



## Schlichter sind nach LugÜ Richter

### Rechtshängigkeit nach Rechtssache Schlömp, C-467/16

ALEXANDER R. MARKUS\*



FRAUKE RENZ\*\*

Ist eine Schweizer Schlichtungsbehörde als «Gericht» im Sinne des LugÜ anzusehen und kann somit ein Schlichtungsgesuch Rechtshängigkeit begründen? Mit diesen Fragen setzt sich der Gerichtshof der Europäischen Union im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens auseinander. Im Hinblick auf Art. 62 LugÜ und dessen Parallelnorm Art. 62 aEuGVVO sowie die Entstehungsgeschichte, aber insbesondere auch nach funktionaler Auslegung des Gerichtsbegriffs wird evident, dass die Antwort auf beide Fragen positiv ist. Art. 62 LugÜ verlangt keine Qualifikation der Behörde nach förmlicher Einordnung im nationalen Recht, sondern eine Auseinandersetzung mit deren Funktion. Da die Schlichtungsbehörde nach Schweizer ZPO ins gerichtliche Verfahren eingebunden ist, ergibt sich, dass die Schlichtungsbehörde als Gericht zu qualifizieren ist. Damit können auch Schlichtungsgesuche Rechtshängigkeit nach LugÜ begründen. Dies verhindert eine Diskriminierung derjenigen, die den in der Schweiz vorgeschriebenen Weg beschreiten, und reduziert das Risiko paralleler Prozesse.

Une autorité suisse de conciliation doit-elle être considérée comme un « tribunal » au sens de la CL et une requête en conciliation peut-elle par conséquent créer la litispendance ? La Cour de justice de l'Union européenne s'est penchée sur ces questions dans le cadre d'une procédure préjudicielle. L'énoncé de l'art. 62 CL et de sa norme parallèle, l'art. 62 du règlement 44/2001 (abrogé), la genèse de la Convention, mais plus particulièrement une interprétation fonctionnelle de la notion de tribunal permettent une réponse affirmative sans hésitation à ces deux questions. La qualification de l'autorité prévue à l'art. 62 CL se fonde non pas sur sa position formelle dans l'organisation judiciaire nationale, mais sur le rôle qui lui est attribué. L'autorité de conciliation du CPC suisse étant impliquée dans la procédure judiciaire, elle doit ainsi être qualifiée de tribunal. En conséquence, les requêtes en conciliation peuvent elles aussi créer la litispendance au sens de la CL. Cela évite une discrimination de ceux qui empruntent la voie prescrite en Suisse, et réduit le risque de procès parallèles.

#### Inhaltsübersicht

- I. Zusammenfassung des Sachverhalts und der Prozessgeschichte
- II. Erwägungen des Amtsgerichts Stuttgart
- III. Rechtshängigkeit durch Einleitung des Schlichtungsverfahrens
  - A. Ausgangslage
  - B. Die Regelung der Rechtshängigkeit nach LugÜ und EuGVVO
  - C. Ausländische Rechtsprechung zum System von Brüssel und Lugano
    1. Gerichtsentscheide zu LugÜ und zu aEuGVVO divergieren
    2. Keine unmittelbare Massgeblichkeit der Entscheidungen zur aEuGVVO für das LugÜ
  - D. Auslegungsregeln zum LugÜ
  - E. Teleologisch-funktionale Betrachtung des Rechtshängigkeitsmechanismus
  - F. Der Begriff des «Gerichts» nach Art. 62 i.V.m. Art. 32 LugÜ
    1. Funktionale Betrachtung des «Gerichts» nach dem offiziellen Bericht zum LugÜ
    2. Betreibungs-, Unterhalts- und andere Behörden als «Gerichte»
    3. Schlichtungsbehörden als «Gerichte»
- IV. Fazit

#### I. Zusammenfassung des Sachverhalts und der Prozessgeschichte

Das Amtsgericht Stuttgart befasste sich mit einer negativen Feststellungsklage der in der Schweiz wohnhaften Antragstellerin gegen das Landratsamt Schwäbisch Hall.<sup>1</sup> Es ging um den Rückgriff der öffentlichen Hand (Landratsamt) auf die angeblich für ihre Mutter nach BGB unterhaltspflichtige Tochter. Das Landratsamt wollte über den Regressweg die öffentlich bewilligten Sozialhilfeleistungen geltend machen, welche der pflegebedürftigen Mutter der Antragstellerin gezahlt worden waren. Die Antragstellerin hingegen machte mit ihrer Klage geltend, dass sie dem Landratsamt keinen Eltern-Unterhalt aus übergegangenem Recht schulde.

Das Landratsamt hatte bei der Schlichtungsbehörde des Friedensrichteramts des Kreises Reiat, Kanton Schaffhausen, am 16. Oktober 2015 ein Schlichtungsgesuch gegen die Antragstellerin eingeleitet. Da sich die Parteien nicht einigen konnten, wurde am 25. Januar 2016 die Klagebewilligung ausgestellt, welche dem Kläger am 26. Januar 2016 zugestellt wurde. Am 11. Mai 2016 reichte das Landratsamt vor dem zuständigen Schaffhauser Kantonsgericht Klage auf Zahlung des Mindestunterhaltsbetrags und Erteilung einer zusätzlichen Auskunft ein.

\* ALEXANDER R. MARKUS, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern, Direktor des Instituts für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht (CIVPRO), Bern.

\*\* FRAUKE RENZ, MLaw, LL.M., wissenschaftliche Assistentin am Institut CIVPRO, Bern.

<sup>1</sup> Amtsgericht Stuttgart, 28 F 618/16, 8.8.2016.

Am 22. Februar 2016 war zugleich der negative Feststellungsantrag der Antragstellerin beim Amtsgericht (Familiengericht) Schwäbisch Hall (Deutschland) eingegangen. Dieses erklärte sich am 7. März 2016 für örtlich unzuständig und verwies das Verfahren an das Amtsgericht (Familiengericht) Stuttgart. Dort ging der Antrag am 21. März 2016 ein. Dieser Antrag wurde dem Landratsamt am 26. April 2016 zugestellt, woraufhin dieses die Abweisung desselben wegen anderweitiger Rechtshängigkeit beantragte. Das deutsche Gericht habe das Verfahren nach Art. 27 Abs. 1 LugÜ<sup>2</sup> auszusetzen. Dem widersprach die Antragstellerin dahingehend, dass die Schaffhauser Schlichtungsbehörde kein «Gericht» im Sinne des LugÜ sei und das Schlichtungsverfahren somit keine Rechtshängigkeit in der Schweiz begründe.

## II. Erwägungen des Amtsgerichts Stuttgart

Das Amtsgericht stellte zunächst fest, dass es bei den geführten Verfahren im Kern um den gleichen Streitgegenstand geht. Eine Übereinstimmung der zu vergleichenden Verfahren im Kern ist nach der weiten Auslegung des Gerichtshofs zur Klageidentität ohne Weiteres ausreichend.<sup>3</sup> Es liegt nach Ansicht des Amtsgerichts derselbe Lebenssachverhalt zugrunde.

