

Sonderdruck aus

Innovatives Recht

Festschrift für Ivo Schwander

Herausgegeben von Franco Lorandi und Daniel Staehelin

Markus Müller-Chen / Rebekka M. Keller

Wirksamkeit der Rechtshängigkeitssperre im transatlantischen Verhältnis

Wirksamkeit der Rechtshängigkeitssperre im transatlantischen Verhältnis

MARKUS MÜLLER-CHEN / REBEKKA M. KELLER

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	769
II.	Begriff, Wirkungen und Zeitpunkt der Rechtshängigkeit in der Schweiz und in den USA	772
	A. Begriff und hauptsächliche Wirkungen der Rechtshängigkeit	772
	B. Zeitpunkt der Rechtshängigkeit in der Schweiz	773
	C. Zeitpunkt der Rechtshängigkeit in den USA	774
III.	Verfahren ist zuerst in der Schweiz rechtshängig	775
	A. Überblick	775
	B. Behandlung ausländischer Parallelverfahren durch US-amerikanische Bundesgerichte	777
	1. International Comity	777
	2. (International) Abstention	778
	3. Forum Non Conveniens	780
	C. Zwischenfazit	781
IV.	Verfahren ist zuerst in den USA rechtshängig	782
	A. Auswirkungen auf die staatliche Gerichtsbarkeit der Schweiz	782
	1. Anwendungsvoraussetzungen von Art. 9 Abs. 1 IPRG	782
	a) Identität der Parteien	782
	b) Identität des Streitgegenstandes	783
	c) Prioritäre Rechtshängigkeit des ausländischen Verfahrens	784
	d) Positive Anerkennungsprognose	784
	e) Angemessene Dauer des ausländischen Verfahrens	785
	2. Rechtsfolgen einer prioritären ausländischen Rechtshängigkeit	785
	B. Zwischenfazit	786
V.	Schlussfolgerungen für die Praxis	787

I. Einleitung

International operierende Unternehmen und Organisationen sind häufig dem Zugriff der US-amerikanischen Justiz ausgesetzt. Schweizerische Firmen bilden keine

Ausnahme. Dies hat viele Gründe: Die USA sind einer der wichtigsten Wirtschaftspartner schweizerischer Unternehmen,¹ das US-amerikanische Prozessrecht ist relativ klägerfreundlich², es besteht ein gewisser Home Bias der Gerichte und die Zuständigkeitsregeln des US-amerikanischen Zivilverfahrensrecht ermöglichen es, einen Gerichtsstand in den USA zu begründen, selbst wenn nach schweizerischem Verständnis die Berührungspunkte zu den USA minimal sind. Diese Vermehrung potentieller Gerichtsstände und das damit einhergehende Risiko von Parallelprozessen ist vor allem im IP/IT-Recht und bei deliktsrechtlichen Klagen virulent.³

Für schweizerische Unternehmen stellt sich deshalb die Frage, welche rechtlichen und praktischen Vorkehrungen getroffen werden können, um einer Klage in den USA vorzubeugen bzw. sich gegen eine solche zu wehren. Bei vertragsrechtlichen Streitigkeiten ist z.B. die Vereinbarung einer Gerichtsstands- und Rechtswahlklausel denkbar. Nach Möglichkeit kann Haftungssubstrat aus dem Gerichtsstaat abgeführt werden, was die dortige Vollstreckung des Urteils erschwert. Zeichnet sich eine gerichtliche Streitigkeit ab, wird verschiedentlich empfohlen, in der Schweiz an einem geeigneten Gerichtsstand ein Verfahren rechtshängig zu machen, um so in den Genuss der Rechtshängigkeitssperre zu gelangen. Dieses Vorgehen birgt jedoch gewisse Risiken: Zum einen steht das schweizerische Bundesgericht diesem Forum Running ablehnend gegenüber, so dass die Begründung eines schweizerischen Gerichtsstands u.U. schwierig ist.⁴ Zum anderen beruht dieser Vorschlag auf der Annahme, dass das ausländische Gericht das parallele Zweitverfahren bis zur Erledigung des Erstverfahrens auch tatsächlich sistiert oder gar nicht darauf eintritt. Ziel dieses Beitrags ist zu zeigen, dass dieses Vorgehen im transatlantischen Verhältnis mit grossen Unsicherheiten behaftet ist.

¹ Aus Sicht der Schweiz waren die USA 2009 die zweitwichtigste Exportdestination (nach Deutschland) bei einer Ausfuhrmenge von CHF 18,8 Mrd. Importseitig belegten die USA 2009 den 4. Rang (nach Deutschland, Italien und Frankreich) mit Einfuhren von rund CHF 9,9 Mrd. (Quelle: <http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00561/00566/index.html?lang=de>).

² Möglichkeit der Class Action (s. z.B. *Velez v. Novartis Pharms. Corp.*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 125945 [S.D.N.Y., Nov. 30, 2010]): sexistische Behandlung von Frauen, die bei Beförderungen diskriminiert wurden); die Gerichte können über die Kompensation von Schäden hinaus punitive damages zusprechen, die Anwaltschaft ist über das Erfolgshonorar in der Lage, Anreize für Klagen zu schaffen etc.

³ So auch LOUISE ELLEN TEITZ, *Both Sides of the Coin: A Decade of Parallel Proceedings and Enforcement of Foreign Judgments in Transnational Litigation*, in: 10 *Roger Williams U. L. Rev.* S. 1, S. 31 ff. (2004).

⁴ Gemäss einem jüngeren Bundesgerichtsentscheid darf im Geltungsbereich des LugÜ für eine negative Feststellungsklage ein besonderes Rechtsschutzinteresse vorausgesetzt werden. Das blosse Interesse des Schuldners, mittels *einer negativen Feststellungsklage* einen Gerichtsstand zu fixieren («forum running»), reicht allerdings nach der Ansicht des Bundesgerichts nicht aus, um ein entsprechendes Interesse zu begründen (BGE 136 III 523 E. 6 S. 525 ff.). Noch offen gelassen wurde diese Frage in BGE 133 III 282 E. 3.5.1 S. 288; BGE 131 III 319 E. 3.5 S. 326.

Gegenstand dieses Beitrags sind ausschliesslich Verfahren mit vermögensrechtlichen Ansprüchen aus Vertrag oder einem gesetzlichen Schuldverhältnis, die einen Bezug zur Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika haben. Ferner setzen wir die internationale direkte Zuständigkeit des erkennenden Gerichts als gegeben voraus.⁵ Schliesslich konzentrieren wir uns auf die staatliche Gerichtsbarkeit; die Rechtslage bei Parallelverfahren zwischen Schiedsgerichten oder zwischen einem staatlichen Gericht und einem Schiedsgericht wird nicht behandelt.⁶

Zunächst werden Begriff, Wirkungen und Zeitpunkt der Rechtshängigkeit in der Schweiz und in den USA erklärt. Danach werden in zwei weiteren Abschnitten untersucht, wie sich eine Rechtshängigkeit in den USA bzw. in der Schweiz auf ein Zweitverfahren im jeweils anderen Land auswirkt. Im letzten Teil ziehen wir Schlussfolgerungen für die Praxis.

Die folgenden Zeilen sind dem verehrten Jubilar gewidmet, mit den besten Glückwünschen und dem herzlichsten Dank für all die wertvollen und bereichernden Begegnungen.

⁵ Wir untersuchen lediglich die Rechtslage für Verfahren vor US-amerikanischen Bundesgerichten (federal courts), da die im vorliegenden Zusammenhang interessierenden internationalen Fälle in den allermeisten Fällen vor diesen ausgetragen werden (s. JAMES P. GEORGE, Parallel Litigation, in: 51 Baylor L. Rev. S. 769, S. 969 f. [1999]).

⁶ S. dazu z.B. MANUEL LIATOWITSCH, Schweizer Schiedsgerichte und Parallelverfahren vor Staatsgerichten im In- und Ausland, Diss., Schriftenreihe für Internationales Recht, Bd. 98, Basel 2002, insb. S. 111 f.; BERNHARD BERGER, Erste Revision im 12. Kapitel IPRG über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit: Lis Pendens vor Schiedsgerichten in der Schweiz künftig kein Sistierungsgrund mehr, in: ZBJV 2007, S. 151 ff.; JEAN-FRANÇOIS POUDRET, Concluding Remarks on Relationship between State Courts and Arbitral Tribunals, in: ASA Special Series 15/2001, S. 147 ff.; JEAN-FRANÇOIS POUDRET/SÉBASTIEN BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, Zürich 2002, insb. Rz. 509 ff.; DOROTHEE SCHRAMM/ANDREAS FURRER/DANIEL GIRSBERGER, in: Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 186 Rz. 28 ff.; Parlamentarische Initiative, Änderung von Art. 186 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 17. Februar 2006, BBl 2006, S. 4677 ff.; PIERRE MAYER, Litispendance, connexité et chose jugée dans l'arbitrage international, in: Liber amicorum Claude Reymond, Autour de l'arbitrage, Paris 2004, S. 185 ff.; PETER HUBER, Das Verhältnis von Schiedsgericht und staatlichen Gerichten bei der Entscheidung über die Zuständigkeit, in: SchiedsVZ 2003, S. 73 ff.

