEIMER, IZPR, RN 250b a.E.; MATSCHER, IPRax 2001, 428, 433.

Grundsatz eines fairen Verfahrens verstossen.⁷¹ Dagegen sind jedoch die Klägerinteressen im Einzelfall abzuwägen. Dieser kann bei einer Auslandsklage auf derartige, über die normalen Schwierigkeiten der Rechtsverfolgung im Ausland⁷² hinausgehenden, Probleme treffen, die die Möglichkeit einer Klage im Inland aufgrund exorbitanter Zuständigkeitsvorschriften rechtfertigen können.⁷³ Die Grenze der Zulässigkeit derartiger Gerichtsstände ist wohl erst dort erreicht, wo im Einzelfall effektiv keine Nähebeziehung des Streits zum Forum gegeben ist, so dass die staatliche Inanspruchnahme der Jurisdiktion als missbräuchlich angesehen werden muss.⁷⁴

b) Gerichtsstandsvereinbarungen

aa) Internationale Regelungen

Soweit ersichtlich kennen alle internationalen Zuständigkeitsordnungen das Institut der Gerichtsstandsvereinbarung (*forum prorogatum*),⁷⁵ das seine Ursprünge im römischen Recht hat.⁷⁶ Zu nennen sind z.B. § 104 JN, Art. 5 IPRG, Art. 48 NCPC, Art. 28, 29 ital. IPRG (1995). Aber auch dem englischen⁷⁷ und dem US-amerikanischen Recht⁷⁸ sind Gerichtsstandsvereinbarungen bekannt, ebenso sind sie in Staatsverträgen verbreitet. Zunächst findet man Regelungen im Haager Übereinkommen über einheitliche Regeln über die Gültigkeit und die Wirkungen der Gerichtsstandsvereinbarungen vom 25. 11. 1965⁷⁹ und im Haager Übereinkommen über den Gerichts-

⁷¹ SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, Einl. RN 32; MATSCHER FS Neumayer, 459, 467; PFEIFFER (FN 49), 584.

⁷² Hierzu SCHÜTZE, Rechtsverfolgung im Ausland, 2. Aufl. 1998, 29 ff.

⁷³ GEIMER, IZPR, RN 1349.

⁷⁴ Im Ergebnis ebenso MATSCHER FS Neumayer, 459, 467.

⁷⁵ Ebenso LEIPOLD in: GOTTWALD (HRSG.), Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa, Symposium Schwab, 2000, 51, 72.

⁷⁶ SCHRÖDER, Internationale Zuständigkeit, 1971, 405.

⁷⁷ F.E. SANDROCK, Die Vereinbarung eines „neutralen“ internationalen Gerichtsstandes, Diss. Konstanz 1997, 159 ff.

⁷⁸ SCOLES/HAY/BORCHIERS/SYMEONIDES, Conflict of Laws, 3. Aufl. 2000, 466 ff.; JUENGER, *RabelsZ* 35 (1971), 284, 288 ff.; HEIDENBERGER, *RIW/AWD* 1981, 374; OCHSENFELD, *RIW* 1995, 633; BOEHMER/JANDER, *RIW/AWD* 1972, 449.

⁷⁹ Abgedruckt in *AJCompL* 13 (1964), 629 (engl. Text); *RabelsZ* 30 (1966), 730 (franz. Text). Zum Übereinkommen s. ARNOLD, *RIW/AWD* 1965, 205 ff.; GRAVESON, *ICLQ* 14 (1965), 528 ff.; LAGARDE, *Rec.crit.dr.int.pr.* 54 (1965), 249 ff.; PANCHAUD, *Schw.Jb.Int.R.* 22 (1965), 14 ff. Dieses ist bisher nicht in Kraft getreten.

stand beim internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 15. 4. 1958 sowie in weiteren Staatsverträgen.⁸⁰

Die wichtigste europäische Vorschrift ist heute Art. 23 EuGVO, der Art. 17 EuGVÜ/LGVÜ entspricht. Wird heute ein potentiell derogiertes Gericht angerufen, so hat es zu prüfen, ob Art. 23 EuGVO eingehalten ist und sich nach Art. 26 EuGVO für unzuständig zu erklären. Erfolgt die Klage am potentiell derogierten Gericht nach Klageerhebung am *forum prorogatum*, so ist das zuletzt angerufene Gericht nach Art. 27 EuGVO verpflichtet, das Verfahren bis zur Klärung der Zuständigkeit des ersten Gerichts auszusetzen und sich für unzuständig zu erklären, sobald das Erstgericht seine Zuständigkeit bejaht.

bb) Berücksichtigung der Anerkennungsfähigkeit der Entscheidung

Unter Hinweis auf Art. 6 Abs. 1 EMRK ist die Frage gestellt worden, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung unwirksam ist, wenn die am *forum prorogatum* ergangene Entscheidung mit Sicherheit im Inland nicht anerkannt wird.⁸¹ Ob die Anerkennungs- und Vollstreckungsmöglichkeiten der am *forum prorogatum* erlangten Entscheidung zu berücksichtigen sind, ist streitig. Zum Teil wird angenommen, die Parteien handelten insoweit auf eigene Gefahr.⁸² Andere sehen in der Berücksichtigung der Anerkennungs- und Vollstreckungsmöglichkeit einen zu grossen Aufwand für das angeblich derogierte Gericht und eine für den Rechtsverkehr unerträgliche Rechtsunsicherheit über den Bestand von Derogationen.⁸³ Die Gegenmeinung will die Derogation zumindest dann nicht anerkennen, wenn der Beklagte allein im Inland, nicht aber am *forum prorogatum* oder einem Drittstaat über Vermögen verfügt.⁸⁴

⁸⁰ S. die schon bei HELDRICH, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, 1969, 137 f. genannten Staatsverträge. Zum Haager Übereinkommen über den Gerichtsstand beim internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 15. 4. 1958, das ebenfalls nicht in Kraft getreten ist, s. F.E. SANDROCK (FN 77), 262 ff.

⁸¹ MATSCHER, *ZöR* 31 (1980), 1, 22.

⁸² SCHACK, *IZVR*, RN 449.

⁸³ KROPHOLLER, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, Bd. I, 1982, Kap. III, RN 558; REISER, *Gerichtsstandsvereinbarungen nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen*, 1995, 75.

⁸⁴ OGH, *EvBl.* 1967 N. 440; OGH, *EvBl.* 1960 N. 259; GOTTWALD, FS Firsching, 1985, 89, 99; WALCHSHÖFER, *ZZP* 88 (1975), 321, 324. Zur Frage, ob die Effektivität der Rechtsverfolgung im Ausland unter Kategorien des allgemeinen Vertragsrechts oder als eigene zuständigkeitsrechtliche Erwägung zu prüfen ist, vgl. KROPHOLLER, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, Bd. I, Kap. III, N 563 m.w.N.; REISER (FN 83), 74.

Diese Diskussion kann sich im Verhältnis der Mitgliedstaaten der EuGVO nicht stellen, weil es dem System der Verordnung entspricht, dass eine derartige Kontrolle von vornherein ausgeschlossen ist.⁸⁵ Die Errichtung eines solchen Systems zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Rechtsraums ist anhand des Massstabes von Art. 6 Abs. 1 EMRK unbedenklich.

cc) Nichtberücksichtigung international zwingenden Rechts am forum prorogatum

Gerichtsstandsvereinbarungen, die die internationale Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts begründen, können in Verbindung mit dem dortigen Kollisionsrecht oder einer Rechtswahlklausel des zugrunde liegenden Vertrages dazu führen, dass einer Partei der Schutz international zwingenden nationalen materiellen Rechts genommen wird.⁸⁶ Die Frage lässt sich, da die Gerichtsstandsvereinbarung als prozessualer Vertrag anzusehen ist,⁸⁷ durchaus vor dem Hintergrund des Art. 6 Abs. 1 EMRK stellen.

Der BGH hielt eine Derogation deutscher Zuständigkeit dann für unwirksam, wenn feststehe, dass eine Anerkennung des *am forum prorogatum* erlassenen Urteils nicht möglich sei, weil dieses Gericht aus deutscher Sicht international zwingendes Recht nicht anwenden werde. Die

⁸⁵ Für das parallele Problem im LGVÜ REISER (FN 83), 76.

⁸⁶ Zum Problem GEIMER, IZPR, RN 1770; STEIN/JONAS/BORK, § 38 RN 33; SCHACK, IZVR, RN 451.

⁸⁷ Die Rechtsnatur der Gerichtsstandsvereinbarung ist stark umstritten. Vertreten wird, dass es sich um einen Prozessvertrag handelt (ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, ZPR, 16. Aufl. 2004, § 37 RN 2; GEIMER/SCHÜTZE, Internationale Urteilsanerkennung I/1 1983, 881. S. auch die überwiegende Schweizer Rechtsprechung (BGE 102 II 393 ff.; 85 I 17, 31) und Lehre (GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, 263; REISER (FN 83), 24, 47); für das österreichische Recht FASCHING, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, Bd. I, Jurisdiktionsnorm und Einführungsgesetz, 2. Auflage 2000, § 104 JN RN 2; DERS., ZPO, 2. Aufl. 1990, RN 196; WOLFF, Grundriß des österreichischen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., 1947, 90; unklar ist die Rechtslage in England (vgl. F.E.SANDROCK (FN 77), 164) und in den USA (hier geht F.E.SANDROCK, 203 von einer ausschließlich prozessualen Qualifikation aus; OCHSENFELD, RIW 1995, 633, 634 ermittelt dagegen, dass eine klare Tendenz in der Qualifikationsfrage nicht erkennbar ist), andere sehen darin einen materiellen Vertrag (ROSENBERG, Stellvertretung im Prozeß, 1908, 65, 100) oder einen Vertrag über prozessuale Beziehungen (BGHZ 59, 26; ähnlich die Rechtslage in Frankreich: dort wird die Gerichtsstandsvereinbarung als „act juridique“ sowohl materiell-rechtlich als auch prozessrechtlich qualifiziert. Nachweise bei F.E.SANDROCK, 137 f.).

Rechtsprechung korrespondiert mit Entscheidungen zur Prüfung von Schiedsklauseln.⁸⁸

Dieser Rechtsprechung des BGH ist zu widersprechen. Erstens vernachlässigt die Berücksichtigung des anzuwendenden materiellen Rechts bei der Prüfung der Gerichtsstandsvereinbarung, die ein vom Hauptvertrag und einer eventuellen Rechtswahlvereinbarung zu trennender Vertrag ist,⁸⁹ die Eigenständigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung. Und zweitens ist im Zeitpunkt der Prüfung der Gerichtsstandsvereinbarungen regelmässig nicht absehbar, wie das prorogierte Gericht in der Sache entscheiden wird.⁹⁰ Richtiger Zeitpunkt, um den Schutz der benachteiligten Partei zu realisieren, kann allein der Zeitpunkt der Anerkennung und Vollstreckung der Entscheidung sein.

Im Unterschied zum BGH prüft der EuGH Fragen des materiellen Rechts bei der Prüfung der Gerichtsstandsvereinbarung nicht: Die Corte di Cassazione legte 1999 dem EuGH Fragen vor, die die Einschränkung der Prorogationsfreiheit betrafen. Der EuGH entschied erneut, dass kein Zusammenhang zwischen dem streitigen Rechtsverhältnis und dem vereinbarten Gericht erforderlich sei,⁹¹ dass eine Prüfung der Angemessenheit der Klausel und des vom Verwender verfolgten Zwecks ausgeschlossen sei und das am gewählten Gerichtsstand geltende materielle Haftungsrecht keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Klausel habe.⁹²

Diese Sicht ist angesichts der dogmatischen Struktur der Gerichtsstandsvereinbarung und der begrenzten gerichtlichen Prognosemöglichkeiten bei der Prüfung der Derogation allein zutreffend, so dass auch eine derartige Prüfung am Massstab des Art. 6 I EMRK auszuschneiden hat.

dd) Oktroyierte Gerichtsstandsvereinbarungen

Zwangswise Gerichtsstandsvereinbarungen können nötig sein, um die Gleichbehandlung gleichartiger Rechtsverhältnisse sicherzustellen. Diese Notwendigkeit besteht bei Gesellschaften und juristischen Personen, die

⁸⁸ Darstellung bei ADOLPHSEN, Internationale Dopingstrafen, 2003, 625 f. Hintergrund waren internationale Termingeschäfte, die heute angesichts der Neufassung des Börsengesetzes anders zu beurteilen sind.