Zur Beurteilung der Frage der Rechtshängigkeit zieht das Gericht das LugÜ und speziell Art. 27 sowie Art. 30 heran. Hiernach setzt das später angerufene Gericht das Verfahren von Amtes wegen aus, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts festgestellt wurde. Das Gericht gilt zu dem Zeitpunkt als angerufen, in dem das verfahrenseinleitende Schriftstück bei Gericht eingereicht wurde. *In casu* ist das deutsche Amtsgericht das später angerufene Gericht, sofern erstens durch die Anrufung der Schlichtungsbehörde in Reiat bereits Rechtshängigkeit begründet wurde und zweitens Schlichtungs- und Klageverfahren als ein einheitliches Verfahren anzusehen sind.

Einheitlichkeit zwischen Schlichtungs- und darauf folgendem Klageverfahren wird vom Amtsgericht angenommen, weil ohne Ausstellung der Klagebewilligung eine gerichtliche Entscheidung nach Schweizer Zivilprozessrecht nicht erfolgen kann. Offen bleibt für das Amts-

gericht hingegen die umstrittene Frage, ob die *Schlichtungsbehörde als Gericht* im Sinne des LugÜ anzusehen ist. Daran geknüpft ist die Frage, ob Rechtshängigkeit begründet wird, wenn ein Schlichtungsgesuch eingereicht wird. Zur Vermeidung unterschiedlicher nationalstaatlicher Auslegungen wie auch von Anerkennungs- und Vollstreckungshindernissen sah das Amtsgericht Stuttgart eine einheitliche Auslegung der Frage, ob eine Schweizer Schlichtungsbehörde ein «Gericht» im Sinne von Art. 27 und 30 LugÜ darstelle, als geboten an. Das Amtsgericht setzte daher das Verfahren aus und legte diese Frage dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung gem. Art. 267 Abs. 2 AEUV vor.<sup>4</sup>

## III. Rechtshängigkeit durch Einleitung des Schlichtungsverfahrens

### A. Ausgangslage

Der Gerichtshof der Europäischen Union muss vorliegend die Schweizer Schlichtungsbehörden und das ZPO-Schlichtungsverfahren unter dem LugÜ qualifizieren. Die Frage, ob das Einreichen eines Schlichtungsgesuchs bei einer Schweizer Schlichtungsbehörde Litispendenz gemäss Art. 27 und 30 LugÜ begründet, wird in der schweizerischen Literatur weitgehend unbestritten bejaht;<sup>5</sup> wäh-

<sup>2</sup> Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ; SR 0.275.12; in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 2011).

<sup>3</sup> «Kernpunkttheorie», so bspw. EuGH, *Gubisch Maschinenfabrik*, C-144/86, Urteil vom 8.12.1987, E. 6.

<sup>4</sup> Die Vorlagefrage i.S. *Schlömp*, C-467/16, lautet: «Unterfällt auch eine Schlichtungsbehörde nach Schweizer Recht dem Begriff des «Gerichts» im Anwendungsbereich der Art. 27 und 30 des Lugano-Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen?»

<sup>5</sup> Für die Qualifikation der Schlichtungsbehörde als Gericht und die daraus resultierende Litispendenz durch Schlichtungsverfahren sprechen sich unter anderem aus: ANDREAS BUCHER, Art. 30 LugÜ N 3–4, in: Andreas Bucher (Hrsg.), *Loi sur le droit international privé/Convention Lugano, Commentaire Romand*, Basel 2011; SHK LugÜ-DASSER, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (Hrsg.), *Lugano-Übereinkommen (LugÜ)*, Stämpflis Handkommentar, 2. A., Bern 2011, Art. 30 N 12 ff.; FELIX DASSER, Die Rechtshängigkeit gemäss ZPO und revidiertem Lugano-Übereinkommen, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Alexander R. Markus/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), *Internationaler Zivilprozess 2011: Zusammenspiel des revLugÜ mit dem revSchKG und der schweizerischen ZPO*, Bern 2010, 95 ff. (zit. DASSER, Rechtshängigkeit), 108; TANJA DOMEJ, Der «Lugano-Zahlungsbefehl» – Titellose Schuldbetreibung in der Schweiz nach der LugÜ-Revision, ZZPInt 2008, 167 ff. (zit. DOMEJ, Lugano-Zahlungsbefehl), 167–168; URS FELLER/MARK MEILI, Schweizer Schlichtungsgesuch im euro-internationalen Verhältnis, SJZ 2015, 194 ff., 200; REBEKA KELLER, Rechtshängigkeit nach Lugano-Übereinkommen und schweizerischem IPRG, Diss., St. Gallen 2013, 138 ff.; LugÜ-Komm.-LIATOWITSCH/MEIER, in: Anton K. Schnyder (Hrsg.), *Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht*,

rend in parallelen Fragestellungen, die den Begriff des «Gerichts» nach LugÜ betreffen, hierzulande keine Einigkeit herrscht.

Sowohl das Schweizerische Bundesgericht<sup>6</sup> als auch bereits die Botschaft des Schweizerischen Bundesrates zum revidierten LugÜ<sup>7</sup> haben sich in den letzten Jahren dafür ausgesprochen, dass ein *Schlichtungsbegehren als verfahrenseinleitendes Schriftstück* im Sinne von Art. 30 LugÜ angesehen werden kann und somit Rechtshängigkeit für Schlichtungs- und Klageverfahren begründet. Bundesgericht und Bundesrat geben eine deutliche Richtung vor; auch wenn es sich beim Bundesgerichtsurteil insofern nur um ein *obiter dictum* handelt.<sup>8</sup> Gerichte verschiedener Mitgliedstaaten des europäischen Gerichtsstandsystems von Brüssel und Lugano haben sich jedoch, wie nachstehend dargestellt, zur Bedeutung der Schlichtungsbehörden für die Rechtshängigkeitsfrage uneinheitlich geäußert.

Die nachfolgenden Ausführungen wollen die Argumente pro und contra näher betrachten. Hierzu wird die ausländische Rechtsprechung herangezogen, insofern sie für die vorliegende Frage relevant ist. Vollständige Klarheit vermitteln erst eine Auslegung des Gerichtsbegriffs nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte sowie eine teleologisch-funktionale Qualifikation des Schlichtungsverfahrens. Dabei wird ein Seitenblick auf die Einordnung geworfen, die der EuGH für andere Instrumente, wie insbesondere den Zahlungsbefehl, vorgenommen hat, welche weder von einem «Gericht» erlassen noch einem typischen «Erkenntnisverfahren» unterworfen werden.