II. Begriff, Wirkungen und Zeitpunkt der Rechtshängigkeit in der Schweiz und in den USA

A. Begriff und hauptsächliche Wirkungen der Rechtshängigkeit

Der prozessuale Begriff der Rechtshängigkeit oder Litispendenz⁷ wird weder im IPRG noch in der schweizerischen ZPO definiert⁸. In der Literatur finden sich unterschiedliche Begriffsbestimmungen, wobei unter diesem Ausdruck mehrheitlich ein bestimmter Zustand verstanden wird. So wird die Rechtshängigkeit beispielsweise als «ein Schwebezustand des Rechtsstreits, der primär dem Prozessbedürfnis entsprechende Wirkungen zeitigt und der eintritt, sobald er einem Gericht unterbreitet wird und in dem er bleibt, bis er durch Urteil oder Urteilssurrogat erledigt ist⁹ oder als «ein ganz bestimmter Zustand, der mit einem bestimmten Zeitpunkt eintritt¹⁰» umschrieben¹¹.

Im US-amerikanischen Recht ist die Terminologie uneinheitlich: Zum Teil wird bei der Frage der Berücksichtigung einer ausländischen Rechtshängigkeit von *lis (alibi) pendens* gesprochen^{12, 13}. Daneben werden oft auch andere Begriffe wie «parallel

⁷ KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/MYRIAM GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Bern 2010, Rz. 109.

⁸ ROGER MORF, in: Myriam Gehri/Michael Kramer (Hrsg.), ZPO Kommentar, Zürich 2010, Art. 62 Rz. 2.

⁹ MARTINA WITTIBSCHLAGER, Rechtshängigkeit in internationalen Verhältnissen, Basel/Frankfurt am Main 1994, S. 7.

¹⁰ HANS ULRICH WALDER-RICHLI/BÉATRICE GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonaler Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte, 5. Aufl., Zürich 2009, § 27 Rz. 1.

¹¹ Siehe ferner z.B. auch PETER OSTERWALDER, Die Rechtshängigkeit im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss., Zürich 1981, S. 11; SIGISMUND POPPER, Wesen und Wirkungen der Rechtshängigkeit nach zürcher. Zivilprozessrecht, Diss., Zürich 1920, S. 1; STEPHEN V. BERTI, in: Paul Oberhammer (Hrsg.), ZPO Kurzkomentar, Basel 2010, Art. 63 Rz. 10; ROBERT HELG, Die Rechtshängigkeit und ihre Wirkungen im thurgauischen Zivilprozess, Diss., Winterthur 1969, S. 2; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich 2008, § 12 Rz. 1; CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Rz. 7.15.

¹² Siehe z.B. GARY B. BORN/PETER B. RUTLEDGE, International Civil Litigation in United States Courts, 4. Aufl., New York 2007, S. 521 ff.; N. JANSEN CALAMITA, Rethinking comity: Towards a coherent treatment of international parallel proceedings, in: 27 U. Pa. J. Int'l Econ. L. S. 601, S. 612 ff. (2006); PETER HAY, US-amerikanisches Recht, 4. Aufl., Wien 2008, Rz. 147; MARTIN GEBAUER, LIS PENDENS, Negative Declaratory-Judgment Actions and the First-in-Time Principle, in: Eckart

proceedings/litigation»¹⁴, «a suit pending elsewhere¹⁵» oder «pendency of a foreign action/parallel proceeding¹⁶» verwendet¹⁷.

Wichtiger als die Begrifflichkeiten sind die an die Rechtshängigkeit geknüpften Wirkungen¹⁸. Im internationalen Verhältnis ist insbesondere die Sperr- oder Ausschlusswirkung¹⁹ von Bedeutung, welche bewirkt, dass ein Gericht sein eigenes Verfahren zugunsten eines parallelen ausländischen Verfahrens aussetzt bzw. sistiert. Wie im Folgenden noch zu zeigen sein wird, kennen sowohl das schweizerische als auch das US-amerikanische Recht diese Wirkung der Rechtshängigkeit.

B. Zeitpunkt der Rechtshängigkeit in der Schweiz

Der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit ist von zentraler Bedeutung, da nach Art. 9 Abs. 1 IPRG eine ausländische Rechtshängigkeit nur dann zu einer Sistierung des Verfahrens führt, wenn sie zeitlich vor der schweizerischen eingetreten ist²⁰. Der massgebende Zeitpunkt bestimmt sich nach herrschender Lehre nach dem Prozessrecht des jeweiligen Forums²¹. Der Beginn der Rechtshängigkeit in der

Gottschalk/Ralf Michaels/Giesela Rühl/Jan von Hein (Hrsg.), *Conflict of Laws in a Globalized World*, New York 2007, S. 89 ff.

¹³ Unter dem Begriff der *Lis pendens* existiert ferner eine andere Theorie, welche die rechtlichen Wirkungen eines schwebenden Verfahrens auf Rechte an der im Streit befangenen Sache festlegt, die während des Prozesses an dieser Sache erworben werden (NORBERT SCHULTE, Die anderweitige [ausländische] Rechtshängigkeit im U.S.-amerikanischen Zivilprozess, Berlin 2001, S. 96, mit weiteren Verweisen).

¹⁴ Siehe z.B. JENNIFER M. ANGLIM, *Crossroads in the Great Race: Moving Beyond the International Race to Judgment in Disputes over Artwork and Other Chattels*, in: 45 Harv. Int'l L.J. S. 239, S. 241 ff. (2004); KIMBERLY HICKS, *Note: Parallel litigation in foreign and federal courts: is forum non conveniens the answer?*, in: 28 Rev. Litig. S. 659, S. 659 ff., 671 ff. (2009); TEITZ (Fn. 3), S. 1 ff.; MARGARITA TREVINO DE COALE, *Stay, dismiss, enjoin, or abstain?: A survey of foreign parallel litigation in the federal courts of the United States*, in: 17 B.U. Int'l L.J. S. 79, S. 80 ff. (1999); CALAMITA (Fn. 12), S. 601 ff.; *Evergreen Marine Corp. v. Welgrow Int'l Inc.*, 942 F. Supp. S. 201, S. 207 (S.D.N.Y. 1996).

¹⁵ Siehe z.B. TREVINO DE COALE (Fn. 14), S. 89; CALAMITA (Fn. 12), S. 612.

¹⁶ Siehe z.B. Rest. 2d, *Conflict of Laws*, § 86; ANGLIM (Fn. 14), S. 268; CALAMITA (Fn. 12), S. 612.

¹⁷ SCHULTE (Fn. 13), S. 97.

¹⁸ ZK IPRG- VOLKEN, Art. 9 Rz. 1; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (Fn. 7), Rz. 109.

¹⁹ BSK IPRG-BERTI, Art. 9 Rz. 2; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (Fn. 7), Rz. 121.

²⁰ IVO SCHWANDER, *Ausländische Rechtshängigkeit nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen*, in: Ivo Schwander/Walter A. Stoffel (Hrsg.), *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht*, Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg 1991, S. 395 ff., S. 403, (zit. SCHWANDER, FS Vogel).

²¹ DOROTHEE SCHRAMM, in: Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Markus Müller-Chen (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht*, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 9 Rz. 14; ZK IPRG- VOLKEN (Fn. 18), Art. 9 Rz. 54; BSK IPRG-BERTI (Fn. 19), Art. 9 Rz. 17; BERNARD

Schweiz bestimmt sich daher nach Art. 9 Abs. 2 IPRG. Die Rechtshängigkeit tritt im Interesse der Rechtssicherheit²² bereits mit der ersten zur Klageeinleitung notwendigen Verfahrenshandlung ein, wobei nach Art. 9 Abs. 2 IPRG die Einleitung eines Sühneverfahrens, in der Terminologie der ZPO eines Schlichtungsverfahrens, genügt²³. Bei Entscheidungsverfahren, denen ein Schlichtungsverfahren vorausgeht (Art. 197 ZPO), tritt die Rechtshängigkeit demzufolge mit dem Einreichen des Schlichtungsgesuchs bei der Schlichtungsbehörde ein²⁴. Ist dagegen die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens nicht vorgesehen (Art. 198 ZPO), wird die Rechtshängigkeit mit Einreichung der Klage vor Gericht ausgelöst²⁵. Ob auch ein bloss fakultatives Schlichtungsverfahren die Rechtshängigkeit zu begründen vermag (Art. 199 ZPO), ist in der Lehre umstritten²⁶. Mangels einer Regelung im IPRG bestimmt sich der genaue Zeitpunkt nach der ZPO²⁷.