⁸⁹ EuGHE 1976, 1831; 1997, 3767, 3797 (N. 24); BGH JR 1960, 264; KG BB 1983, 213; REISER (FN 83), 69; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, ZPR, § 37 RN 4; GEIMER/SCHÜTZE, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 1997, Art. 17 RN 83; GEIMER/SCHÜTZE, Internationale Urteilsanerkennung, I/1, 881.

⁹⁰ Ebenso GEIMER, IZPR, RN 1770.

⁹¹ EuGHE 1999 I 1636, 1656 (N 50).

⁹² EuGHE 1999 I 1636, 1656 (N 51).

durch Gesellschaftsvertrag oder Satzung die international einheitliche Zuständigkeit der Gerichte eines Landes durch die Aufnahme von Gerichtsstandsklauseln in den Vertrag oder die Satzung durchsetzen wollen. Ansonsten bestünde die begründete Gefahr, dass ein notwendiger Entscheidungseinklang ausgeschlossen wird, weil die Gesellschafter bzw. Mitglieder von dem relativ grosszügigen Angebot des internationalen Zuständigkeitsrechts⁹³ Gebrauch machen und die Gerichte damit über das anwendbare IPR zur Anwendung unterschiedlichen Rechts kommen können. Dies hätte einen dem Gleichheitsprinzip des Gesellschaftsrecht widersprechenden Regelungsdualismus zur Folge.

Die Gerichtsstandsklausel kann durch mehrheitlichen Beschluss der Mitglieder bzw. Gesellschafter in das jeweilige Statut aufgenommen werden. Das Mitglied, das gegen die Aufnahme votiert, ist gezwungen, in der Gesellschaft zu verbleiben, wenn es auf die Mitgliedschaft angewiesen ist. Die Gerichtsstandsklausel kann auch bereits im Statut enthalten sein: Die Gesellschaft machte in diesem Fall die Annahme des Antrags davon abhängig, dass das Mitglied das gesamte Statut konsentiert. In beiden Fällen entsteht eine *take it or leave it* Situation.

Im Folgenden wird geprüft, ob dieser Zwang zum Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung gegen den Grundsatz eines fairen Verfahrens aus Art. 6 Abs. 1 EMRK verstösst.

Die EuGVO ebenso wie schon das EuGVÜ/LGVÜ enthält zwar detaillierte und auch strenge *Formanforderungen* für Prorogationen, nimmt aber offenbar eine sehr liberale Haltung gegenüber der Zulässigkeit und Wirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen ein.⁹⁴ Zunächst scheint es so, dass Regeln über eine europäische Missbrauchskontrolle bewusst nicht in das EuGVÜ bzw. die EuGVO aufgenommen wurden, denn mit Art. 13, 17, 21, 23 Abs. 5 EuGVO existieren Vorschriften, die einen Schutz der schwächeren Partei in Spezialbereichen gewährleisten, weitere entsprechende Vorschriften fehlen jedoch.⁹⁵

Anders als z.B. Art. 4 Abs. 3 des Haager Übereinkommens über Gerichtsstandsvereinbarungen von 1965, nach dem eine Gerichtsstandsvereinbarung unwirksam ist, wenn ihr Abschluss durch Missbrauch wirtschaftlicher Macht oder durch unlautere Mittel erreicht wurde oder nach Art. 5 Abs. 2 IPRG, wonach eine Gerichtsstandsvereinbarung unwirksam ist,

⁹³ Zur Grosszügigkeit des Zuständigkeitsrechts schon v. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 8, 1849, 129; NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2. Aufl. 1976, 50; G. WAGNER, *Prozessverträge*, 1998, 346.

⁹⁴ Ebenso KOHLER, *IPRax* 1993, 265, 270; BASEDOW, *IPRax* 1985, 133, 136.

⁹⁵ NAGEL/GOTTWALD, *IZPR*, § 3 RN 154.

wenn einer Partei ein Gerichtsstand des schweizerischen Rechts *missbräuchlich* entzogen wurde,⁹⁶ enthält die EuGVO jedenfalls keine ausdrückliche Regelung, die im Rahmen einer Missbrauchskontrolle angewendet werden könnte.

Im Anwendungsbereich der EuGVO muss man daher zwei Fragen unterscheiden. Zunächst die, ob überhaupt eine Missbrauchskontrolle zulässig ist, oder ob dem die scheinbar unbegrenzte Prorogationsfreiheit entgegensteht. Erst wenn man die Zulässigkeit einer Missbrauchskontrolle bejaht, stellt sich die weitere Frage, welchem Recht deren Massstäbe zu entnehmen sind.

(1) *Missbrauchskontrolle in der EuGVO*

Ob bei internationalen Prorogationen im Anwendungsbereich der EuGVO eine Missbrauchskontrolle zulässig ist, ist seit der EuGH-Entscheidung *Castelletti ./. Trumpy* aus dem Jahr 1999 fraglich geworden.⁹⁷ Zum Teil ist dies in der Literatur verneint worden.⁹⁸ Bis zu diesem Urteil stellte SCHLOSSER noch fest, dass Einigkeit darüber bestehe, dass Gerichtsstandsvereinbarungen wegen Rechtsmissbräuchlichkeit unwirksam sein können, was eine Missbrauchskontrolle voraussetzt.⁹⁹

Aus dem Urteil des EuGH könnte man folgern, dass eine Missbrauchskontrolle *vollständig* ausgeschlossen ist. Wäre dem so, stellte sich die Frage, ob Art. 6 Abs. 1 EMRK eine solche dennoch forderte. Nach wie vor aber – so formuliert es der EuGH ausdrücklich – kann die Wahl der vereinbarten Gerichtsstandsvereinbarung anhand der Erwägungen geprüft werden, die „im Zusammenhang mit den Erfordernissen des Art. 17 [heute Art. 23 EuGVO] stehen“.¹⁰⁰ Damit ist zwar eine Missbrauchskontrolle nur noch sehr eingeschränkt möglich, gänzlich ausgeschlossen ist sie jedoch nicht. Ob Prorogationen aufgrund wirtschaftlichen, sozialen oder sonstigen faktischen Drucks zustande kommen, steht aber in direktem Zusammenhang mit den Erfordernissen des Einigungstatbestands des Art. 23 EuGVO,¹⁰¹ da gerade die Freiwilligkeit der Einigungserklärung einer Partei in

⁹⁶ Dazu WALDER, *Einführung in das Internationale Zivilprozessrecht der Schweiz*, 1989, 166; LEIPOLD, *Symposium Schwab*, 51, 67.

⁹⁷ EuGHE 1999 I 1597, 1636 (*Castelletti ./. Trumpy*) = ZZPInt 4 (1999), 233 m. Anm. ADOLPHSEN.

⁹⁸ GIRSBERGER, *IPRax* 2000, 87, 91.

⁹⁹ SCHLOSSER, *EuGVÜ*, 1996, Art. 17 RN 31.

¹⁰⁰ EuGHE 1999 I 1636, 1656 (N 49).

¹⁰¹ KRÖLL, *ZP* 113 (2000), 135, 150.

Frage steht, so dass eine Missbrauchskontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen auch nach der Entscheidung *Castelletti ./ Trumpy* möglich ist.

(2) *Massstab einer Missbrauchskontrolle in der EuGVO*

Wenn damit die erste Frage zugunsten einer wenn auch eingeschränkten Zulässigkeit der Missbrauchskontrolle in der EuGVO beantwortet ist, stellt sich die zweite nach dem anzulegenden Massstab. Offen ist, ob sich dieser aus der EuGVO selbst ergeben kann oder ob er mangels ausreichendem vertragsrechtlichem Fundament der Europäischen Zuständigkeitsordnung im nationalen Recht gesucht werden muss.

Das OLG Saarbrücken nahm an, dass sich aus dem EuGVÜ allein Anforderungen an Zulässigkeit, Form und Wirkung von Gerichtsstandsvereinbarungen ergeben, die materielle Wirksamkeit der Prorogation dagegen ausschliesslich nach dem auf sie anwendbaren Recht zu beurteilen sei.¹⁰² Nach Ansicht des EuGH kann der Begriff der Vereinbarung nicht als Verweis auf nationales Recht aufgefasst werden, so dass sich nur Anforderungen an die Form aus dem EuGVÜ ergäben, die materielle Wirksamkeit der Prorogation jedoch allein nach dem auf sie anwendbaren Recht zu beurteilen wäre. Vielmehr sei der Begriff der Vereinbarung vertragsautonom auszulegen,¹⁰³ dieser sei selbst Träger des materiellen Einigungstatbestandes.¹⁰⁴

Der Umfang des materiellen Gehalts des Art. 23 EuGVO ist jedoch ausgesprochen schwer zu bestimmen, weil der EuGVO ein vertragsrechtliches Fundament fehlt.¹⁰⁵ Daher besteht Einigkeit darüber, dass Fragen der Geschäftsfähigkeit, des Fehlens von Willensmängeln und der Stellvertretung ausschliesslich nach nationalem Recht zu beurteilen sind.¹⁰⁶ In diesen Bereichen würde die vertragsrechtliche Substanz, die aus einer autonomen Auslegung der EuGVO zu gewinnen wäre, nicht ausreichen, um zu gemeinsamen Lösungen zu kommen.¹⁰⁷

¹⁰² OLG Saarbrücken, IPRax 1992, 165.

¹⁰³ EuGHE 1992, 1745 (N 18); GEIMER/SCHÜTZE, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Art. 17 RN 75; KROPHOLLER, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 23 RN 23; LEIPOLD, Symposium Schwab, 51, 59; NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 3 RN 134.

¹⁰⁴ Ebenso ROTH, ZZZ 93 (1980), 156, 162; KRÖLL, ZZZ 113 (2000), 135, 144.

¹⁰⁵ KOHLER, IPRax 1983, 265, 268; ADOLPHSEN, ZZPInt 4 (1999), 243, 246 f.; LEIPOLD, Symposium Schwab, 51, 59; KRÖLL, ZZZ 113 (2000), 135, 140; umfassend RAUSCHER, ZZZ 104 (1991), 271 ff., 278.

¹⁰⁶ Nachweise bei RAUSCHER, ZZZ 104 (1991), 271, 279; LINDENMAYR, Vereinbarung über die internationale Zuständigkeit und das darauf anwendbare Recht, 2002, 69.

¹⁰⁷ RAUSCHER, ZZZ 104 (1991), 271, 280. Eine Vereinheitlichung ist auch nicht für Vertragsstaaten des EG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhält-

Die materiellen Begriffe, die in Art. 23 EuGVO verwendet wurden, sind häufig eng mit Formanforderungen verbunden, weil die Formstrenge nur das „Vehikel“ für die Strenge der Anforderung an das Vorliegen einer Einigung ist.¹⁰⁸ Die Form ist „Garant der tatsächlichen Willenseinigung“,¹⁰⁹ hat also eine dienende Funktion. Die *ratio* des Art. 23 EuGVO ist es demnach in aller erster Linie, durch Statuierung formeller Anforderungen sicherzustellen, dass die Wirkung der Gerichtsstandsvereinbarung wirklich gewollt ist.¹¹⁰ Wo sich die Verflechtung von Form und materiellem Recht nachweisen lässt, ist ausschliesslich Raum für eine europäische Auslegung des materiellen Begriffs. Etwas anderes negierte die vereinheitlichende Funktion der Verordnung. Deshalb sollte man die Elemente des Einigungstatbestandes nicht nach nationalem Recht, sondern europäisch einheitlich ermitteln, da hier eine untrennbare Einheit von Formvorschriften und materiellem Recht gegeben ist.¹¹¹

Der EuGH selbst hatte lange keine Konturen einer Regelung aufgezeigt, mit der die missbräuchliche Ausübung wirtschaftlicher Macht und die bewusste Umgehung zwingender nationaler Vorschriften durch Gerichtsstandsvereinbarungen unterbunden werden könnte.¹¹² Die Eckpunkte dürften jedoch nach der Entscheidung *Castelletti ./ Trumpy* mit einer gewissen Sicherheit festzulegen sein. Aus der vom EuGH entwickelten strengen autonomen Einbeziehungskontrolle und den strengen Anforderungen an die Willenseinigung ist abzuleiten, dass der EuGH nur solche Prorogationen gelten lässt, die ohne wirtschaftlichen, sozialen oder sonstigen faktischen

nisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980 (BGBl 1986 II, 810) (EVÜ) erfolgt, weil Art. 1 Abs. 2 lit. d Gerichtsstandsvereinbarungen vom Anwendungsbereich des EVÜ ausgenommen hat. GOTTWALD, FS Henckel 1995, 295, 302. Ein entsprechender Ausschluss ist allerdings nicht in Art. 27 ff., 37 EGBGB enthalten, die das EVÜ in deutsches Recht transponieren.