## B. Die Regelung der Rechtshängigkeit nach LugÜ und EuGVVO

Bei Rechtshängigkeit verlangt Art. 27 LugÜ, dass das später angerufene Gericht das Verfahren von Amtes wegen sistiert, bis die Zuständigkeit des ersten Gerichts feststeht. Der exakte Zeitpunkt, in welchem ein Gericht als angerufen gilt, wird in Art. 30 LugÜ geregelt. Weil die Einleitungsphase in den Prozessrechten der ans LugÜ gebundenen Staaten unterschiedlich ausgestaltet ist, gibt Art. 30 LugÜ zwei Varianten, diesen Zeitpunkt zu bestimmen: Entweder ist es die Einreichung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks (des klägerischen Begehrens) bei Gericht oder der Zeitpunkt, in welchem die für die Zustellung an den Beklagten verantwortliche Stelle das einleitende Schriftstück erhalten hat – je nachdem, welcher Zeitpunkt früher eintritt. Bei letzterer Variante kann es sich, wie etwa im französischen oder niederländischen System, um einen Weibel (*huissier*) handeln, der mit der Zustellung beauftragt wird.

Um zu bestimmen, ob es sich um ein «Gericht» im Sinne dieser Bestimmung handelt, ist hingegen auf Art. 62 LugÜ zurückzugreifen. Dieser besagt, dass unter «Gericht» jede Behörde verstanden wird, welche «als für die in den Anwendungsbereich dieses Übereinkommens fallenden Rechtsgebiete zuständig bezeichnet worden ist». Er erweitert insofern Art. 32 LugÜ, welche Bestimmung den sachlich-instrumentalen Anwendungsbereich des Staatsvertrags ganz allgemein auf Entscheidungen *von Gerichten* beschränkt. Es stellt sich also die Frage, ob die Schweizer Schlichtungsbehörde zum so erweiterten Gerichtsbegriff zählen kann.

## C. Ausländische Rechtsprechung zum System von Brüssel und Lugano

### 1. Gerichtsentscheide zu LugÜ und zu aEuGVVO divergieren

Es gibt keine einheitliche Judikatur zur Frage, ob Schlichtungsbehörden als Gerichte zu qualifizieren sind. Gegen die Qualifikation einer Schlichtungsbehörde als Gericht und demnach auch dagegen, dass die Einleitung eines obligatorischen Schlichtungsverfahrens Rechtshängigkeit gem. Art. 27 aEuGVVO<sup>9</sup> auslöst, haben sich sowohl das Arbeitsgericht Mannheim als auch das Arbeitsge-

Kommentar, Zürich 2011 (zit. LugÜ-Komm.-Verfasser), Art. 30 N 6; BSK LugÜ-MABILLARD, Art. 30 N 11, in: Christian Oetiker/Thomas Weibel (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2016 (zit. BSK LugÜ-Verfasser); ALEXANDER R. MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht, Bern 2014 (zit. MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht), N 1679. Im Zusammenhang mit den schweizerischen Betreibungsämtern vertreten jedoch einen engen Begriff des «Gerichts» neben anderen Autoren insb. JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGO RODRIGUEZ, Der unwidersprochene Zahlungsbefehl im revidierten Lugano-Übereinkommen, Jusletter vom 26.4.2010.

<sup>6</sup> BGer, 4A\_143/2007, 6.7.2007, E. 3.5 (*obiter*).

<sup>7</sup> Botschaft vom 18. Februar 2009 zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, BBl 2009 1777 ff. (zit. Botschaft LugÜ), 1805.

<sup>8</sup> DASSER, Rechtshängigkeit (FN 5), 107–108, äussert vor diesem Hintergrund Zweifel, ob die Frage bereits definitiv geklärt sei.

<sup>9</sup> Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (aEuGVVO).

richt Barcelona ausgesprochen.<sup>10</sup> Entgegen der Auffassung der Gerichte in Mannheim und Barcelona, die sich zur aEuGVVO äusserten, hat hingegen der *London High Court of Justice* zum LugÜ entschieden. Er kam zum Schluss, dass aufgrund des funktionellen Gerichtsbegriffs des Art. 62 LugÜ davon auszugehen sei, dass Schweizer Schlichtungsbehörden als Gerichte zu qualifizieren sind,<sup>11</sup> und ist damit in einer Linie mit dem erwähnten *obiter dictum* des Bundesgerichts.

## 2. Keine unmittelbare Massgeblichkeit der Entscheidungen zur aEuGVVO für das LugÜ

LugÜ und aEuGVVO schaffen einheitliche Regeln zu gerichtlicher Zuständigkeit, Rechtshängigkeit sowie Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Europa und lauten somit weitgehend gleich. LugÜ und aEuGVVO gehen bekanntlich auf einen gemeinsamen Gesetzgebungsprozess zurück mit dem Zweck, einen einheitlichen Justizraum zwischen EU- und EFTA-Staaten zu erhalten.<sup>12</sup> Das LugÜ ist somit nicht nur bestrebt, eine einheitliche Rechtsprechung der Mitgliedstaaten zu diesem Instrument sicherzustellen, sondern auch eine Rechtsprechungsharmonie zwischen aEuGVVO und LugÜ zu erreichen.<sup>13</sup> Diesem Ziel widmet sich Protokoll Nr. 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens und den Ständigen Ausschuss des LugÜ. Das Protokoll sieht insbesondere vor, dass die Gerichte bereits bestehende Rechtsprechung anderer Gerichte zum LugÜ sowie auch zur aEuGVVO und den anderen in Art. 64 Abs. 1 LugÜ aufgeführten Rechtsakten berücksichtigen müssen.

Wenn nun wie vorliegend die ausländische Judikatur auseinanderdriftet, stellen sich – allerdings nur *prima vista* – Probleme mit dem in Protokoll Nr. 2 LugÜ geregelten institutionellen Parallelismus zwischen LugÜ und aEuGVVO.<sup>14</sup> Die Verpflichtung zur gegenseitigen

Berücksichtigung gilt jedoch nur für Bestimmungen, welche einen *gleichlautenden Inhalt* haben. Für Art. 62 aEuGVVO und Art. 62 LugÜ ist diese Voraussetzung nicht erfüllt. Zwischen Art. 62 LugÜ sowie Art. 62 aEuGVVO gibt es keine textliche Parallelität; die 2007 revidierte Fassung des LugÜ geht über die aEuGVVO hinaus.<sup>15</sup> In Abweichung von Art. 62 aEuGVVO, der für Mahn- und Beistandsverfahren nur gerade das schwedische Betreibungsamt als Entscheidbehörde nennt, führt Art. 62 LugÜ Verwaltungsbehörden ganz allgemein als unter das LugÜ fallende Entscheidbehörden auf.<sup>16</sup> Alleinige Bedingung für die Qualifikation dieser Behörden als «Gericht» ist die Zuständigkeit für Streitgegenstände, die in den sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ fallen, nach nationalem Recht. Damit liegt zwischen Art. 62 aEuGVVO und Art. 62 LugÜ ein eigentlicher Paradigmenwechsel.<sup>17</sup> Entscheidungen zu Art. 62 aEuGVVO, wie diejenigen von Mannheim und Barcelona, können sich daher nur noch mittelbar auf die vorliegend zu beantwortenden Fragen auswirken.