C. Zeitpunkt der Rechtshängigkeit in den USA

Gemäss Rule 3 der Federal Rules of Civil Procedure (Fed. Rules Civ. Proc.) wird die Rechtshängigkeit durch Einreichung der Klage beim zuständigen Gericht begründet.²⁸ Dies geschieht in der Regel durch persönliche Übergabe der Klage an den Gerichtsdienner (Clerk of the Court), ist unter gewissen Voraussetzungen aber auch elektronisch möglich (Fed. Rules Civ. Proc. R. 5 (d)(3)). Die Klage muss u.a. ein Rechtsbegehren, eine kursorische («short and plain») Darstellung des Sachverhalts und eine Art Zusammenfassung der Klage²⁹ enthalten (Fed. Rules Civ. Proc. R. 8 (a)).³⁰

DUTOIT, *Le droit international privé ou le respect de l'altérité*, Genf/Zürich/Basel 2006, S. 54; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (Fn. 7), Rz. 132; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn. 11), § 12 Rz. 6 f.; OSCAR VOGEL, *Rechtshängigkeit und materielle Rechtskraft im internationalen Verhältnis*, in: SJZ 1990, S. 77 ff., S. 81; anderer Ansicht in Bezug auf die Bestimmung des Zeitpunkts des Eintritts der Rechtshängigkeit im Ausland ist dagegen SCHWANDER, FS Vogel (Fn. 20), S. 403 f.

²² BBl 1983 I 263, S. 305.

²³ PRISCA SCHLEIFFER MARAIS, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, Bern 2010, Art. 62 Rz. 12.

²⁴ SCHLEIFFER MARAIS (Fn. 23), Art. 62 Rz. 12.

²⁵ SCHLEIFFER MARAIS (Fn. 23), Art. 62 Rz. 12.

²⁶ Dafür ist ZK IPRG-VOLKEN (Fn. 18), Art. 9 Rz. 71; dagegen sind SCHLEIFFER MARAIS (Fn. 23), Art. 62 Rz. 12; SCHWANDER, FS Vogel (Fn. 20), S. 406; VOGEL (Fn. 21), S. 79; WITTIBSCHLAGER (Fn. 9), S. 115.

²⁷ Als Zeitpunkt der Einreichung gilt entweder die Postaufgabe oder derjenige Moment, in welchem die Schlichtungsbehörde oder das Gericht die jeweilige Erklärung des Gesuchstellers entgegen nimmt: MARKUS MÜLLER-CHEN, in: DIKE online Kommentar, Art. 62 Rz. 141, 166, 176 (online Stand 8.12.2010); BBl 2006 7221, S. 7277; SCHLEIFFER MARAIS (Fn. 23), Art. 62 Rz. 4.

²⁸ «A civil action is commenced by filing a complaint with the court».

²⁹ Sog. Civil Cover Sheet, S. LARRY L. TEPLY/RALPH U. WHITTEN, *Civil Procedure*, 2. Aufl., New York 2000, S. 505 mit Fn. 111.

Schliesslich muss eine Filing Fee (gegenwärtig USD 350)³¹ bezahlt werden. Die zweitinstanzliche Gerichtspraxis zur Frage, ob die Bezahlung für die Gültigkeit der Klageeinreichung konstitutiv ist, ist uneinheitlich.³²

Die Rechtshängigkeit tritt zwar bereits vor Zustellung der Klage (Service of Summons) an den Beklagten ein.³³ Wird diese jedoch nicht innerhalb von 120 Tagen seit Klageeinreichung zugestellt, wird sie – je nach den Umständen des Einzelfalls mit Erledigungsfolge – abgewiesen (Fed. Rules Civ. Proc. R. 4(m)).³⁴

III. Verfahren ist zuerst in der Schweiz rechtshängig

A. Überblick

Ist ein Verfahren in der Schweiz rechtshängig, stellt sich die Frage, welchen Einfluss dies auf ein späteres Parallelverfahren in den USA hat. Gemäss US-amerikanischem Prozessrecht muss nicht notwendigerweise Identität von Parteien und Streitgegenstand vorliegen.³⁵ Es genügt, dass «substantially the same parties are litigating substantially the same issues simultaneously in two for a».³⁶ Dadurch ist es möglich,

³⁰ S. im Einzelnen Fed. R. Civ. Proc. Ch. 4 R. 8; Baldwin County Welcome Ctr. v. Brown, 466 U.S. 147, 149–150, 104 S. Ct. 1723, 80 L. Ed. 2d 196 (1984); die Klage muss zumindest auch die Tatsachen enthalten, welche das verlangte Begehren als «plausibel» erscheinen lassen: Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544, 570, 127 S. Ct. 1955, 167 L. Ed. 2d 929 (2007), S. dazu TEPLY/WHITTEN (Fn. 29), S. 507 ff.; JEFFREY A. PARNES/JERRY E. SMITH, in: Moore's Federal Practice – Civil § 8.04.

³¹ 28 U.S.C. § 1914 (a).

³² Dafür, d.h. ohne Bezahlung der filing fee keine gültige Klageeinreichung: 2d Circuit: z.B. Wana-maker v. Columbian Rope Co., 713 F. Supp. 533, 538–539 (N.D.N.Y. 1989); 4th Circuit: z.B. Keith v. Heckler, 603 F. Supp. 150, 157 (E.D. Va. 1985); dagegen: 7th Circuit: z.B. Johnson v. Brown, 803 F. Supp. 1414, 1418–1419 (N.D. Ind. 1992); 11th Circuit: z.B. Rogers ex rel. Jones v. Bowen, 790 F.2d 1550, 1552 (11th Cir. 1986).

³³ Jenkins v. Sandoz Pharms. Corp., 965 F. Supp. 861, 865 (N.D. Miss. 1997); American Modern Homes Ins. v. Insured Accounts Co., 704 F. Supp. 128, 129–130 (S.D. Ohio 1988); DANIEL R. COQUILLETTE/ROBERT M. BLOOM, in: Moore's Federal Practice – Civil § 3.02; CHARLES ALAN WRIGHT/ARTHUR R. MILLER, Federal Practice and Procedure: Civil 3d, St. Paul 2002 (mit Supplement 2010), § 1053.

³⁴ Falls inzwischen die Verjährung eingetreten ist, kann die Klage in der Regel nicht mehr eingereicht werden: Novak v. National Broad. Co., 131 F.R.D. 44, 45 (S.D.N.Y. 1990); S. dazu WRIGHT/MILLER (Fn. 33), § 1056 f.

³⁵ Zur Schweizerischen Rechtslage S. unten A. 1.

³⁶ Caspian Investments, Ltd. v. Vicom Holdings, Ltd. et al., 770 F. Supp. 880, 884 (S.D.N.Y. 1991); GEORGE (Fn.5), S. 774; Eine Mehrheit der Bundesappellationsgerichte hat sich dem sog. «Transaktionstest» des Restatement 2d of Judgments, § 24 angeschlossen, um zu prüfen, ob Identität des Streitgegenstands vorliegt. Identität ist danach gegeben, wenn die Erledigung des einen Anspruchs dazu führt, dass ein späterer Prozess hinsichtlich der Transaktion, aus der die ver-

dass in den USA ein Prozess als Parallelverfahren zu einem schweizerischen Verfahren angesehen wird, obwohl z.B. die Parteien bloss wirtschaftlich identisch sind.³⁷

Im Unterschied zur Schweiz (Art. 9 IPRG) gibt es in den USA (bislang) keine bundesgesetzliche Vorschrift, welche regelt, ob das Gericht die ausländische Rechtshängigkeit zu beachten hat.³⁸ Die Praxis der Gerichte ist uneinheitlich und unübersichtlich,³⁹ da es bislang keine klärende Entscheidung des US Supreme Courts zur Behandlung ausländischer Parallelverfahren gibt.