¹⁰⁸ KOHLER, IPRax 1983, 269. Seit den ersten Entscheidungen des EuGH aus dem Jahr 1976 standen im Zentrum der Diskussion um Art. 17 EuGVÜ denn auch nicht Formfragen, sondern die Anforderungen an den Nachweis der Vereinbarung. S. RAUSCHER, ZZZ 104 (1991), 271, 278.

¹⁰⁹ LINDACHER, FS Habscheid 1989, 170.

¹¹⁰ ADOLPHSEN, ZZPInt 4 (1999), 243, 247; KRÖLL, ZZZ 113 (2000), 135, 143 ff.

¹¹¹ Ebenso WOLF/HORN/LINDACHER, AGBG, 4. Aufl. 1999, Anh. § 2 RN 92; ähnlich auch LEIPOLD, Symposium Schwab, 51, 59, der darauf hinweist, dass der Vertragsschluss auf der Ebene des EuGVÜ zwei übereinstimmende Willenserklärungen erfordert. Dieses entspreche dem deutschen Recht aber auch dem internationalen Stand der Dogmatik, der auch in Art. 17 ff. CISG zum Ausdruck komme. S. auch KRÖLL, ZZZ 113 (2000), 135, 145; a.A. jüngst LINDENMAYR (FN 106), 359.

¹¹² G. WAGNER (FN 93), 380; RAUSCHER, ZZZ 104 (1991), 271, 300.

Druck zustande kommen.¹¹³ Deutsche Befürworter einer autonomen Missbrauchsregelung wollen trotz vertragsautonomer Anknüpfung den Massstab den §§ 1025 ZPO a.F., 138 BGB entnehmen.¹¹⁴ Alternativ oder kumulativ wird auf Art. 4 Abs. 3 des Haager Übereinkommens über Gerichtsstandsvereinbarungen von 1965 verwiesen, nach dem eine Gerichtsstandsvereinbarung unwirksam ist, wenn ihr Abschluss durch *Missbrauch* wirtschaftlicher Macht oder durch *unlautere* Mittel erreicht wurde¹¹⁵ und auf Art. 5 Abs. 2 IPRG, der darauf abstellt, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung unwirksam ist, wenn einer Partei ein Gerichtsstand des schweizerischen Rechts *missbräuchlich* entzogen wurde.¹¹⁶

Dieser Sicht ist im Grundsatz zuzustimmen. § 1025 ZPO a.F. ist zwar durch das Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz gestrichen worden,¹¹⁷ der Schutz der schwächeren Partei bei Abschluss von Gerichtsstandsvereinbarungen und Schiedsvereinbarungen ist damit aber keineswegs obsolet.¹¹⁸ Die §§ 1025 ZPO a.F., 138 BGB, Art. 5 Abs. 2 IPRG sind als Ausprägung eines übergeordneten Leitgedankens zum Schutz der schwächeren Partei vor dem Entzug staatlicher Gerichtszuständigkeit anzusehen, was besonders Art. 4 Abs. 3 des Haager Übereinkommens über Gerichtsstandsvereinbarungen von 1965 belegt.¹¹⁹ Insofern liegt es nahe, diesen Gedanken auch bei der autonomen Auslegung des Begriffs der Vereinbarung in Art. 23 EuGVO zu nutzen.

Daraus ergibt sich, dass Art. 23 EuGVO nur solche Gerichtsstandsvereinbarungen legitimiert, die frei von unzulässigem, insbesondere wirtschaftlichem, aber auch sonstigem Druck zustande gekommen sind.¹²⁰

¹¹³ So KROPHOLLER, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 17 RN 83 (beachte aber 7. Aufl., Art. 23 RN 87 f.); KRÖLL, ZJP 113 (2000), 135, 150; RAUSCHER, ZJP 104 (1991), 271, 301, der darüber hinaus einer europäischen Inhaltskontrolle skeptisch gegenüber steht.

¹¹⁴ GOTTWALD, FS Firsching, 1985, S. 89, 103; KROPHOLLER, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 17 RN 83; RAUSCHER, ZJP 104 (1991), 271, 301; KRÖLL, ZJP 113 (2000), 135, 151.

¹¹⁵ KOHLER, IPRax 1993, 265, 270; GOTTWALD, FS Firsching, 89, 103.

¹¹⁶ Dazu WALDER (FN 96), 166; LEIPOLD, Symposium Schwab, 51, 67.

¹¹⁷ GOTTWALD/ADOLPHSEN, DSrR 1998, 1017, 1019.

¹¹⁸ S. nur das Urteil des BGH, WM 2000, 957 und die Stellungnahme von BANDEL zum Referat von SCHLOSSER bei der Tagung der Wissenschaftlichen Vereinigung 1999 in Berlin, abgedruckt im Tagungsbericht, ZJP 113 (2000), 85, 93; HAAS, ZGR 2001, 325, 331 ff.

¹¹⁹ KELLER/SIEHR, Allgemeine Lehren des Internationalen Privatrechts 1986, 526; REISER (FN 83), 112; KRÖLL, ZJP 113 (2000), 135, 151.

¹²⁰ Ebenso KRÖLL, ZJP 113 (2000), 135, 150.

Bei der Prüfung der Unzulässigkeit von Zwang sind die Interessen beider Parteien der Schiedsvereinbarung zu berücksichtigen und zu einem angemessenen Ausgleich zu führen. Auf der Seite des Zwangsausübenden muss man fragen, ob der Zwang durch *sachliche Gründe* gerechtfertigt werden könnte. Im Rahmen des § 1025 ZPO a.F. war streitig, unter welchen Voraussetzungen der Abschluss einer Schiedsvereinbarung nötigend wirkte. Nach einer Ansicht sollte es ausreichen, wenn die sozial oder wirtschaftlich mächtige Partei die Willensbetätigung des Schwächeren durch Ausübung seiner Machtstellung ausnutzt.¹²¹ Andere forderten weitere besondere Umstände, um das Verhalten als nötigend, anstößig oder verwerflich einzustufen.¹²² Zum Teil wurde aber darauf abgestellt, ob der Abschluss der Schiedsvereinbarung aus sachlichen¹²³ bzw. triftigen Gründen erfolgt.¹²⁴

Dieser Ansatz ist deshalb zutreffend, weil er ein Alles-oder-Nichts-Prinzip vermeidet und möglicherweise eine Würdigung der Umstände der besonderen Strukturen des Einzelfalles ermöglicht, der den Interessen beider Parteien entspricht. Fraglich ist demnach, ob das Interesse von Gesellschaften und juristischen Personen an einer Streitentscheidung vor einem für alle gleichartigen Rechtsbeziehungen international zuständigen staatlichen Gericht zur Vermeidung von Rechtszersplitterung einen Grund darstellt, der die Ausübung von Zwang rechtfertigen kann und vom EuGH anerkannt würde.

Sichtet man die bisherige Rechtsprechung des EuGH im Hinblick auf diese Frage, so stösst man auf die Entscheidung *Powell Duffryn / J. Peterreit*.¹²⁵ Der EuGH setzt sich darin über das Erfordernis einer Einigung aus praktischen Erwägungen hinweg.¹²⁶ Er verweist darauf, dass eine andere Auslegung des Übereinkommens dazu führen würde, dass für Rechtsstreitigkeiten aus ein und demselben rechtlichen und tatsächlichen Verhältnis zwischen der Gesellschaft und den Aktionären mehrere Zuständigkeiten

¹²¹ MüKo-ZPO/MAIER, § 1025 RN 9; H.P.WESTERMANN, Die Verbandsstrafgewalt und das allgemeine Recht, 1972, 110 ff.; NICKLISCH, BB 1972, 1285, 1288.

¹²² OLG Hamburg, RIW 1989, 574, 575; STEIN/JONAS/SCHLOSSER, ZPO, 21. Aufl., § 1025 RN 21; SCHLOSSER, FS Zeuner, 1994, 467, 481. Zur Frage, ob § 1025 Abs. 2 ZPO a.F. ein Bewusstsein der einen Partei voraussetzt, dass die eigene Machtstellung zum Abschluss der Schiedsvereinbarung geführt hat vgl. MüKo-ZPO/MAIER, § 1025 RN 8; H.P.WESTERMANN (FN 121), 110 ff.; STEIN/JONAS/SCHLOSSER, ZPO, 21. Aufl., § 1025 RN 20 f.

¹²³ REICHERT/VAN LOOK, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 6. Auflage 1995, RN 2572.

¹²⁴ OLG Frankfurt, ZIP 1989, 599, 600.

¹²⁵ EuGHE 1992 I 1111.

¹²⁶ So auch JAYME/KOHLER, IPRax 1992, 346, 351.

begründet würden, was gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstieße.¹²⁷

In der Entscheidung *Peters*¹²⁸ verwies der EuGH darauf, dass eine weite Auslegung des Begriffs „Anspruch aus einem Vertrag“ (Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ) erforderlich sei, um eine Vielzahl von Zuständigkeiten je nach den Wohnsitzen der verschiedenen Vereinsmitglieder zu verhindern; dadurch würden vom Tätigkeitsgebiet des Vereins weit entfernte ausländische Gerichte über Streitigkeiten nach nationalen Rechtsvorschriften entscheiden, die möglicherweise von einem Staat zum anderen divergieren und auf diese Weise zu Lösungen führen, die eine Ungleichbehandlung der verschiedenen Mitglieder ein und desselben Vereins zur Folge hätten.

In beiden Fällen war der EuGH bereit, bei der Auslegung der Vorschriften des EuGVÜ zu berücksichtigen, dass im Anwendungsbereich des EuGVÜ für Gesellschaften und juristische Personen die Möglichkeit gegeben sein muss, vor einem Gericht gegen Mitglieder in verschiedenen Staaten eine einheitliche internationale Zuständigkeit herbeizuführen, um die Anwendung unterschiedlichen Rechts aus Gründen der Rechtssicherheit zu verhindern.

Daraus ergibt sich, dass der Versuch, Rechtszersplitterung durch eine einheitliche internationale Zuständigkeit zu verhindern, einen sachlichen Grund darstellt, der die Ausübung von Zwang rechtfertigen kann. Eine derartige unter Zwang zustande gekommene Gerichtsstandsvereinbarung hält einer autonomen europäischen Inhaltskontrolle stand.

Diese autonome Auslegung des Art. 23 EuGVO entspricht den Anforderungen, die Art. 6 Abs. 1 EMRK an ein faires Verfahren stellt. Art. 6 Abs. 1 EMRK fordert keine einseitige Berücksichtigung der Interessen einer Partei, sondern gibt dem Normgeber einen Beurteilungsspielraum, dessen Einhaltung zu kontrollieren ist. Dabei ist vor allem entscheidend, dass ein sinnvoller Interessenausgleich der Beteiligten erreicht wird.