## D. Auslegungsregeln zum LugÜ

Als völkerrechtlicher Vertrag wird zur Auslegung die Wiener Vertragsrechtskonvention<sup>18</sup> herangezogen, wonach primär – noch vor der Entstehungsgeschichte – der Wortlaut nach Treu und Glauben, die Teleologie sowie die Systematik des Textes zu beachten sind.<sup>19</sup> Von besonderer Bedeutung für die vorliegende Qualifikation der Schlichtungsbehörde ist *die staatsvertragsautonome Auslegung* des Art. 62 LugÜ. Staatsvertragsautonome Auslegung bedeutet, dass die Rechtsbegriffe des Übereinkommens nicht nach dem Recht der einzelnen Mitgliedstaaten interpretiert werden, sondern davon unabhängig aus übergeordneter Sicht des Staatsvertrags, als Ergebnis einer rechtsvergleichenden Betrachtung.<sup>20</sup> Erstes Werkzeug der Rechtsvergleichung ist wiederum die *funktionale Betrachtungsweise*, bei welcher die formale Einordnung der einzelnen Rechtsinstitute durch die Rechtsordnungen der

<sup>10</sup> FRIEDERIKE STUMPE, Torpedo-Klagen im Gewand obligatorischer Schlichtungsverfahren – Zur Auslegung des Art. 27 EuGVVO, IPRax 2008, 22 ff., 23, mit Hinweisen auf die Urteile aus Mannheim und Barcelona; DASSER, Rechtshängigkeit (FN 5), 108.

<sup>11</sup> High Court of Justice (GB), *Lehman Brothers Finance vs. Klaus Tschira Stiftung*, HC13F012417, 6.8.2014. Hierzu weitergehend: FELLER/MEILI (FN 5), 197 f.

<sup>12</sup> Dazu MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht (FN 5), N 610 f.

<sup>13</sup> ALEXANDER R. MARKUS, Die revidierte europäische Gerichtsstandsverordnung, AJP 2014, 800 ff., 801.

<sup>14</sup> Mit der revidierten EuGVVO (Verordnung [EU] Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen [Neufassung] [EuGVVO]), welche 2015 in Kraft getreten ist, ergibt sich für den Parallelismus eine Reihe von Fragezeichen; für den vorliegenden Fall, der unter die aEuGVVO fällt, ist diese jedoch noch

nicht relevant. Siehe dazu insbesondere MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht (FN 5), N 619 f.

<sup>15</sup> DASSER, Rechtshängigkeit (FN 5), 108.

<sup>16</sup> DOMEJ, Lugano-Zahlungsbefehl (FN 5), 167–168.

<sup>17</sup> Vgl. zur Geschichte der Bestimmung auch III.F.2.b.

<sup>18</sup> Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111; in Kraft getreten für die Schweiz am 6. Juni 1990).

<sup>19</sup> MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht (FN 5), 167.

<sup>20</sup> Vgl. zu den Auslegungsmethoden MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht (FN 5), N 627 ff.

Mitgliedstaaten überwunden wird. Dieses Auslegungsziel steht deshalb bei LugÜ und EuGVVO im Vordergrund.

### E. Teleologisch-funktionale Betrachtung des Rechtshängigkeitsmechanismus

Sinn und Zweck einer *multilateralen Normierung*, wie sie LugÜ und EuGVVO vornehmen, sprechen dafür, dass die Rechtshängigkeit zu dem Zeitpunkt eintritt, an dem das Schlichtungsgesuch eingereicht worden ist. Art. 30 LugÜ enthält eine Regelung, die es erlauben soll, den unterschiedlichen Prozessrechten gerecht zu werden, ohne ein System dabei zu benachteiligen.<sup>21</sup> Die nationalen Systeme sind vielfältig, was den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit betrifft.<sup>22</sup> Unter jedem in Frage kommenden Prozessrecht soll aber die Partei, die als erste gehandelt hat, mit der prioritären Rechtshängigkeit «belohnt» werden. Dabei wird dem Umstand Beachtung geschenkt, dass Faktoren wie die besondere Ausgestaltung des Prozessrechts, das Verhalten der beklagten Partei oder der Gerichtsbehörden, die vom Kläger nicht beeinflusst werden können, möglichst ausgeschaltet werden. Nur damit kann (im Sinne des offiziellen Berichts zum LugÜ von FAUSTO POCAR<sup>23</sup>) *Waffengleichheit* zwischen den Parteien gewährleistet werden. Dem Sinn und Zweck entspricht es demnach auch, die Waffengleichheit der Parteien aus Ländern zu gewährleisten, in denen ein Schlichtungsgesuch obligatorisch ist.<sup>24</sup>

Diese Waffengleichheit ist gleichzeitig ein Anliegen aus der übergeordneten Warte einer *geordneten Rechtspflege*, welche die parallele Anhängigkeit von Verfahren möglichst vermeiden will. Solches würde aber dadurch gefördert, dass der Gesuchsgegner nach Erhalt des Schweizer Schlichtungsgesuchs von der Vorwarnung profitieren und in aller Ruhe im Ausland eine Klage anhängig machen könnte, die dann als prioritäre Klage nach LugÜ gelten würde.

Nach diesem deutlichen teleologischen Hinweis bleibt abzuklären, ob eine Schlichtungsbehörde überhaupt ein «Gericht» im Sinne des LugÜ sein kann, also ob die Schlichtungsbehörde vom sachlich-instrumentalen Anwendungsbereich abgedeckt ist.

### F. Der Begriff des «Gerichts» nach Art. 62 i.V.m. Art. 32 LugÜ

#### 1. Funktionale Betrachtung des «Gerichts» nach dem offiziellen Bericht zum LugÜ

Auch in diesem Zusammenhang gibt der Bericht POCAR zum LugÜ einen Einblick ins *historische Verständnis*. Daraus wird deutlich, dass Art. 62 LugÜ darauf abzielen sollte, Behörden und Verfahren *rein funktional* und nicht aufgrund einer ausdrücklichen Nennung nationaler Behörden zu erfassen: «In dem Übereinkommen wird mehrfach der Begriff 'Gericht' verwendet [...]. Würde der Begriff in einigen Rechtssystemen im engeren Sinne dahingehend ausgelegt, dass er eine der Justizstruktur eines Staates förmlich zugeordnete Behörde bezeichnet, so würde er möglicherweise nicht alle Behörden erfassen, die [...] eine oder mehrere der Funktionen ausüben, die in dem Übereinkommen einem 'Gericht' zugewiesen werden.»<sup>25</sup> Und weiter: «Das Übereinkommen legt nun eine allgemeinere Regel fest; der Begriff 'Gericht' wird weiter gefasst und bezeichnet nun jede Behörde in einem nationalen Rechtssystem, die für die in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallenden Rechtsgebiete zuständig ist. Mit der entsprechenden Formulierung werden die 'Gerichte', die das Übereinkommen anwenden müssen, aufgrund der von ihnen ausgeübten Funktionen und nicht nach ihrer förmlichen Einordnung im nationalen Recht bestimmt.»<sup>26</sup> Damit wird klar, dass die Frage, ob die Schlichtungsbehörden nach kantonalem Gerichtsorganisationsrecht unmittelbar ins Gerichtssystem integriert oder als selbständige Behörden konzipiert sind, bereits aus allgemeinen Überlegungen heraus keine Rolle spielen darf.