Historisch hat sich die Beachtung der ausländischen Rechtshängigkeit aus dem Grundsatz der «international comity» entwickelt (dazu sogleich unten B.1.). Die Bundesgerichte stützen sich bei der Entscheidung über Weiterführung oder Sistierung des Verfahrens zum einen direkt auf diesen Grundsatz; zum anderen liegt dieser im Kern den anderen Theorien bzw. Kriterienkataloge zu Grunde, welche die Gerichte anwenden (B.2./3.). Die Kategorisierung der verschiedenen Theorien ist in der Doktrin unterschiedlich. Für den Zweck des vorliegenden Beitrags werden drei Fallgruppen gebildet:⁴⁰ *International Comity*, *(International) Abstention* und *Forum non conveniens*.⁴¹

schiedenen Ansprüche resultieren, verhindert wird. Bei der Bestimmung dessen, welche Faktoren eine «Transaktion» bilden, wird pragmatisch vorgegangen. Zu erwägen ist, ob die Tatsachen in zeitlicher und örtlicher Hinsicht zusammenhängen, ob sie aus der Sicht der Parteien oder des Geschäftsverkehrs als verbunden betrachtet werden etc.

³⁷ MÜLLER-CHEN (Fn. 27), Art. 64 N. 125.

³⁸ ANGLIM (Fn. 14), S. 247; das American Law Institute (ALI) verabschiedete im Mai 2005 den Vorschlag für ein Bundesgesetz über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile («Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: Analysis and Proposed Federal Statute»). § 11 dieses Vorschlags sieht vor, dass ein US-amerikanisches Gericht bei Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens den eigenen Prozess im Grundsatz zu sistieren oder nicht auf die Klage einzutreten hat. Bis jetzt ist daraus kein Gesetzgebungsprojekt erwachsen.

³⁹ BRIAN RICHARD PAIGE, Comment, Foreign Judgments in American and English Courts: A Comparative Analysis, in: 26 Seattle U. L. Rev. S. 591, S. 592 (2003); TEITZ (Fn. 3), S. 20; Rechtsprechungsübersicht bei TREVINO DE COALE (Fn. 14), S. 94 ff.

⁴⁰ So der Sache nach auch BORN/RUTLEDGE (Fn. 12), S. 522 ff.; häufig werden zur Begründung des Entscheids verschiedene dieser Theorien verwendet bzw. die Kriterien vermischt, S. exemplarisch Dependable Highway Exp., Inc. v. Navigators Ins. Co., 498 F.3d 1059, 1067 (9th Cir. 2007).

⁴¹ Darüber hinaus können die Gerichte sog. *Antisuit Injunctions* zur Verhinderung ausländischer Parallelverfahren erlassen. Es handelt sich dabei um eine gerichtlichen Verfügung, mit der einer Partei verboten wird, an einem anderen Ort ein Verfahren einzuleiten oder weiterzuführen. Bei Zuwiderhandlung können der entsprechenden Partei Sanktionen wegen contempt of court auferlegt werden; zum Ganzen vgl. ausführlich BORN/RUTLEDGE (Fn. 12), S. 540 ff.; LAURA EDDLEMAN HEIM, Protecting Their Own?: Pro-American Bias and the Issuance of Anti-Suit Injunctions, in: 69 Ohio St. L.J. 2008, S. 701 ff.; KATHRYN E. VERTIGAN, Foreign Antisuit Injunctions: Taking a Lesson from the Act of State Doctrine, in: 76 Geo. Wash. L. Rev. 2007, S. 155 ff.

B. Behandlung ausländischer Parallelverfahren durch US-amerikanische Bundesgerichte

1. International Comity

Unter dem etwas vagen Konzept der International Comity versteht der US Supreme Court den Respekt vor der Gerichtsbarkeit ausländischer Staaten, die Förderung internationaler justizieller Kooperation, Fairness gegenüber den Prozessparteien und gerichtliche Effizienz.⁴²

Daraus leitet eine Gruppe von Bundesgerichten ab, dass das eigene Verfahren (nur dann) sistiert werden darf, wenn der verantwortungsvolle Umgang mit gerichtlichen Ressourcen, grundlegende Prinzipien des Forumstaates und die Vermeidung widersprüchlicher Urteile es gebietet.⁴³ Dabei werden eine Reihe von Kriterien in die Interessensabwägung einbezogen, wobei die Vermutung zu Gunsten der Ausübung der eigenen Gerichtsbarkeit überwunden werden muss.⁴⁴ Eine Rolle spielen u.a. der Grad der Ähnlichkeit des Streitgegenstands, die zeitliche Priorität der Verfahren,⁴⁵ die Geeignetheit des ausländischen Forums, der mit dem Gerichtsstand verbundene potentielle Nachteil für die Parteien (z.B. im Hinblick auf die Anerkennbarkeit des Urteils im jeweilig anderen Staat)⁴⁶, das anwendbare Recht,⁴⁷ der Stand der jeweili-

⁴² Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113, 143, 16 S.Ct. 139, 163 f. (1895): «'Comity,' in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens, or of other persons who are under the protection of its laws»; S. auch Spatola v. United States, 925 F.2d 615, 618 (2d Cir.1991); Laker Airways v. Sabena, Belgian World Airlines, 731 F.2d 909, 937 (D.C.Cir.1984).

⁴³ Christ v. Cormick, No. 06-275-GMS, 2007 WL 2022053 (D.Del. July 10, 2007); Ensign-Bickford Co. v. ICI Explosives USA Inc., 817 F.Supp. 1018, 1031 ff. (D. Conn. 1993).

⁴⁴ Royal & Sun Alliance Ins. Co. of Canada v. Century Int'l Arms, Inc., 466 F.3d 88, 94 (2d Cir.2006); Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp., 460 U.S. 1, 16, 103 S.Ct. 927, 74 L.Ed.2d 765 (1983).

⁴⁵ Die zeitlich vorgängige Rechtshängigkeit ist damit ein Kriterium unter mehreren und führt für sich genommen nicht zur Sistierung des Verfahrens; darüber hinaus wird immer noch eine Interessensabwägung vorgenommen: Compagnie des Bauxites de Guinea v. Insurance Co. of N. Am., 651 F.2d 877, 887 (3d. Cir. 1981), aff'd, 456 U.S. 694 (1982); GEORGE (Fn.5), S. 904; S. dazu auch sogleich B.2.

⁴⁶ Zur Anerkennbarkeit des (ausländischen) Urteils S. Ingersoll Milling Machine Co. v. Granger, 833 F.2d 680, 685 (7th Cir. 1987).

⁴⁷ Skandia Am. Reinsurance Corp. v. Seguros La Republica, No. 96-2289, 1996 WL 622559, at *6 (S.D.N.Y. 1996).

gen Verfahren,⁴⁸ sowie der Zusammenhang des Verfahrens mit den USA bzw. der ausländischen Jurisdiktion.⁴⁹

Die Anwendung der Grundsätze der International Comity auf ausländische Parallelverfahren führt im Regelfall dazu, dass das US-amerikanische Verfahren nicht sistiert, sondern weitergeführt wird.⁵⁰

2. (International) Abstention

Die Doktrin der (International) Abstention geht auf den *Colorado Water-Fall* des US Supreme Court zurück.⁵¹ Es ging in diesem Verfahren um die Auseinandersetzung zwischen zwei Indianerstämmen und staatlichen Organisationen um Wasserrechte im Südwesten der USA. Es waren sowohl Verfahren vor Bundesgerichten wie vor teilstaatlichen Gerichten hängig. Der US Supreme Court entschied, dass die teilstaatlichen Verfahren das bundesgerichtliche Verfahren nicht sperren, weil die Bundesgerichte eine «geradezu unbeschränkte» Pflicht hätten, ihre Gerichtsbarkeit auszuüben.⁵² Nur unter aussergewöhnlichen Umständen könne ein Bundesgericht sich dieser Ausübung enthalten («abstain»). Diese aus dem oben dargestellten Grundsatz der International Comity abgeleiteten Umstände umfassen u.a. die mit einem Forum verbundenen Unannehmlichkeiten (Inconvenience) für die Parteien, die Wünschbarkeit, fragmentarische Verfahren zu vermeiden, das Vorliegen einer Gerichtsstandsvereinbarung⁵³ sowie die zeitliche Priorität der Verfahren.⁵⁴ Im Gegensatz zur

⁴⁸ Abdullah Sayid Al-Rifai & Sons W.L.L. v. McDonnell Douglas Foreign Sales Corp., 988 F.Supp. 1285, 1289 (E.D. Mo. 1997).

⁴⁹ Finova Capital Corp. v. Ryan Helicopters U.S.A., Inc., 180 F.3d 896, 898 f. (7th Cir.1999); Turner Entertainment Co. v. Degeto Film GmbH, 25 F.3d 1512, 1518 (4th Cir. 1994), dazu ANDRES RIVERO/JORGE A. MESTRE/LAURA K. REVAK, A Comity of Errors: Understanding the International Abstention Doctrine, in: 17 Fla. J. Int'l L. S. 405, S. 409 ff. (2005).