3. Zustellung

Der nationale wie internationale Zivilprozess wird in erheblichem Umfang schriftlich abgewickelt. Zustellungen in internationalen Verfahren sind

meist zeitraubend, kostenintensiv und z.T. wenig effektiv.¹²⁹ Diese Schwierigkeiten haben in den letzten Jahren die Bildung eines europäischen Justizraumes erschwert. Bisher war es so, dass die Entscheidung, im In- oder Ausland zu klagen, massgeblich von der Notwendigkeit einer Auslandszustellung beeinflusst wurde.¹³⁰

Die Zustellung eines Schriftstückes im Prozess hat zwei Ziele: Sie soll dem Empfänger eine sichere Kenntnisnahme des Inhalts ermöglichen, also dessen rechtliches Gehör sichern und sie soll dem Absender einen urkundlichen Nachweis über die Mitteilung geben.

Dabei steht die Zustellung im Spannungsfeld verschiedener, ja konträrer Interessen: dem *Justizgewährungsanspruch* des Klägers, der seinerseits durch Art. 6 Abs. 1 EMRK abgesichert ist,¹³¹ und nach einer schnellen, nicht überkomplizierten Gestaltung der Zustellung verlangt; dem ebenfalls aus Art. 6 Abs. 1 EMRK folgenden *Anspruch auf rechtliches Gehör* des Beklagten, der rechtzeitig und sicher von der gegen ihm im Ausland erhobenen Klage Kenntnis erlangen muss¹³² und dem *Souveränitätsanspruch* der beteiligten Staaten, soweit diese die Zustellung prozessualer Schriftstücke als Hoheitsakt ansehen.¹³³ Diese Interessengemengelage hat in der Vergangenheit die allseits als notwendig erachtete Reform des internationalen Zustellungsrechts erschwert und verhindert in der Gegenwart den für den internationalen Rechtsverkehr notwendigen Durchbruch wirklich effektiver flexibler Regeln.

Welche Schriftstücke im Prozess der Zustellung und welche nur der schlichten Mitteilung bedürfen, hängt von der Entscheidung des nationalen Gesetzgebers ab. Umfang und Anforderungen des Zustellungserfordernisses hängen eng mit der Einordnung der amtlichen Zustellung als Hoheits- oder Privatakt ab. Zunächst bewirkt die Zustellung eine Information des Beklagten. Das BVerfG sieht jedoch in jeder Zustellung einen Hoheitsakt,¹³⁴ wohin gegen das US-amerikanische Recht die Zustellung als private

¹²⁹ Zum Verständnis: nach Belgien dauert die Zustellung 4-5 Monate, nach Dänemark 4-5, nach Finnland 5-6, nach Frankreich 6 und nach Grossbritannien 6-8 Monate. Nach Spanien sind 2 Jahre einzukalkulieren. Zahlen nach GOTTWALD, FS Schütze 1999, 225, 226 m.w.N. Grundlage ist die Rechtslage vor der EuZustVO. Aber auch danach muss von einer Zustelldauer von ca. 3 Monaten ausgegangen werden, GOTTWALD, a.a.O., 227.

¹³⁰ GOTTWALD, FS Schütze, 225.

¹³¹ G. GEIMER, Neuordnung des internationalen Zustellungsrechts, 1999, 6. S.o. (FN 49).

¹³² G. GEIMER (FN 131), 8.

¹³³ So Deutschland und die Schweiz, vgl. LINKE in: GOTTWALD (Hrsg.), Grundfragen der Gerichtsverfassung, 1999, 95, 99.

¹³⁴ BVerfGE 63, 343, 372; 91, 335, 339.

¹²⁷ Zustimmung in diesem Punkt KOCH, IPRax 1993, 19, 20.

¹²⁸ EuGHE 1983, 987 m. Anm. SCHLOSSER, IPRax 1984, 65; GAUDEMET-TALLON, Rev. crit. 1983, 663 und HUET, Clunet 1983, 834.

Mitteilung von der Klageerhebung ansieht, die der Kläger selbst besorgt.¹³⁵ Die Konsequenz der deutschen Einordnung ist, dass Zustellungen an Inländer nicht unmittelbar erfolgen dürfen, weil darin die Verletzung der Souveränität der Bundesrepublik Deutschland gesehen wird. So hat das BVerfG in der Postzustellung eines österreichischen Abgabenbescheides ernsthaft eine Verletzung der nationalen Souveränität erblickt.¹³⁶

Im internationalen Rechtsverkehr war Deutschland daher stets bemüht, die Zustellung ohne deutsche Rechtshilfe, z.B. direkt durch die Post (aber auch durch ausländische Diplomaten oder Konsuln) zu verhindern. Die Zustellung durch die Post ist zwar im Haager Zustellungsübereinkommen von 1965 (HZÜ) in Art. 10 lit. a vorgesehen. Jedoch hat Deutschland einen Vorbehalt dagegen geltend gemacht.¹³⁷ Bis heute ist nicht ersichtlich, dass die Bundesregierung willens ist, diesen Widerspruch zurückzunehmen.¹³⁸ Hintergrund dieser Haltung ist die Idee, die Verweigerung der Zustellung im Wege der Rechtshilfe verhindern, dass Inländer in ausländische, zu missbilligende Verfahren hineingezogen würden.¹³⁹ Allerdings wird die Zustellung in diesen Fällen meist mit öffentlichen oder fiktiven Inlandszustellungen ersetzt, so dass die Verweigerung der Rechtshilfe nicht vor der Einleitung des Verfahrens schützen kann, sondern zukünftig nur die Anerkennung ausschliesst. Der Moment des Eingreifens nationaler Gerichte ist daher richtigerweise gekommen, wenn aus dem Urteil im Inland vollstreckt werden soll.¹⁴⁰

Innerhalb Europas war diese Ansicht jedoch nicht durchzuhalten: Art. 14 EuZustVO erlaubt nunmehr die unmittelbare Zustellung durch die Post. Die EuZustVO ist am 31. 5. 2001 in Kraft getreten. Zur Durchführung gilt nicht mehr das ZustDG vom 13. 7. 2001, sondern seit dem 1. 1. 2004 die Regelung im 1. Abschnitt des 11. Buches der ZPO.¹⁴¹ Insofern ist zu prüfen, ob das nun geltende Recht in Form der EuZustVO Kläger und Beklagtem ein faires Verfahren sichern kann, indem es deren jeweils geschützte Interessen sinnvoll ausgleicht.

a) Zustellungsarten

Die EuZustVO hat innerhalb der Mitgliedstaaten¹⁴² Vorrang vor anderen multi- oder bilateralen (Art. 30 EuZustVO) bzw. autonomen Zustellungsregeln (klarstellend § 183 Abs. 3 ZPO). Sie gilt in Zivil- und Handelsachen, wenn ein gerichtliches oder aussergerichtliches Schriftstück von einem in einen anderen Mitgliedstaat zum Zwecke der Zustellung zu übermitteln ist (Art. 1 Abs. 1 EuZustVO).¹⁴³

Die EuZustVO kennt vier Arten der Zustellung, die gleichberechtigt nebeneinander stehen:¹⁴⁴ Die Zustellung im Rechtshilfeverkehr, die Direktzustellung durch diplomatische oder konsularische Vertretungen, die Direktzustellung durch die Post und die unmittelbare Zustellung im Partei-auftrag. Die direkte Postzustellung können die Mitgliedstaaten nicht ausschliessen.¹⁴⁵ Sie können allein über das *wie* der Postzustellung Bestimmungen treffen, nicht aber über das *ob*. In Deutschland sind Direktzustellungen nur durch Einschreiben mit Rückschein möglich (§§ 183 Abs. 3 S. 2, 1068 ZPO).¹⁴⁶

b) Fiktive Inlandszustellungen

Regelmässig setzt die Zustellung der Klageschrift Einlassungsfristen des ausländischen Beklagten im Inland in Gang (z.B. § 274 Abs. 3 ZPO). Auch in Europa sind die nationalen Gesetzgeber mit ausländischen Beklagten keineswegs zimperlich. Schwierigkeiten und überlange Dauer der Zustellung werden derart umgangen, dass von *fiktiven* Zustellungen Gebrauch gemacht wird. Die Zustellung geschieht im Inland durch Übergabe an einen Amtsträger (in Frankreich Staatsanwalt, Art. 648 NCPC) oder durch Übergabe zur Post im Inland: Die Folge ist, dass die Zustellung durch diese Übergabe fingiert wird und die Transportdauer und das Transportrisiko des

¹³⁵ Rechtsvergleichend NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 7 RN 517 ff.; SCHACK, IZVR, RN 591.

¹³⁶ BVerfGE 63, 343, 372.

¹³⁷ § 6 HZÜ-AusfG.

¹³⁸ LINKE, IZPR, RN 220; deutlich für Rücknahme LINKE in: GOTTWALD (FN 133), 95, 123.

¹³⁹ Ausdrücklich BVerfG, JZ 2003, 956, 957; NJW 2003, 2598, 2599. Kritisch zu Recht HESS, JZ 2003, 923, 925; OBERHAMMER, IPRax 2004, 40.

¹⁴⁰ Ebenso NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 7 RN 2; SCHACK, IZVR, RN 591.

¹⁴¹ Zur Entwicklung NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 7 RN 45; JASTROW, IPRax 2004, 11.

¹⁴² Dänemark wirkt gem. Art. 1, 2 des dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften beigefügten Protokolls über die Position Dänemarks an der Annahme dieser VO nicht mit. Diese ist für Dänemark nicht verbindlich und kann ihm gegenüber nicht angewendet werden (Erwägungsgrund 18 der EuZustVO). Im Verhältnis zu Dänemark ist das HZÜ anzuwenden (dazu nachfolgend).

¹⁴³ Sie gilt nur dann, wenn die Anschrift des Empfängers des Schriftstücks bekannt ist (Art. 1 Abs. 2 EuZustVO).

¹⁴⁴ Dies ist nicht unstr., vgl. STADLER, IPRax 2001, 514, 516; HESS, NJW 2001, 15, 19.

¹⁴⁵ STADLER, IPRax 2001, 514, 515, 519; DIES., IPRax 2002, 471, 472; LINKE in: GOTTWALD (FN 133), 95, 108.

¹⁴⁶ Rechtsvergleichend zu den in anderen Ländern zugelassenen Formen STADLER, IPRax 2001, 514, 519.

Schriftstücks zu Lasten des ausländischen Beklagten gehen und seine Einlassungsfrist reduzieren.¹⁴⁷ Derartige Zustellungen kennen Belgien, die Niederlande, Luxemburg, Italien und Griechenland (*remise au parquet*).¹⁴⁸ Aber auch Deutschland hat nach dem Zustellungsreformgesetz¹⁴⁹ nicht gänzlich auf eine fiktive Inlandszustellung verzichtet, da unter den dort genannten Voraussetzungen spätere Zustellungen nach der Verfahrenseinleitung durch Aufgabe zur Post erfolgen können (§ 184 Abs. 2 ZPO).¹⁵⁰

Offenbar aufgrund eines neuen Verständnisses auch der Beklagteninteressen und dem Druck, der von Art. 6 Abs. 1 EMRK ausgeht, sind die Staaten dazu übergegangen, die Folgen fiktiver Zustellungen abzumildern.¹⁵¹ Zum Teil wird die Zustellung durch *remise au parquet* durch einen Information des Zustellungsadressaten ergänzt¹⁵² oder es wird die Zulässigkeit fiktiver Zustellung eingeschränkt und diese erst nach Ablauf einer bestimmten Frist fingiert, deren Dauer zudem in das Ermessen des Gerichts gestellt wird (so jetzt § 184 Abs. 2 S. 2 ZPO). In Deutschland ist die fiktive Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks nicht möglich.