#### 2. Betreibungs-, Unterhalts- und andere Behörden als «Gerichte»

##### a. Der Zahlungsbefehl als «Entscheidung» nach LugÜ und EuGVVO

Die Frage, wie weit Art. 62 LugÜ geht, ist in der Schweizer Lehre umstritten.<sup>27</sup> Es geht um eine Frage des sach-

<sup>21</sup> Vgl. oben III.B.

<sup>22</sup> Siehe die Übersicht in FAUSTO POCAR, Erläuternder Bericht zu dem vom 30. Oktober 2007 in Lugano unterzeichneten Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, 16. November 2009, Rat der Europäischen Union, 12277/2/09, N 118 über die unterschiedlichen nationalen Systeme (zit. POCAR).

<sup>23</sup> POCAR (FN 22), N 119.

<sup>24</sup> Europäische Kommission, Stellungnahme in Rs. C-467/16, 10 f.

<sup>25</sup> POCAR (FN 22), N 175.

<sup>26</sup> POCAR (FN 22), N 175.

<sup>27</sup> Für eine weite Auslegung des Gerichtsbegriffs sprechen sich aus: LugÜ-Komm.-ACOCCELLA (FN 5), Art. 62 N 5 f.; SHK LugÜ-DO-MEJ (FN 5), Art. 62 N 6 ff.; ALEXANDER R. MARKUS, Zahlungsbefehl als Mahntitel nach dem revidierten Lugano-Übereinkommen, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Alexander R. Markus/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.) Internationaler Zivilprozess 2011, Bern 2010, 33 ff. (zit. MARKUS, Zahlungsbefehl); siehe vom gleichen Autor auch: ALEXANDER R. MARKUS, Provisorische Rechtsöffnung

lich-instrumentalen Anwendungsbereichs: Eine enge Auslegung kann verhindern, dass auch Behörden erfasst werden, die gerichtsfern organisiert sind oder die keine Erkenntnisse (im Sinne von Entscheidungen in der Sache) erlassen. Beide Punkte sind bei den Schlichtungsbehörden und deren Verfahren kritisch.

Bei der schweizerischen Diskussion stehen nicht die vorliegenden Rechtshängigkeitsprobleme im Zentrum; es geht vielmehr um die Fragen, ob das *Betreibungsamt ein «Gericht»* ist und der *unwidersprochene Zahlungsbefehl* als «Entscheidung» unter das LugÜ fällt, wenn ihm eine gerichtlich noch nicht beurteilte Forderung zugrunde liegt. Wie hinten zu zeigen ist, wird beides von einem Teil der Schweizer Lehre bestritten. Diese restriktive Meinung strahlt auf die Beurteilung der Schlichtungsbehörde, zumal sich beim Betreibungsamt dieselben Fragen stellen wie bei der Schlichtungsbehörde. Zur Lösung ist nämlich vorab zu bestimmen, ob das Betreibungsamt, das als Verwaltungsbehörde den Zahlungsbefehl erlässt, *in den sachlich-instrumentalen Anwendungsbereich des LugÜ fällt*, also gestützt auf Art. 62 LugÜ überhaupt als «Gericht» gelten kann. Damit verbunden ist die Frage, ob der Zahlungsbefehl als «Erkenntnis», mithin als Entscheidung in der Sache zu behandeln ist, welcher den Gerichtsständen von Art. 2 ff. LugÜ untersteht. Als sogenannter «Mahntitel» stellt er in der Tat ein «Entscheidungs-surrogat» dar, «das funktional wie eine gerichtliche Entscheidung in der Sache zu behandeln ist und den Gläubiger zur grenzüberschreitenden Vollstreckung befähigt. Das gilt in allen Fällen, in welchen sich der Zahlungsbefehl nicht auf eine bereits erlassene Entscheidung stützt («untitulierter» Zahlungsbefehl). Diese Meinung der Schreibenden stützt sich unmittelbar auf die Rechtsprechung des EuGH und eine rechtsvergleichende Betrachtung mit zahlreichen europäischen Rechtssystemen, die ähnliche «Mahntitel» und «Mahnverfahren» kennen wie die Schweiz mit ihrem Zahlungsbefehl und ihrem Einleitungsverfahren im SchKG.<sup>28</sup> Festzuhalten ist jedenfalls bereits an dieser Stelle, dass der Erlass von Entscheidungen in der Sache vom EuGH nicht als absolute Voraussetzung für die Qualifikation einer Behörde als «Gericht» angesehen wird.

Weil diese Ansicht jedoch ausgerechnet von Schweizer Autoren bestritten wird, muss im Folgenden näher darauf eingegangen werden.

### b. Historische Betrachtung des Gerichtsbegriffs

Der *Wortlaut* des Art. 62 LugÜ erfasst unzweideutig sämtliche (nicht gerichtlichen) Behörden, die in Zivil- und Handelssachen zuständig sind.<sup>29</sup> Im Rahmen der Debatte rund um die Tragweite des Art. 62 LugÜ, was die Betreibungsämter und den Zahlungsbefehl angeht, wird jedoch von einer restriktiven Meinung versucht, Art. 62 LugÜ *historisch zu reduzieren*, und Betreibungsämter sowie Zahlungsbefehle vom Anwendungsbereich des LugÜ auszuschliessen.

Art. 62 aEuGVVO übernahm unverändert den Inhalt von Art. Va des Protokolls zum EuGVÜ,<sup>30</sup> dem Vorgängerinstrument der aEuGVVO. Darin wurde festgestellt, dass das schwedische Betreibungsamt «*kronofogdemyndighet*» unter anderem im Mahnverfahren (scil. Zahlungsbefehlsverfahren) als «Gericht» zu behandeln ist und dessen Verfügungen somit unter die aEuGVVO fallen. Art. 3 lit. b EuGVVO hat diese Regelung inzwischen übernommen. Des Weiteren wurde bestimmt, dass dänische Verwaltungsbehörden, welche in Unterhaltssachen entscheiden, ebenso unter das Übereinkommen fallen.

Wie erwähnt lautet Art. 62 LugÜ hingegen nicht gleich wie Art. Va des Protokolls Nr. 1 zum aLugÜ,<sup>31</sup> dem Vorgängerinstrument zum LugÜ. In Art. Va Protokoll Nr. 1 aLugÜ waren noch gewisse nationale Verwaltungsbehörden in Unterhaltssachen ausdrücklich mit der Feststellung aufgeführt, dass sie auch als «Gerichte» im Sinne des Art. 25 aLugÜ zu verstehen sind und deshalb sachlich unter das Übereinkommen fallen. Als «Gericht» wurde daneben auch eine gewisse finnische Betreibungsbehörde (*överexekutor*) statuiert. Art. 62 LugÜ nennt hingegen keine Behörden mehr ausdrücklich, sondern bedient sich einer offenen, funktionalen Beschreibung.