⁵⁰ HICKS (Fn. 14), S. 671 f.

⁵¹ Colorado River Water Conservation District v. United States, 424 U.S. 800 (1976); S. GEORGE (Fn.5), S. 905 ff.; TEITZ (Fn. 3), S. 15 ff.

⁵² Colorado River Water Conservation District v. United States, 424 U.S. 800, 817 (1976); bestätigt in *Quackenbush v. Allstate Ins. Co.*, 517 U.S. 706, 116 S.Ct. 1712, 135 L.Ed.2d 1 (1996).

⁵³ *E. & J. Gallo Winery v. Andina Licores S.A.*, 446 F.3d 984, 994 f. (9th Cir.2006): Andina hatte zwar zuerst in Ecuador geklagt, aber in Verletzung einer Gerichtsstandsvereinbarung zu Gunsten der kalifornischen Gerichte («Andina has involved Gallo in messy, protracted, and potentially fraudulent litigation in Ecuador in direct contravention of a valid and enforceable forum selection clause.»). Das Appellationsgericht nahm dies inter alia zum Anlass, das US-amerikanische Verfahren trotz ausländischer Rechtshängigkeit weiterzuführen («where private parties have previously agreed to litigate their disputes in a certain forum, one party's filing first in a different forum would not implicate comity at all [in the second forum]»); S. zum Ganzen auch GEORGE (Fn. 5), S. 912 ff., insb. 928 ff.; die USA hat (im Gegensatz zur Schweiz) das noch nicht in Kraft getretene Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen vom 30. Juni 2005 parafiert. Art. 6 dieses Übereinkommens bestimmt, dass «ein Gericht eines Vertragsstaats, der nicht der Staat des vereinbarten Gerichts ist, [das] Verfahren, für die eine ausschließliche Ge-

schweizerischen Regelung, welche von einem strikten Vorrang der zeitlich ersten Rechtshängigkeit ausgeht, bewerten die US-amerikanischen Gerichte diesen Faktor flexibler. So entschied z.B. ein Appellationsgericht im Fall *Turner*, dass dem zeitlichen Faktor keine entscheidende Rolle zukommt, da die ausländische Rechtshängigkeit lediglich eine Woche vor der US-amerikanischen begründet wurde.⁵⁵

Die unterinstanzlichen Gerichte sind in der Anwendung dieser Doktrin auf internationale Fälle gespalten.⁵⁶ Immerhin finden sich zahlreiche Fälle, in denen die Prinzipien der *Colorado Water*-Rechtsprechung mutatis mutandis bei ausländischen Parallelverfahren in die Interessensabwägung einfließen.⁵⁷

Alternativ wird zur Begründung der Sistierung in internationalen Verfahren auch auf das Recht jedes Gerichts zurückgegriffen, den eigenen Terminkalender (docket) zu kontrollieren (*Landis*-Rechtsprechung).⁵⁸ Das Gericht hat die Möglichkeit, die Verhandlung über den Fall nicht anzusetzen, was einer (zeitlich beschränkten) Sistierung eines Falles gleichkommt.⁵⁹ Blosses Case-Management rechtfertigt jedoch die Sistierung nicht.⁶⁰ Es müssen zusätzliche Umstände hinzukommen, welche den *Colorado Waters*-Kriterien ähnlich sind: Prinzipien der International Comity, Angemessenheit des im ausländischen Forum zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfs, gerichtliche Effizienz, Ähnlichkeit der Parteien und des Streitgegenstands, Wahrscheinlichkeit der zeitnahen Verfahrenserledigung im Ausland, potentieller Nachteil für die Parteien, wenn die Sistierung verfügt wird und Zugänglichkeit des ausländischen

rechtsstandsvereinbarung gilt, aus[setzt] oder die Klage als unzulässig ab[weist]», es sei denn, es liegen eng umschriebene Ausnahmefälle vor (wie z.B. Ungültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung), S. dazu ausführlich MARTINE STUCKELBERG, *Lis Pendens and Forum Non Conveniens at the Hague Conference*, in: 26 Brooklyn J. Int'l L. S. 949, S. 967 ff. (2001); TEITZ (Fn. 3), S. 59 ff.

⁵⁴ *Colorado River Water Conservation District v. United States*, 424 U.S. 800, 817 (1976).

⁵⁵ *Turner Entertainment Co. v. Degeto Film GmbH*, 25 F.3d 1512, 1521 f. (4th Cir. 1994).

⁵⁶ Ablehnend z.B. *Posner v. Essex Ins. Co.*, 178 Fed. 3d 1209, 1202 (11th Cir. 1999); *Dependable Highway Exp., Inc. v. Navigators Ins. Co.*, 498 F.3d 1059, 1063 (9th Cir. 2007); befürwortend z.B. *Finova Capital Corp. v. Ryan Helicopters U.S.A. Inc.*, 180 F.3d 896, 897 (7th Cir. 1999); *Kitaru Innovations Inc. v. Chandaria*, 698 F.Supp.2d 386, 390 ff. (S.D.N.Y. 2010); weitere Beispiele bei HICKS (Fn. 14), S. 673 ff.; BORN/RUTLEDGE (Fn. 12), S. 525; siehe auch LOUISE ELLEN TEITZ, *Parallel Proceedings: Treading Carefully*, in: 32 Int'l Law. S. 223, 227 (1998), die sich aufgrund der strukturellen Unterschiede zwischen der innerstaatlichen und internationalen Rechtslage gegen die Ausdehnung der Abstention-Doktrin ausspricht.

⁵⁷ Siehe die Fälle in Fn. 56.

⁵⁸ *Landis v. North American Co.*, 299 U.S. 248, 254 f. (1936): «The power to stay proceedings is incidental to the power inherent in every court to control the disposition of the causes on its docket with economy of time and effort for itself, for counsel, and for litigants. How this can best be done calls for the exercise of judgment, which must weigh competing interests and maintain an even balance».

⁵⁹ HICKS (Fn. 14), S. 680 ff.

⁶⁰ *Lockyer v. Mirant Corp.*, 398 F.3d 1098, 1112 (9th Cir. 2005); *Dependable Highway Exp., Inc. v. Navigators Ins. Co.*, 498 F.3d 1059, 1066 (9th Cir. 2007).

Forums für Parteien, Anwälte und Zeugen.⁶¹ Das Beweismass für die Sistierung ist jedoch geringer als unter der *Colorado Water*-Rechtsprechung, d.h., die Umstände müssen nicht aussergewöhnlich sein.⁶²

3. Forum Non Conveniens

Der Grundsatz «Forum non Conveniens» hat zuständigkeitsrechtliche Wurzeln.⁶³ Ein Gericht kann seine an sich bestehende Zuständigkeit ablehnen, wenn aufgrund der Umstände des Einzelfalls ein anderes Forum als geeigneter, d.h. angemessener erscheint.⁶⁴ Das erkennende Gericht verfügt über breites Ermessen.⁶⁵ Es hat dabei einem dreistufigen Test zu folgen:⁶⁶

Erstens ist im Grundsatz der klägerischen Wahl des (inländischen) Gerichtsstands zu folgen.⁶⁷ Je stärker der Bezug zu den USA ist, desto eher ist der Gerichtsstand zu bejahen und desto schwieriger ist es für den Beklagten, die Einrede des Forum non Conveniens zu erheben.⁶⁸ Ist die US-amerikanische Zuständigkeit hingegen lediglich das Ergebnis von Forum Shopping, ist die Anerkennung des Gerichtsstands weniger wahrscheinlich.⁶⁹

Zweitens muss das Gericht prüfen, ob das von der beklagten Partei geltend gemachte alternative Forum geeignet (adequate) ist, die streitgegenständliche Auseinandersetzung zu beurteilen.⁷⁰

Drittens müssen die privaten und öffentlichen Interessen im Zusammenhang mit der Wahl des Forums abgewogen werden.⁷¹ Die privaten Interessen umfassen die Beweisnähe, die Möglichkeit, unwillige Zeugen zur Aussage zu zwingen, die mit der Vorladung von Zeugen verbundenen Kosten, die Möglichkeit eines Augenscheins

⁶¹ Vgl. z.B. *MLC (Bermuda) Ltd. v. Credit Suisse First Boston Corp.*, 46 F. Supp. 2d 249, 251 (S.D.N.Y. 1999); *Northstar Diamonds, Inc. v. Azran*, Civ. No. 04-3279, 2004 U.S. Dist. Lexis 24273 (D. Minn.).

⁶² BORN/RUTLEDGE (Fn. 12), S. 525 f.