Das OLG Karlsruhe hielt 1999 die *remise au parquet* für gemeinschaftsrechtswidrig, da ein Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot (Art. 12 EGV idF. des Amsterdamer Vertrages) vorliege, weil die Regelung regelmässig ausländische Staatsangehörige benachteilige.¹⁵³ Denkbar wäre es wohl auch gewesen, an Art. 6 Abs. 1 EMRK anzuknüpfen. Die Corte di Cassazione entschied 1998 zu dem anders gelagerten Problem der postalischen Direktzustellung, dass das Erfordernis der Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt sei, wenn ein verfahrenseinleitendes Schriftstück an anderer Adresse an eine andere Person übergeben werde.¹⁵⁴ Das OLG Wien hielt 1998 die Übergabe von verfahrenseinleitenden und weiteren Schriftstücken wegen Verstosses gegen den Grundsatz rechtlichen Gehörs für unwirksam,

¹⁴⁷ § 175 Abs. 1 S. 3 ZPO a.F.: Die Zustellung wird mit der Aufgabe zur Post als bewirkt angesehen, selbst wenn die Sendung als unzustellbar zurückkommt.

¹⁴⁸ GEIMER (FN 131), 31; HESS, NJW 2001, 15, 18; NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 7 RN 13 f.; LINKE in: GOTTWALD (FN 133), 95, 103.

¹⁴⁹ Zustellungsreformgesetz vom 25. 6. 2001 (BGBl. 2002 I, 1205); dazu STADLER, IPRax 2002, 471.

¹⁵⁰ STADLER, IPRax 2002, 471, 474; NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 7 RN 11 (dort auch zur fiktiven Zustellung, wenn die Voraussetzungen einer öffentlichen Zustellung vorliegen).

¹⁵¹ NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 7 RN 14; HESS, NJW 2001, 15, 18.

¹⁵² Hierzu HESS, NJW 2001, 15, 18.

¹⁵³ OLG Karlsruhe, RIW 1999, 538.

¹⁵⁴ Cass. 13.1.1998, n. 206, Foro italiano 1998, I, 1509.

weil die Schriftstücke an einen beliebigen Angestellten und nicht an einen zur Empfangnahme befugten Vertreter übergeben wurden.¹⁵⁵

Alle drei Gerichte haben die Bedeutung des rechtlichen Gehörs bei Auslandszustellungen erheblich verstärkt. Es ist aber fraglich, ob nunmehr der Schluss zwingend ist, dass nur der gänzliche Verzicht auf fiktive Zustellungen mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar ist zugunsten von Zustellungen, die effektive Kenntnisnahme ermöglichen und die Einlassungsfristen unangetastet lassen.¹⁵⁶ Denn der Prozess muss auch durchführbar bleiben, wenn der Beklagte von seiner Kenntnisnahmemöglichkeit keinen Gebrauch macht. In diesem Fall sind die öffentliche Zustellung oder aber die fiktive probate Mittel, den Klägerinteressen zur Durchsetzung zu verhelfen.¹⁵⁷

Art. 9 Abs. 1 EuZustVO ordnet nunmehr an, dass bei Zustellungen im Wege der Rechtshilfe (nicht bei anderen Zustellungsarten) das Datum der Zustellung im Empfangsmitgliedstaat massgeblich ist. Dies würde zu einem nach Massstab des Art. 6 Abs. 1 EMRK sinnvollen Interessenausgleich und zu einer gelungenen Rechtsvereinheitlichung in den Mitgliedstaaten führen und fiktiven Zustellungen den Boden entziehen. Allerdings kann nach Art. 9 Abs. 2 EuZustVO für das Datum der Zustellung das Recht des Übermittlungsmitgliedstaates massgeblich sein, wenn die Zustellung eines Schriftstücks im Rahmen eines im Mitgliedstaat einzuleitenden oder anhängigen Verfahrens innerhalb einer bestimmten Frist zu erfolgen hat. Zudem gibt Art. 9 Abs. 3 EuZustVO den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, aus angemessenen Gründen während einer Übergangsregelung von fünf Jahren von den Abs. 1 und 2 abzuweichen.¹⁵⁸

Danach wären fiktive Zustellungen nicht gänzlich durch die EuZustVO ausgeschlossen,¹⁵⁹ verstiesse aber möglicherweise gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK. Ergänzt man das Zustellungsrecht aber durch eine Regelung wie Art. 19 EuZustVO, der eine Aussetzungsmöglichkeit für die Zustellung verfahrenseinleitender Schriftstücke in das Ausland bietet, bis festgestellt ist, dass das Schriftstück so rechtzeitig ausgehändigt bzw. abgegeben wurde, dass der Beklagte sich hätte verteidigen können (so Art. 19 Abs. 1 a.E.

¹⁵⁵ Urteil des OLG Wien vom 23.1.1998, zitiert bei BAJONS, FS Schütze, 1999, 49, 64 (FN 30).

¹⁵⁶ So in der Tendenz offenbar HESS, NJW 2001, 15, 18; a.A. FLEISCHHAUER, Inlandszustellungen an Ausländer, 1996, 89.

¹⁵⁷ GEIMER (FN 131), 11.

¹⁵⁸ Deutschland und Österreich haben davon keinen Gebrauch gemacht, SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, Art. 9 EuZVO RN 3. Acht Mitgliedstaaten haben davon Gebrauch gemacht, vgl. STADLER, IPRax 2001, 514, 519.

¹⁵⁹ Anders offenbar LINKE in: GOTTWALD (FN 133), 95, 126.

EuZustVO nach dem Vorbild des Art. 15 HZÜ¹⁶⁰), so hält sich der Normgeber in dem Rahmen, den die EMRK hier setzt, wenn er auf diesem Weg für ordnungsgemässe Zustellungen sorgt.¹⁶¹ Im Einzelfall muss das ergänzend anwendbare nationale Recht aber zu einem sinnvollen Interessenausgleich der Beteiligten führen, wenn nicht doch die Grenze zu einer Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör überschritten sein soll. Sinnvoll ist es auf jeden Fall, zunächst von realen Zustellungsversuchen Gebrauch zu machen und Möglichkeiten der Fristverlängerung bei fiktiven Auslandszustellungen mit anschließender Information des Beklagten vorzusehen, auch um den Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* einzuhalten. Denn die gewählte Zustellungsform muss zum Schutz der benachteiligten Seite stets das mildeste von mehreren geeigneten Mitteln darstellen, um den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK zu genügen.¹⁶²

Art. 9 EuZustVO gilt nur bei Zustellungen im Rechtshilfeverkehr. Bei der zugelassenen postalischen Direktzustellung (Art. 14 EuZustVO) fehlt jeder Hinweis, wie das rechtliche Gehör des Beklagten gesichert werden soll.¹⁶³ Wenn man einen Verstoss gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK vermeiden will, bietet es sich an, eine dem Art. 9 Abs. 1 EuZustVO entsprechende Regel im Rahmen des Art. 14 EuZustVO analog anzuwenden.

c) Sprachproblem

Die Sicherstellung rechtlichen Gehörs setzt voraus, dass der Beklagte die Chance hat zu erkennen, was für ein Schriftstück ihm zugestellt worden ist. Ist dieses in einer Sprache abgefasst, die der Beklagte nicht versteht, so könnte sein aus Art. 6 Abs. 1 EMRK abzuleitendes Recht verletzt sein. Zudem setzt das Recht auf ein faires Verfahren voraus, dass der Beklagte seine Rechte effektiv wahrnehmen kann. Aus diesem Grund verlangt Art. 5 HZÜ i. V. m. § 3 AusfG¹⁶⁴ bei förmlichen Zustellungen eine Übersetzung ins Deutsche. Nun kann man sicher nicht davon ausgehen, dass alle Unionsbürger alle Sprachen der Mitgliedstaaten bzw. die Amtssprachen verstehen oder dass sie überhaupt eine weitere als ihre Heimatsprache beherrschen. Andererseits gibt es bestimmte Personen, bei denen man die Kennt-

¹⁶⁰ Art. 19 EuZustVO erfasst trotz des unklaren Wortlauts wie der des Vorbilds Art. 15 HZÜ die remise au parquet, vgl. STADLER, IPRax 2001, 514, 517.

¹⁶¹ Zu diesem Zweck des Art. 19 EuZustVO SCHLOSSER, EU-Zivilprozessrecht, Art. 19 EuZVO RN I.

¹⁶² FLEISCHHAUER (FN 156), 89.

¹⁶³ BAJONS, FS Schütze, 65, 49.

¹⁶⁴ BGBl. I 1977, 3105

nis einer in ihrem Verkehrskreis verbreiteten Sprache voraussetzen kann, z.B. im internationalen Handel oder innerhalb dauernder Geschäftsbeziehungen, die in einer anderen als der Sprache des Empfangsmitgliedstaates oder des Beklagten erfolgt sind.¹⁶⁵ Das Übersetzungserfordernis, dass ohne Zweifel geeignet ist, die Rechte des Beklagten effektiv zu sichern, hat aber zur Folge, dass internationale Zustellungen kompliziert und kostenintensiv sind. Insofern ist es naheliegend, dass die Kommission in einem einheitlichen Rechtsraum Europa, in dem die Souveränität der Staaten eingeschränkt ist,¹⁶⁶ versucht, das Sprachproblem bei internationalen Zustellungen anders zu lösen als im Rahmen des weltweiten HZÜ.

Nach Art. 8 EuZustVO besteht *kein* generelles Übersetzungserfordernis mehr, sondern ein *Zurückweisungsrecht* des Empfängers, wenn das Schriftstück in einer anderen als der Amtssprache des Empfangsmitgliedstaates verfasst ist oder einer Sprache des Übermittlungsstaates, die der Empfänger versteht.¹⁶⁷

Nach Art. 8 Abs. 1 EuZustVO hat die Empfangsstelle den Empfänger davon in Kenntnis zu setzen, dass er die Annahme des Schriftstücks verweigern darf, wenn dieses in einer anderen als der Amtssprache des Empfangsmitgliedstaates oder in einer anderen als der Sprache des Übermittlungsstaates abgefasst ist, die der Empfänger versteht. Weist der Empfänger das Schriftstück zurück, ist die Übermittlungsstelle hiervon unverzüglich in Kenntnis zu setzen (Art. 8 Abs. 2 EuZustVO).

Die Abkehr von einem strikten Übersetzungserfordernis hin zu einem Zurückweisungsrecht, das wiederum eine Übersetzung erzwingen kann, bewegt sich grundsätzlich im Ermessensspielraum des jeweiligen Normgebers, den Art. 6 Abs. 1 EMRK unangetastet lässt.

Nicht geregelt wurde der notwendige Grad des Verständnisses und die Zurechnung bei juristischen Personen (auf wessen Kenntnisse kommt es an?).¹⁶⁸ Wegen der Unklarheiten des Art. 8 EuZustVO, vor allem hinsichtlich des Grades der Sprachkenntnis des Empfängers und dessen Nachprüfung,¹⁶⁹ wird abzuwarten sein, ob die Praxis nicht dazu übergehen wird, grundsätzlich doch wieder Übersetzungen beizufügen. Möglicherweise

¹⁶⁵ GOTTWALD, FS Schütze, 225, 233.

¹⁶⁶ Zum Zusammenhang von Sprachregelung bei Zustellungen und staatlichem Souveränitätsprinzip s. BAJONS, FS Schütze, 49, 71.

¹⁶⁷ Zu den praktischen Schwierigkeiten und den Folgen der Zurückweisung STADLER, IPRax 2001, 514, 518.

¹⁶⁸ Kritisch STADLER, IPRax 2001, 514, 518; NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 7 RN 51; GOTTWALD, FS Schütze, 225, 233.

¹⁶⁹ J.MEYER, IPRax 1998, 401, 403 sieht das Prozessgericht für zuständig an, vor dem der Streit rechtshängig ist. Ebenso STADLER, IPRax 2001, 514, 518.

wird auch erst die Rechtsprechung des EuGH die notwendige Erleichterung durch Auflockerung des Übersetzungserfordernisses und die notwendige Rechtssicherheit für die Beteiligten herbeiführen. Aus der Unbestimmtheit der Regelung ist denn auch der Schluss gezogen worden, diese sei im Hinblick auf die Verfahrensrechte des Beklagten verfassungsrechtlich bedenklich.¹⁷⁰

Inzwischen ist zumindest die Durchsetzung des Belehrungserfordernisses gesichert. Nach dem neuen § 1070 ZPO muss der Empfänger eines Schriftstücks, das in einem in Deutschland anhängigen Verfahren zugestellt wird, seine Annahmeverweigerung innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung erklären. Auf diese Frist ist der Empfänger hinzuweisen.

4. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen

Das Verfahren der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Europa ist durch die EuGVO gegenüber dem EuGVÜ erleichtert worden.¹⁷¹ Das Erfordernis der Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheidungen soll ganz entfallen, wenn ein europäischer Vollstreckungstitel in der Zukunft realisiert wird. Bevor man diese Entwicklung an den Verfahrensgarantien des Art. 6 Abs. 1 EMRK misst, ist die Frage zu klären, ob die Exequaturphase überhaupt von den Verfahrensgarantien erfasst wird. Wenn Art. 6 Abs. 1 EMRK das Recht auf Zugang zu einem Gericht, also ein Erkenntnisverfahren, garantiert, ist damit nicht ohne weiteres darüber entschieden, ob auch die Übernahme einer im Erkenntnisverfahren bereits ergangenen Entscheidung, die die Verfahrensgarantie bereits realisiert hat, zwingend erforderlich ist und ob die Verfahrensgarantien auch in der Anerkennungs- und Vollstreckungsphase gelten. Der Begriff der Streitigkeit in Art. 6 Abs. 1 EMRK könnte dagegen sprechen, jedoch hat der Gerichtshof mehrfach darauf hingewiesen, dass der Begriff nicht allzu technisch verstanden werden dürfe.¹⁷² Hierin ist ihm MATSCHER gefolgt.¹⁷³

¹⁷⁰ BAJONS, FS Schütze, 49, 72.

¹⁷¹ In der Anerkennungsphase wurde Art. 27 Nr. 4 EuGVÜ ersatzlos gestrichen; Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ wurde vereinfacht (dazu sogleich).

¹⁷² Nachweise bei MATSCHER, ZZP 103 (1990), 294, 320 (FN 87).

¹⁷³ MATSCHER, ZZP 103 (1990), 294, 318 ff.

Bei der Antwort kann man verschiedene Fragen unterscheiden:

1. Muss eine Entscheidung im Konventions- bzw. EU-Ausland deshalb nicht anerkannt werden, weil das inländische Verfahren den Anforderungen des Art. 6 I EMRK nicht entsprochen hat? (dazu a).
2. Die weitere Frage, die sich stellt, ist die, ob aus der Pflicht zum Zugang zu einem Gericht eine Pflicht zur Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen abgeleitet werden kann (b).
3. Und drittens, das setzt eine positive Antwort auf die zweite Frage voraus, wäre die Ausgestaltung des Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahrens am Massstab des Art. 6 Abs. 1 EMRK zu prüfen (c).

a) Pflicht zur Versagung der Anerkennung nach Verfahrensverstoss im Urteilsstaat

Art. 6 Abs. 1 EMRK soll einen Verfahrensstandard sichern. Dieser Intention entspricht es, die Missachtung der Verfahrensgarantien nicht noch dadurch zu perpetuieren, dass eine Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen erfolgt, die in einem nicht den Anforderungen entsprechenden Verfahren zustande gekommen sind. Dies spricht dafür, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen verbietet, die im Erkenntnisverfahren entgegen den Verfahrensgarantien zustande gekommen sind.¹⁷⁴ Hierbei handelt es sich um eine *Pflicht*, die aus Art. 6 Abs. 1 EMRK und künftig aus Art. 47 Abs. 2 Grundrechte-Charta abzuleiten ist, und nicht nur um ein *Recht* der Gerichte des Vollstreckungsstaates.¹⁷⁵ Das bedingt aber nur, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK die Anerkennung von Entscheidungen verbietet, die an elementaren Verfahrensmängeln leiden. In der *Krombach*-Entscheidung hielt es der EuGH denn auch zu Recht für zulässig, dass die Gerichte des Vollstreckungsstaates die Vollstreckung wegen Verstosses gegen den verfahrensrechtlichen *ordre public* ablehnen, wenn das Recht auf einen Verteidiger im Ursprungsstaat verletzt wurde. Unter Verweis auf Urteile des EGMR führt der EuGH aus, dass es zu den grundlegenden Merkmalen eines fairen Prozesses gehöre, dass sich ein Angeklagter (es ging um ein Adhäsionsverfahren) durch einen Anwalt vertreten lassen dürfe. Die Wahrung der Verteidigungsrechte bildeten einen fundamentalen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Ebenso GEIMER, FS Beys 2003, 391, 398; MATSCHER, ZZP 103 (1990), 294, 319; DERS., IPRax 2001, 428, 435.

¹⁷⁵ GEIMER, ZIP 2000, 863, 864; MATSCHER, IPRax 2001, 428, 436.

¹⁷⁶ EuGH, JZ 2000, 723, 725.

Dem Europäischen Gesetzgeber ist es jedoch unbenommen, die Nachprüfung bestimmter Verfahrensfragen im Anerkennungsstaat auszuschließen und damit eine Verfahrenskonzentration durch eine Rügeobliegenheit des Beklagten im Erststaat herbeizuführen. Die internationale Zuständigkeit des Erstentscheidungsstaates wird im Stadium der Anerkennung und Vollstreckung nicht nachgeprüft. Auch der *ordre public* Vorbehalt darf dagegen nicht instrumentalisiert werden, da die Zuständigkeitsvorschriften nicht zur öffentlichen Ordnung zählen (Art. 35 Abs. 3 EuGVO).¹⁷⁷ Der Beklagte kann daher nicht die Entscheidung im Erststaat passiv unanfechtbar werden lassen und sich dann im Zweitstaat mit dem Argument der internationalen Unzuständigkeit gegen die Anerkennung und Vollstreckung des Urteils wehren. Er muss vielmehr im Erststaat alle Möglichkeiten ausschöpfen, eine richtige Beurteilung der internationalen Zuständigkeit zu erreichen. Dieses Prinzip enthielt bereits das EuGVÜ, die EuGVO hat daran festgehalten. Ziel des EuGVÜ war es bereits, eine einheitliche Zuständigkeitsordnung zu erreichen, in der ausweislich des *Jenard*-Berichts das volle Vertrauen in die Rechtspflege des Urteilsstaates zum Ausdruck kommt.¹⁷⁸ Diese Grundentscheidung, die die Umlauffähigkeit gerichtlicher Entscheidungen entscheidend erleichtern sollte, wird man auch unter Berücksichtigung der Anforderungen, die Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 Grundrechte-Charta stellen, hinnehmen können. Ob dies auch für den Ausschluss der Nachprüfung der internationalen Zuständigkeit anhand der *ordre public* Klausel durch die Fiktion gilt, dass die Zuständigkeitsvorschriften nicht zur öffentlichen Ordnung zählen, erscheint aber fraglich. Unterstellt, der Erstrichter wendet entgegen Art. 3 Abs. 2 EuGVO eine exorbitante Zuständigkeitsvorschrift an und bejaht auf dieser Grundlage seine internationale Zuständigkeit, obwohl dem Streit jegliche Nähebeziehung zum Forum fehlt, so könnten Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 Abs. 2 Grundrechte-Charta jedenfalls dann eine Versagung der Anerkennung rechtfertigen, wenn der Beklagte im Erststaat alle Möglichkeiten ausgeschöpft hat, die ihm gegen die Entscheidung zur Verfügung stehen. SCHLOSSER hat dieses Problem frühzeitig erkannt und neigte einer einschränkenden Auslegung des Art. 28 Abs. 3 EuGVÜ zu.¹⁷⁹ Der EuGH ist dem in der *Krombach*-Entscheidung entgegengetreten. Das Erstgericht hatte seine internationale Zuständigkeit aufgrund der Staatsangehörigkeit

¹⁷⁷ Die Ausnahmen enthält Art. 35 Abs. 1 EuGVO.

¹⁷⁸ JENARD-Bericht, ABIEG C 59 vom 5.3.1979.

¹⁷⁹ SCHLOSSER, *RabelsZ* 47 (1983), 525, 529; nach der EuGH-Entscheidung DERS., *EU-Zivilprozessrecht*, Art. 34-36 N. 30; ebenso MATSCHER, *IPRax* 2001, 428, 433.

der klagenden Partei bejaht. Auch in diesem Fall liess der EuGH die Nachprüfung im Anerkennungs- und Vollstreckungsstaat nicht zu.¹⁸⁰

b) Pflicht zur Anerkennung und Vollstreckung aus Art. 6 I EMRK und Art. 47 Abs. 2 Grundrechte-Charta

Dass eine Pflicht zur Anerkennung von Entscheidungen unmittelbar aus Art. 6 Abs. 1 EMRK folgt, erscheint zunächst zweifelhaft. MATSCHER hielt diese Auffassung gleichwohl schon 1990 für vertretbar.¹⁸¹ Das Argument, die Garantie auf Zugang zu einem Gericht erfordere einen Wirkungstransfer der Entscheidung ins Ausland, ist aber keineswegs zwingend. Im Jahr 1950 war dies sicherlich kein Ziel der Vertragsstaaten der EMRK. Allerdings sollte man die Entwicklung innerhalb der Vertragsstaaten, die inzwischen sämtlich EU-Mitglieder sind, berücksichtigen. Die Mitgliedstaaten der EU tragen seit dem Vertrag von Amsterdam zur Entwicklung eines einheitlichen Rechtsraums Europa bei; die Freizügigkeit gerichtlicher Entscheidungen ist eine Grundvoraussetzung eines solchen Raums. Deshalb ist es zulässig, auch eine evolutive Entwicklung der EMRK vorzunehmen und einen Anspruch auf Übernahme von Entscheidungen zu bejahen.¹⁸² Wollte man eine historische Auslegung der EMRK vorziehen, so lässt sich die hier vorgenommene Interpretation jedenfalls für die Auslegung der Art. 47 Abs. 2 Grundrechte-Charta nutzbar machen. Die Aufnahme einer den Zugang zu einem Gericht garantierenden Bestimmung in die Grundrechte-Charta ist zum jetzigen Zeitpunkt, an dem die Bildung eines einheitlichen europäischen Rechtsraums mit hohem Tempo vorangeht, nur dahin auszulegen, dass Art. 47 Abs. 2 Grundrechte-Charta auch die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen der Mitgliedstaaten garantiert. Insofern bestätigte sich die Erkenntnis, dass die Bestimmungen der EMRK und des Europäischen Primärrechts unter Berücksichtigung der mit ihnen angestrebten Ziele durchaus unterschiedlich ausgelegt werden können.

¹⁸⁰ EuGH, *JZ* 2000, 723, 724; zustimmend NAGEL/GOTTWALD, *IZPR*, § 11 N. 60.

¹⁸¹ MATSCHER, *ZZP* 103 (1990), 294, 318.

¹⁸² So im Ergebnis, aber mit anderer Begründung MATSCHER, *ZZP* 103 (1990), 294, 318.

c) Prüfung der Ausgestaltung des Anerkennungsverfahrens an Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 Grundrechte-Charta

aa) Verzicht auf Erfordernis ordnungsgemässer Zustellung

Aus Art. 6 Abs. 1 EMRK folgt der Anspruch auf rechtliches Gehör und daraus abgeleitet auf ausreichende Zeit zur Vorbereitung der Verteidigung.¹⁸³ Daher ist es notwendig, dass eine Anerkennung und Vollstreckung versagt wird, wenn diesem Erfordernis dadurch nicht genügt ist, dass dem Beklagten das verfahrenseinleitende Schriftstück nicht rechtzeitig zur Kenntnis gebracht wird.

Art. 34 Nr. 2 EuGVO unterscheidet sich derart von seinem Vorgänger Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ, dass er auf eine doppelte Sicherung zugunsten des Beklagten verzichtet. Bisher war nach Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ die Anerkennung zu versagen, wenn zwei Voraussetzungen gegeben waren. Erstens musste das verfahrenseinleitende Schriftstück unter Einhaltung der Zustellungsregeln des Erststaates zugestellt worden sein und zweitens musste es rechtzeitig zugegangen sein, damit der Beklagte eine effektive Verteidigungsmöglichkeit hatte.