Von den Vertretern einer Betrachtung, die Art. 62 LugÜ restriktiv auslegen, wurde nun vorgebracht, dass Art. 62 LugÜ bloss eine textliche Vereinfachung gegenüber der aEuGVVO darstelle, der keine darüber hinaus-

als Vollstreckungsverfahren nach Art. 22 Nr. 5 LugÜ/EuGVVO?, AJP 2011, 850 ff., 855; SHK LugÜ-MARKUS (FN 5), Art. 22 Nr. 5 N 172 ff., 179 ff.; ALEXANDER R. MARKUS, Rechtsöffnung in internationalen Konstellationen – Zuständigkeitsfragen, ZZZ 2016, 149 ff.; MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht (FN 5), N 737 f. *Gegen* eine weite Auslegung sprechen sich aus: KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ (FN 5), 8 ff.; BSK LugÜ-DALLAFIOR/HONEGGER (FN 5), Art. 62 N 17 ff.; SHK LugÜ-WALTHER (FN 5), Art. 32 N 25 ff.

<sup>28</sup> Ausführlich hierzu MARKUS, Zahlungsbefehl (FN 27), 49 ff.

<sup>29</sup> Dass KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ (FN 5), 8, Art. 62 LugÜ als «ungeschickte Formulierung» bezeichnen, ändert nichts an der normativen Kraft eines klaren Wortlauts.

<sup>30</sup> Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968, 72/454/EWG (EuGVÜ).

<sup>31</sup> Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (altes Lugano Übereinkommen, aLugÜ; SR 0.275.11).

gehende normative Funktion zukomme.<sup>32</sup> Art. 62 LugÜ weiche lediglich deshalb vom Wortlaut der aEuGVVO ab, weil man ansonsten die Sonderregelungen betreffend die Behörden und Verfahren in Schweden, Dänemark, Island, Norwegen sowie Finnland einzeln hätte aufnehmen müssen. Dies wäre bei Änderungen der nationalen Zuständigkeiten schwerfällig, weil sie jedes Mal eine Revision des Staatsvertrags nach sich ziehen würden, während die aEuGVVO einfacher zu revidieren ist. Dem Art. 62 LugÜ eine breitere Bedeutung zu geben, strapaziert nach diesen Autoren den Parallelitätsgedanken zwischen aEuGVVO und LugÜ. Das LugÜ könne nicht bezwecken, Verfahren zu erfassen, die nicht bereits von der aEuGVVO erfasst seien.<sup>33</sup>

Diese restriktive Meinung mündet also darin, dass Verwaltungsbehörden nach Art. 62 LugÜ nur dann Gerichten gleichgestellt werden, wenn es sich um Behörden im gleichen Sinne handelt, so wie sie in den revidierten Bestimmungen des EuGVÜ und des aLugÜ ausdrücklich aufgeführt waren. Dem widerspricht der offizielle Bericht POCAR: «Im Unterschied zu der spezifischen Bestimmung in Artikel Va des Protokolls Nr. 1 [aLugÜ] – und der analogen Bestimmung in Artikel 62 der Brüssel-1-Verordnung – hat der neue Artikel 62 allgemeinen Charakter und erfasst sogar andere als die derzeit in den durch das Übereinkommen gebundenen Staaten bestehenden Verwaltungsbehörden».<sup>34</sup> Dass der Parallelitätsgedanke von den Vertretern der restriktiven Meinung bereits im Ansatz irrtümlich verstanden wird, sei hier nur am Rande erwähnt.<sup>35</sup>

Das Argument der Vertreter der restriktiven Meinung ist auch deshalb unklar, weil diese Autoren den Zahlungsbefehl zwar ausserhalb des Art. 62 LugÜ sehen wollten, die Behörde zur Ausstellung ebendieses Instruments, der

«kronofogdemyndighet», jedoch im Falle Schwedens ja bereits ausdrücklich in der aEuGVVO figuriert, und somit nach LugÜ ohnehin zu akzeptieren wäre. Dass Art. 62 LugÜ nicht auf die wenigen ausdrücklich genannten Behörden als «Ausnahmen» reduziert ist, geht auch daraus hervor, dass der Zahlungsbefehl, der – neben einer Reihe von gerichtsnahen Behörden – auch vom schwedischen Betreibungsamt ausgestellt wird, anlässlich der Revision explizit in die sachlich von der aEuGVVO und vom LugÜ erfassten Entscheidungsinstrumente einbezogen wurde. Der «Zahlungsbefehl» wird ja in Art. 32 aEuGVVO/LugÜ und neuerdings auch in Art. 2 lit. a EuGVVO ausdrücklich aufgeführt.<sup>36</sup> Das legt nahe, dass auch sämtliche Behörden, welche in den LugÜ-Staaten solche Instrumente ausstellen, von Art. 62 LugÜ abgedeckt sind.

Unmittelbar im Zusammenhang mit den Schlichtungsbehörden spricht noch ein anderes Element gegen eine historische Reduktion des Art. 62 LugÜ. Es steht mit dem vorne zitierten Bericht POCAR im Einklang. Anlässlich der Verhandlungen zu Art. 30 LugÜ/EuGVVO in der EU/EFTA-Arbeitsgruppe war die Frage der Schlichtungsbehörden nämlich durchaus Thema, zumal es bei der Revision vor allem darum ging, einen *einheitlich feststellbaren Zeitpunkt* der Rechtshängigkeit zu bestimmen. Im allseitigen Einverständnis, dass die Anrufung einer Schlichtungsbehörde der gerichtlichen Klage gleichzustellen ist, wurde auf eine besondere textliche Erwähnung der Schlichtungsbehörden in Art. 30 LugÜ verzichtet. Der Text wäre dadurch, dass ausdrücklich auf den Sonderfall der Schlichtungsbehörden eingegangen wird, zu kompliziert geworden.<sup>37</sup> Die vorne geschilderte Auffangfunktion des Art. 62 LugÜ erlaubte ohne Weiteres ein solches Vorgehen.

### 3. Schlichtungsbehörden als «Gerichte»

#### a. Zusammenhang zwischen Zuständigkeit und Rechtshängigkeit

Die vorstehenden Überlegungen im Zusammenhang mit Betreibungsämtern oder Behörden des gewerblichen Rechtsschutzes sind auf die *Schlichtungsbehörden übertragbar*. Bereits der erörterte Wortlaut des Art. 62 LugÜ legt nahe, dass Schlichtungsbehörden vom Anwendungsbereich erfasst werden, sollten diese – je nach nationalem Organisationsrecht – nicht bereits als gerichtsnahen Be-

<sup>32</sup> KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ (FN 5), 2.

<sup>33</sup> KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ (FN 5), 8 f.

<sup>34</sup> POCAR (FN 22), N 175.

<sup>35</sup> BSK LugÜ-DALLAFIOR/HONEGGER (FN 5), Art. 62 N 20, behaupten (wie bereits KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ [FN 5], 9), dass es «[...] widersinnig (wäre), wenn gewisse Verfahren in einem EU-Staat nur dann stattfinden können, wenn sich (zufällig) ein Gerichtstand gemäss LugÜ begründen lässt, nicht aber im Anwendungsbereich der EuGVVO. Dass die aus solchen Verfahren hervorgehenden Entscheidungen schliesslich nur in LugÜ-Vertragsstaaten, die nicht zugleich Mitglied der EU sind, d.h. in der Schweiz, in Island und in Norwegen, vollstreckbar sein sollen, nicht aber in den EU-Staaten, ist ebenfalls nicht nachvollziehbar.» Damit übersehen die Autoren gleich zweierlei: Erstens werden Zahlungsbefehle in der EU i.d.R. durch gerichtsnahen Behörden ausgestellt, die ohnehin unter Art. 32 aEuGVVO fallen. Und zweitens sind nach Art. 64 Ziff. 2 lit. c LugÜ Entscheidungen aus LugÜ-Staaten in den EU-Mitgliedstaaten *immer* gestützt auf das LugÜ vollstreckbar – und nicht gestützt auf die EuGVVO.