⁶³ S. 28 U.S.C. § 1404 (a): «For the convenience of parties and witnesses, in the interest of justice, a district court may transfer any civil action to any other district (...) where it might have been brought».

⁶⁴ *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501, 507 (1947); S. ausführlich BORN/RUTLEDGE (Fn. 12), S. 347 ff.

⁶⁵ *Scottish Air Int'l, Inc. v. British Caledonian Group, PLC*, 81 F.3d 1224, 1232 (2d Cir. 1996).

⁶⁶ S. z.B. *Norex Petroleum, Ltd. v. Access Indus.*, 416 F.3d 146, 153 (2d Cir. 2005).

⁶⁷ *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235, 255 (1981); BORN/RUTLEDGE (Fn. 12), S. 373 ff.

⁶⁸ *Kitaru Innovations Inc. v. Chandaria*, 698 F. Supp. 2d 386, 393 (S.D.N.Y. 2010).

⁶⁹ *Norex Petroleum, Ltd. v. Access Indus.*, 416 F.3d 146, 154 (2d Cir. 2005).

⁷⁰ Vorausgesetzt wird, dass die Parteien unter die ausländische Gerichtsbarkeit fallen und der konkrete Streit in die Zuständigkeit jenes Gerichts fällt (*Pollux Holding Ltd. v. Chase Manhattan Bank*, 329 F.3d 64, 75 [2d Cir.2003]); S. auch BORN/RUTLEDGE (Fn. 12), S. 404 ff.

⁷¹ BORN/RUTLEDGE (Fn. 12), S. 387 ff.

sowie alle anderen Faktoren, die zu einem schnellen und effizienten Verfahren beitragen.⁷² Die zu berücksichtigenden öffentlichen Faktoren sind u.a. die Arbeitslast des Gerichts, das «lokale» Interesse, nur Streitigkeiten mit einem genügenden Inlandsbezug zu administrieren und die Vermeidung schwieriger Probleme bei der Bestimmung und Anwendung des ausländischen Rechts.⁷³

Die Gerichte haben diese Abwägung privater und öffentlicher Interessen auch für die Entscheidung über die Beachtung ausländischer Rechtshängigkeit fruchtbar gemacht.⁷⁴ Ein Vergleich mit den unter der Doktrin der International Comity bzw. Abstention dargestellten Erwägungen zeigt, dass sich die Kriterienkataloge zu einem grossen Teil überschneiden. Dies hat einen Teil der Doktrin zu Forderung veranlasst, im internationalen Vergleich nur noch die aus dem Grundsatz des Forum non Conveniens abgeleiteten Kriterien anzuwenden.⁷⁵ Die Gerichte sind diesem Ansatz jedoch bislang nicht gefolgt.

C. Zwischenfazit

Trotz Theorienvielfalt entscheiden im Kern relativ wenige Faktoren darüber, ob die ausländische Rechtshängigkeit beachtet wird.⁷⁶

Zunächst wird – wie in der Schweiz – geprüft, ob überhaupt ein Parallelverfahren vorliegt. Dies setzt keine strikte Identität von Parteien und Streitgegenstand voraus. Die Parteien müssen zumindest ähnlich sein und die Ansprüche in der Sache auf dem gleichen Lebenssachverhalt beruhen.⁷⁷ Anders als in der Schweiz (Art. 9 Abs. 2 IPRG) ist die zeitliche Priorität der ausländischen Rechtshängigkeit nur ein unter mehreren Faktoren zu berücksichtigender Umstand.⁷⁸

⁷² Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U.S. 501, 508 (1947).

⁷³ Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 330 U.S. 501, 508 f. (1947).

⁷⁴ S. z.B. Kitaru Innovations Inc. v. Chandaria, 698 F. Supp. 2d 386, 392 ff. (S.D.N.Y. 2010); Dragon Capital Partners L.P. v. Merrill Lynch Capital Services, Inc., 949 F. Supp. 1123, 1130 ff. (S.D.N.Y. 1997); Hicks (Fn. 14), S. 693 ff.

⁷⁵ Hicks (Fn. 14), S. 685.

⁷⁶ S. BORN/RUTLEDGE (Fn. 12), S. 533 ff.

⁷⁷ S. z. B. Royal & Sun Alliance Ins. Co. of Can. v. Century Int'l Arms, Inc., 466 F.3d 88, 94 f. (2d Cir. 2006); Christ v. Cormick, No. 06-275-GMS, 2007 WL 2022053 (D.Del. July 10, 2007); Grammer, Inc. v. Custom Foam Sys., Ltd., 482 F. Supp. 2d 853, 857 (E.D. Mich. 2007).

⁷⁸ S. oben B.; verschiedene Gerichte messen dem Umstand der zeitlichen Priorität unterschiedliches Gewicht bei: wichtiger Faktor z.B. in Finova Capital Corp. v. Ryan Helicopters U.S.A., Inc., 180 F.3d 896, 899 (7th Cir.1999); nicht von entscheidender Bedeutung z.B. in American Cyanamid Co. v. Picaso-Anstalt, 741 F.Supp. 1150, 1159 (D. N.J. 1990); S. auch BORN/RUTLEDGE (Fn. 12), S. 535 f.

Zweitens müssen mehr oder weniger besondere Umstände vorliegen, um die Vermutung zu Gunsten der Weiterführung des US-amerikanischen Verfahrens⁷⁹ zu überwinden und eine Sistierung des Verfahrens oder gar das Nichteintreten auf die Klage zu rechtfertigen. Zu berücksichtigen sind u.a. die Wahrscheinlichkeit der zeitnahen Verfahrenserledigung im Ausland, die Zugänglichkeit des ausländischen Forums für Parteien, Anwälte und Zeugen, die Verfügbarkeit adäquater Rechtsbehelfe im Ausland etc.

Drittens spielen die Effizienz gerichtlicher Verfahren, die Vermeidung fragmentierter Verfahren und widersprüchlicher Urteile eine wichtige Rolle.⁸⁰

IV. Verfahren ist zuerst in den USA rechtshängig

A. Auswirkungen auf die staatliche Gerichtsbarkeit der Schweiz

Sind zwei parallele Verfahren in den USA und in der Schweiz rechtshängig, berücksichtigt das schweizerische Gericht die ausländische Rechtshängigkeit nur, wenn die Anwendungsvoraussetzungen des Art. 9 Abs. 1 IPRG erfüllt sind.

1. Anwendungsvoraussetzungen von Art. 9 Abs. 1 IPRG

a) Identität der Parteien

Art. 9 Abs. 1 IPRG setzt zunächst voraus, dass in beiden Verfahren die gleichen Personen einander gegenüberstehen⁸¹. Auf die Verteilung der Parteirollen kommt es dabei nicht an⁸². Identität im Sinne von Art. 9 Abs. 1 IPRG liegt demnach auch vor, wenn die eine Partei im schweizerischen Verfahren als Kläger, im Verfahren in den USA dagegen als Beklagte auftritt⁸³. Um dieselben Parteien handelt es sich zudem

⁷⁹ Z.B. *Dependable Highway Exp., Inc. v. Navigators Ins. Co.*, 498 F.3d 1059, 1067 (9th Cir. 2007).

⁸⁰ Z.B. *General Motors Corp. v. Ignacio Lopez de Arriortua*, 948 F. Supp. 656, 669 (E.D.Mich. 1996).

⁸¹ ZK IPRG- VOLKEN (Fn. 18), Art. 9 Rz. 48.

⁸² ZK IPRG- VOLKEN (Fn. 18), Art. 9 Rz. 48; SCHRAMM (Fn. 21), Art. 9 Rz. 11, WITTIBSCHLAGER (Fn. 9), S. 95; BERNARD DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 3. Aufl., Basel 2001, Art. 9 Rz. 2, (zit. *Commentaire-DUTOIT*).

⁸³ ZK IPRG- VOLKEN (Fn. 18), Art. 9 Rz. 48.

auch dann, wenn ein Rechtsnachfolger in die Rechtsstellung einer Partei eingetreten ist⁸⁴.

b) Identität des Streitgegenstandes

Des Weiteren müssen Klagen über denselben Gegenstand hängig sein. Art. 9 Abs. 1 IPRG definiert nicht, was unter «demselben Gegenstand» zu verstehen ist. Zudem geht aus der Regelung nicht hervor, nach welcher Rechtsordnung zu bestimmen ist, ob identische Streitgegenstände vorliegen⁸⁵. In der Lehre wird zu Recht die Ansicht vertreten, diese Frage beurteile sich nach schweizerischem Recht⁸⁶.