Der Europäische Gesetzgeber hat auf das Erfordernis der ordnungsgemässen Zustellung verzichtet. Der Entscheidung ist nicht deshalb die Anerkennung zu versagen, weil gegen Zustellungsvorschriften im Erststaat verstossen wurde. Die Neuregelung ist auch unter Berücksichtigung des Art. 6 Abs. 1 EMRK ein angemessener Ausgleich von Kläger- und Beklagteninteressen. Die Kumulation dieser beiden Voraussetzungen konnte in der Vergangenheit den Justizgewährungsanspruch des Klägers aus Art. 6 Abs. 1 EMRK unzumutbar beeinträchtigen, wenn die Zustellung im Erststaat zwar nicht ordnungsgemäss war, der Beklagte aber gleichwohl rechtzeitig Kenntnis erlangt hatte, seinem Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 6 Abs. 1 EMRK genügt war. Das Zustellungserfordernis wurde hier zwar zur Förmerei, der EuGH hielt dennoch daran fest.¹⁸⁴ Zwar ist es richtig, dass Zustellungsvorschriften gerade dazu dienen, das rechtliche Gehör des Beklagten zu sichern. Für diesen ist aber nicht so sehr die Einhaltung dieser Regeln als vielmehr die effektive Kenntnis von dem verfahrenseinleitenden Schriftstück von Bedeutung.¹⁸⁵ Die Neufassung des Art. 34 Nr. 2 EuGVO ist daher eher als die der Vorläufervorschrift Art. 27

¹⁸³ MATSCHER, ZöR 31 (1980), I, 30.

¹⁸⁴ EuGHE Slg. 1990, 2725.

¹⁸⁵ GEIMER, IPRax 2002, 69, 72; DERS., FS Beys, 391, 397.

Nr. 2 EuGVÜ geeignet, dem Massstab des Art. 6 Abs. 1 EMRK zu genügen.

bb) Straffung des Exequaturverfahrens

Der Europäische Gesetzgeber hat das Exequaturverfahren dadurch gestrafft, dass er die Prüfung von Anerkennungsversagungsgründen im Vollstreckbarerklärungsverfahren ausschliesst. Gem. Art. 41 S. 1 EuGVO kommt es nur dann noch zu einer Prüfung von Versagungsgründen, wenn sich der Schuldner durch Erhebung einer Beschwerde auf sie beruft.¹⁸⁶ Erst dann erhält der Schuldner überhaupt Gelegenheit zur Stellungnahme.

Diese Entscheidung ist vor dem Hintergrund des Art. 6 Abs. 1 EMRK unbedenklich. Gesichert wird nur der Zugang zu Gericht, der auch erst durch Initiative einer Partei erfolgen kann. Im Fall der Anerkennung von Entscheidungen, die im Urteilsstaat gegen elementare Verfahrensprinzipien verstossen, wird durchaus zu Recht die Ansicht vertreten, dass man von dem Beklagten fordern kann, im Erststaat die Initiative zu ergreifen und alle Rechtsmittel auszuschöpfen.¹⁸⁷ Entsprechendes gilt auch hier.

5. Zwangsweise Schiedsvereinbarungen

a) EMRK und Schiedsgerichtsbarkeit

Art. 6 Abs. 1 EMRK schliesst den Abschluss von Schiedsverträgen nicht aus.¹⁸⁸ Auch der vertragliche Verzicht auf Zugang zu einem Gericht soll nicht grundsätzlich im Widerspruch zu Art. 6 Abs. 1 EMRK stehen.¹⁸⁹ Die Parteien sollen sich sogar auf freiwilliger Grundlage der Gerichtsbarkeit eines *nicht* den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK entsprechenden

¹⁸⁶ GEIMER, FS Beys, 391, 400.

¹⁸⁷ GEIMER, ZIP 2000, 863, 864.

¹⁸⁸ EGMR 23. 2. 1999 – 31737/96 (*Osmo Suovaniemi* ua. gegen Finnland); BRINER/v. SCILABRENDORFF, Article 6 of the European Convention on Human Rights, Liber amicorum Böckstiegel, 2001, 89, 91; SCHWAB/GOTTWALD in: HABSCHIED (Hrsg.), Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung, 1983, 43 (m.w.N. in (FN 258)).

¹⁸⁹ EKMR 5. 10. 1978 – 6903/75; EGMR 27. 2. 1980 (*Deweer* gegen Niederlande); MIEHLER/VOGLER in: KARL (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Menschenrechtskonvention, Art. 6 RN 280; FROWEIN/PEUKER, EMRK, Art. 6 RN 53; ORFANIDIS in: Gottwald (FN 47), 61, 95.

Schiedsgerichts unterwerfen können.¹⁹⁰ Sollte Schiedsgerichtsbarkeit gesetzlich zwingend vorgeschrieben sein, muss das entsprechende Verfahren vor dem Schiedsgericht die Garantien des Art. 6 EMRK einhalten.¹⁹¹

b) Oktroyierte Schiedsvereinbarungen und Art. 6 Abs. 1 EMRK

Oktroyierte Schiedsvereinbarungen können in komplexen mehrseitigen Rechtsverhältnissen aus den gleichen Gründen notwendig sein wie oktroyierte Gerichtsstandsvereinbarungen.¹⁹² Ob die Beschränkung der Freiwilligkeit beim Abschluss einer Schiedsvereinbarung durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden kann, wird in der Literatur zur EMRK nicht erörtert.

In vielen nationalen Rechtsordnungen wird die Frage des Schiedszwangs nicht ausdrücklich geregelt. Dies ist z.B. der Fall in Deutschland, der Schweiz, Griechenland¹⁹³ und Österreich.¹⁹⁴ In diesen Ländern wird allerdings zum Teil kontrovers diskutiert, ob zur Beurteilung von Schiedszwang ergänzend auf materielles Recht¹⁹⁵ oder Verfassungsrecht¹⁹⁶ zurückgegriffen werden kann. In der Schweiz ist nach Ansicht des Bundesgerichts Art. 27 ZGB heranzuziehen, um zu prüfen, ob eine Schiedsvereinbarung wirksam ist.¹⁹⁷

Im Vorfeld der Olympischen Spiele 2000 hatte der Court of Appeal New South Wales einen Streit um die Nominierung einer australischen Judoka durch den nationalen Judoverband zu entscheiden.¹⁹⁸ Die Sportlerin Raguz hatte eine Schiedsvereinbarung zum Court of Arbitration for Sport (CAS) unterzeichnet, die eine exklusive Zuständigkeit des Schiedsgerichts vorsah. Die Nominierung erfolgte nach den Feststellungen des Gerichts nur unter der Bedingung, dass alle australischen Sportler die Schiedsvereinba-

¹⁹⁰ FROWEIN/PEUKER, EMRK, Art. 6 RN 53 (FN 266); differenzierend BRINER/V.SCHILABRENDORFF, Liber amicorum Böckstiegel, 89, 91 ff.

¹⁹¹ FROWEIN/PEUKERT, EMRK, Art. 6 RN 53 (FN 266).

¹⁹² S.o. V.2.b.dd.

¹⁹³ MALATOS, SpuRt 1997, 148, 152.

¹⁹⁴ MATSCHER, JBl 1975, 412, 414; FASCHING in: GOTTWALD (Hrsg.), Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 1997, 729, 733.

¹⁹⁵ FASCHING in: GOTTWALD (FN 194), 729, 733 will auf die im ABGB enthaltenen Vorschriften über List, Zwang und Irrtum zurückgreifen. Ablehnend MATSCHER, JBl 1975, 412, 414.

¹⁹⁶ MALATOS, SpuRt 1997, 148, 152 (Griechenland); BGH, NJW 2000, 1713.

¹⁹⁷ TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl. 1995, S. 89; HAAS, ZEuP 1999, 355, 372 f.

¹⁹⁸ Raguz v. Sullivan & Ors, New South Wales Court of Appeals, 1. 9. 2000, unter: <http://www.lawlink.nsw.gov.au/ca25...736d1ca256949001a1bd4?OpenDocument>.

ung unterzeichneten. Unter der Geltung des Rechts des Staates New South Wales hatte das Gericht keine Bedenken gegen die Wirksamkeit der Schiedsklausel.¹⁹⁹

c) Übertragung der für oktroyierte Gerichtsstandsvereinbarungen geltenden Ergebnisse?

Fraglich ist, ob sich die Ergebnisse, die vorliegend für zwangsweise Gerichtsstandsvereinbarungen gefunden wurden, auf zwangsweise Schiedsvereinbarungen übertragen lassen. Dann könnte der Abschlusszwang im Einzelfall unter Berücksichtigung der Interessen der Parteien der Schiedsvereinbarungen durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden. Möglicherweise sind aber strengere Anforderungen an die Freiwilligkeit einer Schiedsvereinbarung zu stellen, als an die Freiwilligkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung, weil letztere nur zu einer anderen internationalen staatlichen Zuständigkeit führt und die staatliche Zuständigkeit nicht derogiert. Sieht man – wie der deutsche Gesetzgeber²⁰⁰ – die schiedsgerichtliche Streiterledigung als eine der staatlichen Gerichtsbarkeit grundsätzlich gleichwertige Alternative an, spricht das gegen eine unterschiedliche Behandlung.

Das Schweizer Bundesgericht betonte schon 1996, dass ein unabhängiges Schiedsgericht eine volle und gleichwertige Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit sei.²⁰¹

In Deutschland könnte die Rechtsprechung des BGH zur Zulässigkeit satzungsmässiger Schiedsklauseln im Mitgliedschaftsverhältnis objektiv

¹⁹⁹ Zu diesem Fall ADOLPHSEN (FN 88), 557; zur vergleichbaren Praxis des Internationalen Olympischen Komitees für die Olympischen Spiele, 551 f.

²⁰⁰ In der Begründung, mit der der deutsche Gesetzgeber die Streichung des § 1025 Abs. 2 ZPO a.F. gerechtfertigt hat, kommt diese grundsätzliche Gleichwertigkeit zum Ausdruck: „Die in § 1025 Abs. 2 erste Alternative ZPO vorgesehene Rechtsfolge der Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung für den Fall, daß eine Partei ihre wirtschaftliche oder soziale Überlegenheit dazu ausgenutzt hat, die andere Partei zum Abschluß der Schiedsvereinbarung zu nötigen, erscheint angesichts der Tatsache, dass die Schiedsgerichtsbarkeit einen der staatlichen Gerichtsbarkeit grundsätzlich gleichwertigen Schutz bietet, zu weitgehend.“ (BR-Drs. 211/96, 109 f.).