<sup>36</sup> Dazu ausführlich SHK LugÜ-MARKUS (FN 5), Art. 22 Nr. 5 N 174 ff.; MARKUS, Zahlungsbefehl (FN 27), 50 ff.

<sup>37</sup> MARKUS, Internationales Zivilprozessrecht (FN 5), N 1679; vgl. Botschaft LugÜ (FN 7), 1805, sowie ALEXANDER R. MARKUS, Revidierte Übereinkommen von Brüssel und Lugano: Zu den Hauptpunkten, SZW 1999, 205 ff., 216.

hören angesehen werden, die ohnehin unter den an sich breiten Begriff des «Gerichts» fallen. Die historischen Betrachtungen weisen klar in dieselbe Richtung. Zwar geht es vorliegend nicht – wie bei Zahlungsbefehl und Unterhaltstitel – um die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung, sondern um die Rechtshängigkeit. Allerdings wäre es aus systematischer Sicht völlig unverständlich, in diesem Zusammenhang von einer engeren Begrifflichkeit des «Gerichts» auszugehen, zumal die Bereiche der Zuständigkeit und der Rechtshängigkeit nicht sinnvoll voneinander zu trennen sind.

#### b. Eigene Entscheidungsbefugnis des «Gerichts» keine Voraussetzung

Dem Wortlaut von Art. 62 LugÜ liegt, wie erwähnt, das Verständnis zugrunde, dass die Qualifikation einer Behörde nicht nach förmlicher Einordnung im nationalen Organisationsrecht, sondern *basierend auf der Funktion der Behörde* zu erfolgen hat.<sup>38</sup> Dies spiegelt sich auch darin wieder, dass verwaltungsbehördliche Instrumente wie der Zahlungsbefehl oder eine Unterhaltsverfügung als «Entscheidungen» im Sinne von Art. 32 LugÜ qualifiziert werden können. Das Verfahren zur Ausstellung solcher Instrumente ist nicht ein Erkenntnisverfahren, in welchem ein Sachverhalt erstellt und unter rechtliche Normen subsumiert wird.<sup>39</sup> Die Zustellung des Zahlungsbefehls oder funktional ähnlicher Titel gilt jedoch nach der EuGH-Rechtsprechung als Zustellung eines *verfahrenseinleitenden Schriftstücks* und zieht aus dem Blickwinkel des Europäischen Zivilprozessrechts in den Fällen des deutschen und des italienischen Rechts auch Rechtshängigkeit nach sich.<sup>40</sup> Es erschliesst sich hieraus, dass die Schlichtungsbehörde bei entsprechender funktionaler Einordnung im Schweizer Zivilprozessrecht auch soweit als «Gericht» angesehen werden kann, als sie selber keine eigentliche Entscheidungsbefugnis hat.

Der Umstand, dass die Schlichtungsbehörde ganz allgemein eine eigene, erstinstanzliche Rechtsprechungskompetenz bis CHF 2'000 besitzt<sup>41</sup> sowie in den Kernschutzbereichen des Mietrechts sogar unabhängig vom

Streitgegenstand entscheiden kann,<sup>42</sup> ist für sich alleine nicht ausschlaggebend, unterstreicht jedoch die Bedeutung des Schlichtungsverfahrens im Verfahrensgefüge nach schweizerischer Zivilprozessordnung (ZPO).<sup>43</sup> Es ist – wie nachstehend zu zeigen – ohnehin dem Klageverfahren zuzurechnen, mit dem die Schlichtungsbehörde eine enge funktionale Verbindung aufweist.

#### c. Enger Zusammenhang zwischen Schlichtungs- und Klageverfahren

Die enge funktionale Verbindung zwischen Schlichtungs- und Klageverfahren wird bereits vom Amtsgericht Stuttgart als gegeben erachtet und aus der Vorlagefrage ausgeklammert.<sup>44</sup> Eine funktionale Einordnung des Schlichtungsverfahrens ergibt sich denn auch daraus, dass gemäss Art. 197 ZPO dem Entscheidungsverfahren grundsätzlich ein Schlichtungsversuch vorausgeht (Art. 202 ZPO). Mit der Einreichung eines Schlichtungsgesuchs wird Rechtshängigkeit begründet;<sup>45</sup> damit einher geht auch die schweizerische Regelung für internationale Verfahren ausserhalb des LugÜ.<sup>46</sup>

Das Einreichen eines Schlichtungsgesuchs ist in den meisten Fällen *obligatorisch*. Ausnahmen sind lediglich in bestimmten Verfahren vorgesehen, in welchen das Schlichtungsverfahren kaum Sinn machen würde (unter anderem Summarien, Familienrecht, Vollstreckungsrecht, Handelsrecht nach Art. 198 ZPO). In allen übrigen Bereichen ist das Schlichtungsverfahren *zwingende Vorstufe* für die Einleitung des eigentlichen Klageverfahrens, zumal nach 221 Abs. 2 lit. b ZPO ohne Klagebewilligung das Entscheidungsverfahren nicht eingeleitet werden kann.<sup>47</sup>

<sup>38</sup> POCAR (FN 22), N 175.

<sup>39</sup> Dass nur *richterliche Tätigkeiten* im eigentlichen Sinne einer Durchführung eines *Erkenntnisverfahrens* (mit entsprechender Kognition zur Überprüfung des materiellrechtlichen Streitgegenstands) unter Art. 62 LugÜ fallen könnten, ist bereits vor dem Hintergrund abzulehnen, dass das System von Brüssel und Lugano den schwedischen Zahlungsbefehl wie eine ganze Reihe anderer Mahntitel ausdrücklich erfasst (so aber KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ [FN 5], 4 f., 10).

<sup>40</sup> EuGH, *Hengst*, C-474/93, Urteil vom 13.7.1995, E. 20 f., sowie EuGH, *Klomps*, C-166/80, Urteil vom 16.6.1981, E. 9.

<sup>41</sup> Art. 212 ZPO.

<sup>42</sup> Beim «qualifizierten Urteilsvorschlag» nach Art. 211 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 210 Abs. 1 lit. b ZPO erwächst der Urteilsvorschlag der Schlichtungsbehörde in Rechtskraft, wenn die den Urteilsvorschlag ablehnende Partei nicht rechtzeitig «Klage» einreicht (Art. 211 Abs. 3 ZPO). Damit erhält die Schlichtungsbehörde eine Funktion als erstinstanzliche Entscheidungsbehörde, die im Übrigen auch Beweismittel erheben kann (Art. 203 Abs. 2 ZPO), und die «Klage» wird funktional zum Rechtsmittel.