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt Identität des Streitgegenstandes im Sinne von Art. 9 Abs. 1 IPRG vor, «wenn die eingeklagten Ansprüche aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf denselben Sachverhalt zur Beurteilung unterbreitet werden»⁸⁷. Identität ist insb. zwischen einer Leistungs- und einer korrespondierenden negativen Feststellungsklage unabhängig von der zeitlichen Reihenfolge gegeben⁸⁸. Dies stellt in der Sache eine Übernahme der nicht unbestrittenen Kernpunkttheorie⁸⁹ des EuGH dar. Danach liegen identische Ansprüche vor,

⁸⁴ ZK IPRG- VOLKEN (Fn. 18), Art. 9 Rz. 49; BSK IPRG-BERTI (Fn. 19), Art. 9 Rz. 16; SCHRAMM (Fn. 21), Art. 9 Rz. 11.

⁸⁵ WITTIBSCHLAGER (Fn. 9), S. 79.

⁸⁶ WITTIBSCHLAGER (Fn. 9), S. 79; BERNARD DUTOIT, *Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Supplément à la 4^e édition*, Bâle 2011, Art. 9 Rz. 1, (zit. *Commentaire-Supp.-DUTOIT*); ebenso SCHWANDER, der allerdings darauf hinweist, dass es eines sorgfältigen Vergleichs mit dem ausländischen Verfahrensrecht und dem vom ausländischen Gericht anzuwendenden materiellen Recht bedarf (IVO SCHWANDER, *Einführung ins internationale Privatrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., St. Gallen 2000, Rz. 642).

⁸⁷ BGer. 19.8.2009, 5A_452/2009, E. 2.2.1; siehe auch BGE 123 III 16 E. 2a S. 18; BGE 128 III 284 E. 3b S. 286.

⁸⁸ BGer. 7.6.2007, 5C.289/2006, E. 3.2; CHRISTIAN OETIKER, *Das Gerichtsstandsrecht auf dem Weg in die Schweizerische Zivilprozessordnung*, in: AJP 12/2008, S. 1517 ff., S. 1524; *Commentaire-Supp.-DUTOIT* (Fn. 86), Art. 9 Rz. 1; so auch die Rechtsprechung des EuGH: *Tatry/Maciej Rataj*, Rs C-410/92. Slg. 1995 I 054383; STEFAN TIEFENTHALER, in: Dietmar Czernich/Stefan Tiefenthaler/Georg E. Kodek/Helmut Heiss (Hrsg.), *Europäisches Gerichtsstand- und Vollstreckungsrecht, EuGVVO, Lugano Übereinkommen, VO Zuständigkeit in Ehesachen («Brüssel IIa-VO»), Kurzkomentar*, 3. Aufl., Wien 2009, Art. 27 Rz. 10; FELIX DASSER, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (Hrsg.), *Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ)*, Bern 2008, Art. 21 Rz. 16; EuGH vom 6.12.1994; anders noch BGE 105 II 229 E.1b S. 233.

⁸⁹ Die Kernpunkttheorie ist in der Literatur auf Kritik gestossen S. dazu z.B. JAN KROPHOLLER, in: JAN KROPHOLLER (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zum EuGVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischem Vollstreckungstitel*, 8. Aufl., Frankfurt am Main 2005, Art. 27 Rz. 10 ff.; REINHOLD GEIMER, in: Reinhold Geimer/Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, EuInsVO, EuVTVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht*, 3. Aufl., München 2010, Art. 27 Rz. 31 f.; PETER F. SCHLOSSER, in: Peter F. Schlosser (Hrsg.), *Eu-Zivilprozessrecht, EuGVVO, AVAG, VTVO, MahnVO, BagatellVO, HZÜ, EuZVO, HBÜ, EuBVO, Kommentar*, München 2009, Art. 27 Rz. 4c.

wenn die Klagen auf dieselben Grundlagen gestützt sind und denselben Gegenstand haben, wobei es bei Letzterem nicht auf das Klagebegehren, sondern auf den Zweck der Klagen ankommt⁹⁰.

Durch den weiten Streitgegenstandsbegriff von Art. 9 Abs. 1 IPRG kann ein Kläger in den USA mit einer negativen Feststellungsklage, die zeitlich vor einer korrespondierenden schweizerischen Leistungsklage in den USA rechtshängig gemacht wird, das Verfahren in den Schweiz blockieren und den Gerichtsstand in den USA fixieren.

c) Prioritäre Rechtshängigkeit des ausländischen Verfahrens

Gemäss dem in Art. 9 Abs. 1 IPRG verankerten Prioritätsprinzip setzt sich von zwei parallelen Verfahren jeweils dasjenige durch, welches zuerst rechtshängig geworden ist⁹¹. Im Gegensatz zum US-amerikanischen Recht stellt der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit im schweizerischen Recht damit nicht nur ein Faktor unter vielen dar, sondern dasjenige zentrale Kriterium, nach welchem sich bestimmt, welchem von zwei identischen Verfahren jeweils der Vorrang einzuräumen ist. Die Rechtshängigkeit tritt, wie erwähnt, nach Art. 9 Abs. 2 IPRG schon mit dem Einreichen eines Schlichtungsgesuchs bei der Schlichtungsbehörde ein. Dies hat für einen Kläger in der Schweiz den Vorteil, dass die Rechtshängigkeit zu einem frühen Zeitpunkt eintritt und er damit weniger Gefahr läuft, von der anderen Partei «überholt» zu werden.

d) Positive Anerkennungsprognose

Eine prioritäre ausländische Rechtshängigkeit wird ferner vom Gericht nur berücksichtigt, wenn zu erwarten ist, dass das ausländische Urteil in der Schweiz anerkannt werden kann (Art. 9 Abs. 1 IPRG). Da im Zeitpunkt der Beurteilung dieser Voraussetzung noch kein Urteil des ausländischen Gerichts vorliegt, kann das Schweizer Gericht lediglich eine Prognose abgeben⁹². An diese dürfen nach herrschender Lehre und Praxis keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden⁹³. Die Anerkennung darf erwartet werden, wenn vernünftigerweise nicht ausgeschlossen werden kann,

⁹⁰ EuGH vom 8.12.1987, *Gubisch/Palumbo*, Rs. 144/86, Slg. 1987 04861; EuGH vom 6.12.1994, *Tatry/Maciej Rataj*, Rs C-410/92, Slg. 1994-054339; Kurzkommentar-TIEFENTHALER (Fn. 88), Art. 27 Rz. 9 f.; DASSER (Fn. 88), Art. 21 Rz. 13 f.; KROPHOLLER (Fn. 89), Art. 27 Rz. 6 f. EuGH *tatry*.

⁹¹ Kurzkommentar-TIEFENTHALER (Fn. 88), Art. 27 Rz. 5; SCHWANDER, FS Vogel (Fn. 20), S. 408; WITTIBSCHLAGER (Fn. 9), S. 111.

⁹² BGer. 7.6.2007, 5C.289/2006, E. 4.1; BGer. 10.2.2004, 5C.247/2004, E. 5.1.

⁹³ BGer. 7.6.2007, 5C.289/2006, E. 4.1; SCHRAMM (Fn. 21), Art. 9 Rz. 20; PAOLO MICHELE PATOCCHI/ELLIOTT GEISINGER/STEPHAN LÜKE, Internationales Privatrecht, Das IPRG sowie die wichtigsten völkerrechtlichen Verträge und Schiedsgerichtsordnungen mit Anmerkungen über die bundesgerichtliche und kantonale Rechtsprechung, Hinweisen, Bibliographien, Konkordanzregister und Sachregister, Zürich 2000, Art. 9 Rz. 2; ZK IPRG- VOLKEN (Fn. 18), Art. 9 Rz. 76; WITTIBSCHLAGER (Fn. 9), S. 127; Commentaire-DUTOIT (Fn. 82), Art. 9 Rz. 4.

dass das ausländische Verfahren in einem Entscheid münden wird, der in der Schweiz anerkannt werden kann⁹⁴.

Die voraussichtliche Anerkennbarkeit des ausländischen Urteils ist nach allgemeiner Ansicht, sofern kein einschlägiger Staatsvertrag vorliegt, im Lichte von Art. 25 ff. IPRG zu prüfen⁹⁵. Diese Prüfung umfasst im Wesentlichen das Vorliegen der indirekten internationalen Zuständigkeit des ausländischen Gerichts und die gehörige Ladung des Beklagten, wenn dieser in der Schweiz wohnhaft ist⁹⁶. Dabei gilt es mit zu berücksichtigen, dass Mängel, die einer Anerkennbarkeit des ausländischen Urteils entgegenstehen könnten, in einem späteren Rechtsmittelverfahren im Ausland allenfalls noch geheilt werden können⁹⁷.

e) Angemessene Dauer des ausländischen Verfahrens

Die ausländische Rechtshängigkeit ist schliesslich nur zu beachten, wenn zu erwarten ist, dass das ausländische Gericht *innert einer angemessenen Frist* eine Entscheidung fällt (Art. 9 Abs. 1 IPRG). Das Gericht darf dies dann annehmen, wenn vernünftigerweise nicht ausgeschlossen werden kann, dass innert angemessener Frist ein Urteil ergeht⁹⁸. Wegleitend für die Prüfung des Gerichts sind dabei einerseits die Erfahrungswerte über die Prozessdauer im ausländischen Staat, die konkreten Umstände des Einzelfalls, die Aktenlage im ausländischen Verfahren sowie die Rechtsprechung zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK⁹⁹.