²⁰¹ Entscheidung des Bundesgerichts in der Sache Nagel ./ FEI vom 31.10.1996 (Az.: 4C 44/1996); dazu HAAS, ZEuP, 1999, 355, 373. Daraus dürfte zu schliessen sein, dass eine Partei, die von einer stärkeren zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung bestimmt wird, sich ihrer Freiheit nicht in einer die Sittlichkeit verletzenden Art und Weise begibt, wie es Art. 27 ZGB fordert.

unfreiwillige Schiedsvereinbarungen auch in mitgliedschaftsähnlichen Rechtsverhältnissen *per se* verbieten.²⁰²

Der BGH hatte den Fall des Mitglieds eines Hundezüchtersvereins zu beurteilen. Der Verein führte nach dem Beitritt des Klägers durch Satzungsänderung mehrheitlich, aber gegen dessen Stimme, eine Schiedsklausel in die Satzung ein. Der Kläger, Mitglied des Vereins, wehrte sich vor dem ordentlichen Gericht gegen eine gegen ihn verhängte Vereinsstrafe. Der BGH führt aus, dass das Recht auf Zugang zu den staatlichen Gerichten, das sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt, und das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) Verfassungsrang haben. Die Schiedsgerichtsbarkeit sei Ausfluss des in Art. 2 Abs. 1 GG verankerten Grundrechts der Handlungsfreiheit und der Privatautonomie. Das Grundrecht der Handlungsfreiheit verlange, dass die Unterwerfung unter die Schiedsgerichtsklausel und der damit verbundene Verzicht auf die Entscheidung eines staatlichen Rechtsprechungsorgans grundsätzlich auf dem freien Willen des Betroffenen beruhen muss. Diejenigen Mitglieder, die gegen die Satzungsänderung stimmten, hätten gerade keine freiwillige Entscheidung für die Unterwerfung unter eine private Schiedsgerichtsbarkeit getroffen und damit nicht aus eigenem Willen auf den Zugang zu den staatlichen Gerichten verzichtet. Ein freiwilliger Verzicht könne dann nicht in der Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft gesehen werden, wenn es sich bei dem Verein um einen Monopolverband handle und der Kläger auf die Mitgliedschaft angewiesen sei.²⁰³

Der BGH hat die Auseinandersetzung mit den einfachen Gesetzen vermieden und die Freiwilligkeit direkt der in Art. 2 Abs. 1 GG verankerten Handlungsfreiheit zugeordnet, obwohl der Streit auf der Grundlage alten Rechts, also des § 1025 Abs. 2 ZPO a.F. zu entscheiden war.²⁰⁴ Diese Norm, die den Fall mangelnder Freiwilligkeit beim Abschluss der Schiedsvereinbarung regelt, wird in der gesamten Entscheidung nicht erwähnt. Auch zur Geltung des Mehrheitsprinzips im Vereinsrecht (§ 32 Abs. 1 S. 3, § 33 BGB) oder zu der dieses einschränkenden Kernbereichslehre²⁰⁵ verliert der Senat kein Wort, obwohl Art. 2 Abs. 1 GG unter dem Vorbehalt der

²⁰² BGH, NJW 2000, 1713.

²⁰³ BGH, NJW 2000, 1713.

²⁰⁴ Der BGH wendete aufgrund Übergangsrechts noch die §§ 1025 ff. ZPO a.F. in der bis zum 31. 12. 1997 in Kraft gewesenen Fassung an. Er stützt seine Ansicht jedoch nicht mit dem Wortlaut des § 1025 Abs. 2 ZPO a.F., sondern mit Argumenten aus grundrechtlichen Abwägungen, so dass man davon ausgehen kann, dass die Streichung des § 1025 Abs. 2 ZPO a.F. am Ausgang des Rechtsstreits nichts ändern dürfte.

²⁰⁵ K. SCHMIDT, BB 2001, 1857, 1861 f.

Rechte anderer, der verfassungsmässigen Ordnung und der Sittengesetze²⁰⁶ steht, wozu auch das vereinsrechtliche Mehrheitsprinzip zählt. Das Mitglied verzichtet im Verein auf die unbedingte Durchsetzung des eigenen Willens und ordnet sich von vornherein dem Willen der Mehrheit unter. Dieser Verzicht bezieht sich auf sämtliche Fragen, die in der Satzung geregelt werden. Dies sind neben solchen, die den Zugang zu den staatlichen Gerichten betreffen z.B. auch Strafvorschriften, Beitragszahlungen oder Nachschusspflichten. Ein Vereinsmitglied weiss, dass es seinen eigenen Willen innerhalb des Vereins nur dann durchsetzen kann, wenn dieser dem Willen der Mehrheit entspricht. Das gilt im Grundsatz auch für die Mitgliedschaft in Monopolverbänden.

Da der BGH seine Entscheidung nicht auf die einfachgesetzliche Vorschrift des § 1025 Abs. 2 ZPO a.F. gestützt hat, sondern direkt auf verfassungsrechtliche Erwägungen, muss man davon ausgehen, dass die Entscheidung auch für das neue Recht gilt.²⁰⁷

Das neue Recht sieht jedoch staatliche Gerichtsbarkeit als gleichwertige Alternative des Rechtsschutzes an,²⁰⁸ was durch die Streichung des § 1025 ZPO a.F. zum Ausdruck kommt. Da der BGH direkt auf Verfassungsrecht zurückgegriffen hat, wurde diese Einschätzung des Gesetzgebers nicht berücksichtigt. Unter der Prämisse der grundsätzlichen Gleichwertigkeit des Rechtsschutzes besteht aber kein Bedarf, die schwächere Partei vor zwangsweisen Schiedsvereinbarungen zu schützen, wenn dies zur einheitlichen Rechtsdurchsetzung unter Berücksichtigung der Belange der schwächeren Partei erforderlich ist.

Wenn demnach zwischen staatlicher und privater (Schieds-)Gerichtsbarkeit kein grundsätzlicher Unterschied hinsichtlich der Effektivität des Rechtsschutzes besteht, kann die Einschränkung der Parteiautonomie bei Gerichtsstands- bzw. Schiedsvereinbarungen aus Gründen des Schutzes der schwächeren Partei auch nicht unterschiedlich gehandhabt werden, so dass die Ergebnisse, die bei der Beurteilung von Zwang zum Abschluss von Gerichtsstandsvereinbarungen erzielt wurden, auf Schiedsvereinbarungen übertragen werden können.

²⁰⁶ STARCK in v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, GG, Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 2 RN 19; zum Streit um die Bedeutung des Begriffs der verfassungsmässigen Ordnung in Art. 2 GG s. DÜRIG in: MAUNZ/DÜRIG, Bd. I, Stand 2001, Art. 2 RN 17.

²⁰⁷ Ebenso KRÖLL, NJW 2001, 1173, 1176.

²⁰⁸ Grundansatz der Ausführungen im deutschen Gesetzentwurf zum Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz, BT-Drs. 13/5274, 34; HAAS, ZGR 2001, 325, 334 f.; ADOLPHSEN (FN 88), 508.

Demnach können auch zwangsweise Schiedsvereinbarungen durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein und verstossen nicht gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK.

6. Exklusiver einstweiliger Rechtsschutz durch Schiedsgerichte

Die gleichen Gründe, die den Abschluss zwangsweiser Gerichts- und Schiedsstandsvereinbarungen fördern, können auch ergänzend exklusiven einstweiligen Rechtsschutz durch Schiedsgerichte erforderlich machen. In komplexen Rechtsverhältnissen, bei denen zahlreiche gleiche Rechtsbeziehungen vorliegen, kann das Eingreifen staatlicher Gerichte im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zu einer Ungleichbehandlung dieser gleichen und gleich zu behandelnden Rechtsbeziehungen führen. Jede (unterschiedliche) Intervention staatlicher Gerichte stürte das auf dem Prinzip der Gleichbehandlung aller Beteiligten basierende System.

Rechtsvergleichend ist die Kompetenz von Schiedsgerichten zum Erlass einstweiliger Massnahmen überwiegend gegeben.²⁰⁹ Auch in Deutschland ist dies inzwischen der Fall.²¹⁰ Die Einfügung des § 1041 ZPO hat eine Wende vollzogen, die eine Jahrzehnte alte herrschende Meinung abgelöst hat, die eine derartige Kompetenz von Schiedsgerichten grundsätzlich verneinte.²¹¹ Diese Ansicht war nur vereinzelt in Frage gestellt worden.²¹²

Nach § 1033 ZPO schliesst eine Schiedsvereinbarung die Möglichkeit nicht aus, dass ein Gericht vor oder nach Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens vorläufige Massnahmen erlässt.²¹³ Wenig geklärt scheint bisher, ob die Parteien eines Schiedsvertrages vereinbaren können, dass *ausschliesslich* das Schiedsgericht für den Erlass vorläufiger Massnahmen zuständig sein soll.

In *Deutschland* wird die Frage insgesamt wenig erörtert. Hintergrund ist wohl die bis zum Erlass des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes

²⁰⁹ LASCHET, ZZZ 99 (1986), 271, 273; Länder, in denen Schiedsgerichte keine einstweiligen Massnahmen erlassen können, führt GOTTWALD (FN 196), 61 f. auf.

²¹⁰ S. jüngst SCHROTH, SchiedsVZ 2003, 102.

²¹¹ RGZ 31, 370, 374; BGH, ZZZ 71 (1958), 427, 436; BORK in: GOTTWALD (FN 196), 283, 300.

²¹² STEINBERG, Streitfragen aus dem Gebiet der einstweiligen Verfügung, 1931, 35; BRINKMANN, Schiedsgerichtsbarkeit und Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, 1977, 41 ff.; NICKLISCH, RIW/AWD 1978, 633, 639; LINDACHER, ZGR 1979, 219 ff.

²¹³ SCHROTH, SchiedsVZ 2003, 102, 104.

bestehende h.M., dass Schiedsgerichte gar nicht zum Erlass vorläufiger Massnahmen befugt seien. Gleichwohl gibt es vereinzelt aussagekräftige Gerichtsentscheidungen und Literaturstimmen, die die exklusive Zuständigkeit von Schiedsgerichten zum Erlass vorläufiger Massnahmen annehmen, wenn eine entsprechende Vereinbarung vorliegt.²¹⁴

M.E. muss das Schiedsgericht auch im Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes effektiven Rechtsschutz bieten. Ist dies gewährleistet, muss das staatliche Gericht die Parteien auf das schiedsrichterliche Verfahren verweisen, wenn das Schiedsgericht in der Lage ist, die Rechte der Sportler effektiv zu sichern. Ist das nicht der Fall, lebt die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts wieder auf.

Dieses Ergebnis ist mit den Anforderungen, die Art. 6 Abs. 1 EMRK stellt, vereinbar. Art. 6 Abs. 1 EMRK garantiert als allgemeines Rechtsschutzgrundrecht²¹⁵ ein faires, zügiges und öffentliches Verfahren. Der Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 EMRK – „*innerhalb einer angemessenen Frist*“ – gewährleistet jedoch nicht unmittelbar den einstweiligen Rechtsschutz.²¹⁶ Darüber hinaus ist zu bedenken, dass der einstweilige Rechtsschutz ein Mittel ist, eine Entscheidung in angemessener Frist zu erreichen. Die Auswahl zwischen dem einstweiligen Rechtsschutz und anderen Mitteln, die dem gleichen Ziel dienen können, wie Fristen und Regeln über vorläufige Vollstreckbarkeit, dürfte Sache der nationalen Gesetzgeber sein, die nicht durch die EMRK vorgegeben ist.²¹⁷

Art. 6 EMRK legt daher schon den einstweiligen Rechtsschutz nicht zwingend als Bestandteil des europäischen *ordre public* fest. Daher dürfte die Substitution staatlichen einstweiligen Rechtsschutzes durch schiedsgerichtlichen kein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK darstellen.

²¹⁴ OLG Hamm, MDR 1972, 521; ADEN, BB 1985, 2277, 2282; LINDACHER, ZGR 1979, 201, 213 f.; BÖSCH, Einstweiliger Rechtsschutz in der internationalen Handelschiedsgerichtsbarkeit, 1989, 176; SCHÜTZE, BB 1998, 1650; G. WAGNER (FN 93), 421. SCHLOSSER, Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Bd. 2, 2. Aufl., 1989 RN 417; DERS., ZZZ 99 (1986), 241, 268 spricht sich zumindest dafür aus, dass die Parteien besondere Massnahmegründe für ein Tätigwerden des staatlichen Gerichts vereinbaren und dafür, dass die Parteien die exklusive Zuständigkeit des Schiedsgerichts für gestaltende einstweilige Verfügungen vorsehen können.

²¹⁵ WALKER, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, 1993, RN 49.

²¹⁶ BANDEL, Einstweiliger Rechtsschutz im Schiedsverfahren, 2000, 316.

²¹⁷ Rechtsvergleichend SCHWAB/GOTTWALD in: HABSCHIED (FN 190), 67 („Zweckmäßigkeitserwägungen“). Zum Ermessen der Vertragsstaaten im Hinblick auf die durch Art. 6 EMRK verbürgte institutionelle Garantie der Gerichtsbarkeit MIEHSLER/VOGLER in: IntKomm (FN 191), Art. 6 RN 272.