<sup>43</sup> Auf die Kompetenz der Schlichtungsbehörde, einen Vergleich, einen Urteilsvorschlag oder einen Entscheid zu erlassen, verweist auch KELLER (FN 5), 140.

<sup>44</sup> Amtsgericht Stuttgart, Beschluss vom 8.8.2016, Az. 28 F 618/16, N 29 f.

<sup>45</sup> Art. 62 Abs. 1 ZPO. Vgl. dazu ULRICH HAAS/ZDRAVKA BOZIC, Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizer ZPO im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung, in: Christoph Althammer et al. (Hrsg.), *Jahrbuch des Internationalen Zivilprozessrechts*, Band 20, Köln 2016, 247 ff., 272.

<sup>46</sup> Art. 9 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291).

<sup>47</sup> Dies sah auch der *London High Court of Justice* als wesentliches Kriterium. Mehr dazu in FELLER/MEILI (FN 5), 197. Ebenso wird



Dabei ist auch zu vermerken, dass das Gericht im Klageverfahren im engeren Sinne umgekehrt ebenfalls als Schlichtungsbehörde funktionieren kann. Es kann nach Art. 226 Abs. 2 ZPO jederzeit Instruktionsverhandlungen durchführen, die dem Schlichtungsziel dienen. Als erste Stufe des Zivilverfahrens nimmt die Schlichtungsbehörde somit auch *gerichtliche Funktionen* in einem weiteren Sinne wahr.<sup>48</sup> Schlichtungsverfahren und das eigentliche Klageverfahren sind durch diese Mechanismen so eng verwoben, dass sie – mit dem Amtsgericht Stuttgart – als einheitliches Verfahren anzusehen sind,<sup>49</sup> eine isolierte Beurteilung dieser Vorstufe hält einer funktionalen Betrachtung nicht stand.

Die Stellungnahme der Klägerin bestreitet zwar den engen Konnex zwischen Schlichtungsverfahren mit dem Argument, dass eine Klageerweiterung im Rahmen des Schlichtungsverfahrens oder bei Einreichung der Klage ohne Weiteres zulässig sei.<sup>50</sup> Das Gegenteil ist jedoch der Fall. Bereits mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs tritt die Rechtshängigkeit ein,<sup>51</sup> eine Klageerweiterung wäre ab diesem Zeitpunkt im formellen Klageänderungsverfahren vorzunehmen.<sup>52</sup>

Die Schweizer Schlichtungsbehörde ist demnach auch aus funktionaler Betrachtung des nationalen Verfahrensrechts als Gericht im Sinne von Art. 62 LugÜ zu qualifizieren.<sup>53</sup> Das Einreichen eines Schlichtungsgesuchs be-

gründet damit Litispendenz gemäss den Art. 27 und 30 LugÜ.<sup>54</sup>

#### IV. Fazit

Sinn und Zweck der Rechtshängigkeitsregelung des LugÜ fordern geradezu imperativ, dass Schlichtungsbehörden als Gerichte qualifiziert werden, weil das LugÜ parallele Prozesse und widersprüchliche Urteile vermeiden will. Sollte der EuGH die Schweizer Schlichtungsbehörde nicht als Gericht im Sinne von Art. 62 i.V.m. Art. 32 LugÜ qualifizieren, so würden diejenigen, die den in der Schweiz vorgeschriebenen Weg für zivilrechtliche Streitigkeiten beschreiten, gegenüber den im Ausland Rechtssuchenden diskriminiert. Wie eine Vergleichung mit der Rolle von Betreibungsämtern zeigt, können Verwaltungsbehörden auch dann «Gerichte» im Sinne des Art. 62 LugÜ sein, wenn sie keine Erkenntnisentscheidungen fällen. Aufgrund der Rolle, die Schlichtungsbehörden nach der schweizerischen ZPO im erstinstanzlichen Verfahren spielen, ist davon auszugehen, dass es sich hierbei um «Gerichte» im Sinne von Art. 62 LugÜ handelt und somit durch das Einreichen des Schlichtungsgesuchs bei diesen Behörden Litispendenz begründet wird.

dieses Argument in der Stellungnahme der Europäischen Kommission in der vorliegenden Rs. C-467/16 angebracht.

<sup>48</sup> Das Schlichtungsverfahren ist gesetzlich geregelt, läuft kontradiktorisch ab und sowohl das rechtliche Gehör als auch die Verteidigungsrechte der Parteien werden gewahrt. Dies entspricht den in EuGH, *Pula Parking*, C-551/15, Urteil vom 9.3.2017, E. 54, genannten Anforderungen an das Verfahren, welches «die Gewähr für Unabhängigkeit und Unparteilichkeit bietet und in dem der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens gewahrt wird».

<sup>49</sup> S. auch Europäische Kommission, Stellungnahme in Rs. C-467/16, N 12.

<sup>50</sup> Klägerin, Stellungnahme vom 2.11.2016 in Rs. C-467/16, 8.

<sup>51</sup> Art. 62 Abs. 1 ZPO; die Wirkungen sind in Art. 64 ZPO beschrieben.

<sup>52</sup> Gemäss Art. 202 Abs. 2 ZPO ist im Schlichtungsgesuch die Gegenpartei, das Rechtsbegehren sowie der Streitgegenstand zu bezeichnen. Durch die Angabe des Rechtsbegehrens sowie des Streitgegenstandes soll verifiziert werden, welche Streitsache rechtshängig gemacht wurde. Das Rechtsbegehren kann allein nach den Voraussetzungen des Art. 227 ZPO geändert werden. Vgl. hierzu: BSK ZPO-INFANGER, Art. 202 N 4, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017; BGer 5A\_588/2015, 9.2.2016, E. 4.3.1.

<sup>53</sup> Zu der Qualifikation der Schlichtungsbehörde als Gericht im formellen Sinne nach Schweizer Recht: CLAUDE SCHRANK, Grundsatzzfragen zum Schlichtungsverfahren: Kompetenzkompetenz, Beteiligung Dritter und Erscheinungspflicht des Gesuchstellers bei angekündigtem Nichterscheinen des Gesuchsgegners?, in: Jolan-

ta Kren Kostkiewicz/Alexander R. Markus/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Das Schlichtungsverfahren nach ZPO: Praxis und Umsetzung des obligatorischen Schlichtungsverfahrens in ausgewählten Kantonen. Besonderheiten des Schlichtungsverfahrens im arbeits- und mietrechtlichen Kontext und besondere Entscheidungsverfahren, Bern 2016, 1 ff., 2; vgl. auch BSK LugÜ-MABILLARD (FN 5), Art. 30 N 10 f.

<sup>54</sup> Die Autoren weisen auf den am 18. Oktober 2017 eingereichten Schlussantrag des Generalanwalts Szpunar hin (ECLI:EU:C:2017:768.) Da er erst nach Verabschiedung des Manuskripts datiert, kann nicht im Einzelnen darauf eingegangen werden. Der Schlussantrag teilt indessen die Meinung der Autoren sowie deren Begründung ganz weitgehend.