2. Rechtsfolgen einer prioritären ausländischen Rechtshängigkeit

Nach herrschender Lehre und Praxis hat das schweizerische Gericht das Vorliegen einer früheren ausländischen Rechtshängigkeit von Amtes wegen zu prüfen, wenn es Kenntnis von dem betreffenden Verfahren erhält¹⁰⁰. Kommt es dabei zum Schluss, dass die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 9 Abs. 1 IPRG erfüllt sind, hat es das in der Schweiz eingeleitete Verfahren zunächst auszusetzen bzw. zu sistieren (Art. 9

⁹⁴ BGE 118 II 188 E. 3b S. 191; BGE 127 III 118 E. 3d S.120.

⁹⁵ BGer. 7.6.2007, 5C.289/2006, E. 4.1; ZK IPRG-VOLKEN (Fn. 18), Art. 9 Rz. 78; BSK IPRG-BERTI (Fn. 19), Art. 9 Rz. 21; SCHWANDER, FS Vogel (Fn. 20), S. 412; VOGEL (Fn. 21), S. 81; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (Fn. 7), Rz. 136.

⁹⁶ SCHRAMM (Fn. 21), Art. 9 Rz. 20; ZK IPRG-VOLKEN (Fn. 18), Art. 9 Rz. 78; KARL SPÜHLER/CLAUDIA MEYER, Einführung ins internationale Zivilprozessrecht, Zürich 2001, S. 17; DUTOIT (Fn. 21), S. 55.

⁹⁷ WITTIBSCHLAGER (Fn. 9), S. 127; PATOCCHI/GEISINGER/LÜKE (Fn. 93), Art. 9 Rz. 5; ZR 1990, 198, Nr. 87, S. 200.

⁹⁸ BGE 127 III 118 E. 3d S. 120; BGE 118 II E. 3b S. 191; a.A. VOGEL (Fn. 21), S. 83.

⁹⁹ SCHRAMM (Fn. 21), Art. 9 Rz. 18; BSK IPRG-BERTI (Fn. 19), Art. 9 Rz. 23; SCHWANDER, FS Vogel (Fn. 20), S. 412; SCHWANDER (Fn. 86), Rz. 642; SPÜHLER/MEYER (Fn. 96), S. 17.

¹⁰⁰ BGE 127 III 118 E. 3d S. 121; SCHRAMM (Fn. 21), Art. 9 Rz. 6; VOGEL (Fn. 21), S. 83; Commentaire-DUTOIT (Fn. 82), Art. 9 Rz. 5; SCHLEIFFER MARAIS (Fn. 23), Art. 64 Rz. 17.

Abs. 1 IPRG)¹⁰¹. Sollte sich im Verlaufe des ausländischen Verfahrens allerdings herausstellen, dass nicht mehr alle Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 1 IPRG erfüllt sind, weil beispielsweise in absehbarer Zeit nicht mehr mit einem anerkennungsfähigen Urteil gerechnet werden kann, ist das Gericht gehalten, das sistierte Verfahren wieder an die Hand zu nehmen¹⁰². Wird dem Gericht schliesslich ein ausländisches Urteil vorgelegt, das in der Schweiz anerkannt werden kann, weist es die bisher sistierte inländische Klage zurück (Art. 9 Abs. 3 IPRG)¹⁰³.

B. Zwischenfazit

Im Vergleich zum US-amerikanischen Recht gibt es im schweizerischen Recht nur wenige Voraussetzungen, nach welchen sich beurteilt, ob eine ausländische Rechtshängigkeit zu berücksichtigen ist. Das schweizerische Gericht hat nach Art. 9 Abs. 1 IPRG jeweils zu prüfen, ob parallele Verfahren vorliegen, das ausländische Verfahren zuerst rechtshängig geworden ist und ob die Anerkennungs- und Fristenprognose positiv ausfällt.

Es ist davon auszugehen, dass das schweizerische Gericht bei Vorliegen eines prioritär rechtshängig gewordenen parallelen Verfahrens in den USA die ausländische Rechtshängigkeit in der Regel zu beachten hat. Das inländische Verfahren wird deshalb zu sistieren sein, da an die Prognosen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden und die Identität des Streitgegenstands aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung weit auszulegen ist.

¹⁰¹ SCHRAMM (Fn. 21), Art. 9 Rz. 21; BSK IPRG-BERTI (Fn. 19), Art. 9 Rz. 24; WITTIBSCHLAGER (Fn. 9), S. 138; SCHWANDER, FS Vogel (Fn. 20), S. 412; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (Fn. 7), Rz. 136; Commentaire-DUTOIT (Fn. 82), Art. 9 Rz. 5; in der Lehre wird teils die Ansicht vertreten, Art. 9 Abs. 1 IPRG müsse in dem Sinne ergänzt werden, als dass das Gericht die Klage bereits in dem Zeitpunkt zurückweisen könne, in welchem die Zuständigkeit des ausländischen Gerichts feststehe (VOGEL [Fn. 21], S. 84; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI [Fn. 7], Rz. 137).

¹⁰² ZK IPRG-VOLKEN (Fn. 18), Art. 9 Rz. 26; SCHWANDER, FS Vogel (Fn. 20), S. 414.

¹⁰³ SCHRAMM (Fn. 21), Art. 9 Rz. 22; BSK IPRG-BERTI (Fn. 19), Art. 9 Rz. 25; Commentaire-DUTOIT (Fn. 82), Art. 9 Rz. 5; SCHWANDER, FS Vogel (Fn. 20), S. 412 f.; Schwander (Fn. 86), Rz. 643; zu den weiteren Wirkungen der Rechtshängigkeit, wie der perpetuatio fori, der Wahrung von Verjährungs- oder Verjährungsfristen oder der Erschwerung der Klageänderung vgl. z.B. BSK IPRG-BERTI (Fn. 19), Art. 9 Rz. 2; SCHLEIFFER MARAIS (Fn. 23), Art. 62 Rz. 3, Art. 64 N 21 f.; Dominik Infanger, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, Basel 2010, Art. 64 N 16 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (Fn. 11), N 7.29 ff.

V. Schlussfolgerungen für die Praxis

Es ist aufgrund der begrenzten Anzahl an Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 9 IPRG bei Parallelverfahren relativ gut vorhersehbar, ob ein Schweizer Gericht sein Verfahren bei Vorliegen einer US-amerikanischen Rechtshängigkeit sistieren wird. Wurde das Verfahren in den USA zuerst rechtshängig gemacht, wird es in der Regel zur Aussetzung des inländischen Verfahrens kommen. Für einen Kläger in der Schweiz ist es daher wichtig, sein Verfahren zeitlich vor demjenigen in den USA rechtshängig zu machen.

Demgegenüber lässt sich nur schwer abschätzen, ob das US-amerikanische Gericht eine frühere schweizerische Rechtshängigkeit berücksichtigen wird, da für diese Entscheidung je nach Gericht andere Entscheidungskriterien zur Anwendung gelangen. Zu beachten ist ferner, dass eine gewisse Tendenz der US-amerikanischen Gerichte beobachtbar ist, trotz ausländischer Rechtshängigkeit das spätere (eigene) Verfahren weiterzuführen.¹⁰⁴ Dadurch laufen im Ergebnis beide Verfahren weiter, bis in einem Prozess ein rechtskräftiges Urteil gefällt wird. Sollte in einem solchen Fall das Verfahren in der Schweiz zuerst in ein Urteil münden, besteht für den Schweizer Kläger die Möglichkeit, im US-amerikanischen Verfahren die Einrede der *res iudicata* zu erheben¹⁰⁵. Ergeht umgekehrt zuerst im US-amerikanischen Verfahren ein Urteil, kann zumindest die Anerkennung und Vollstreckung dieser Entscheidung in der Schweiz gestützt auf Art. 27 Abs. 2 Bst. c IPRG verhindert werden.

¹⁰⁴ S. § 86 Rest. 2d Conflict of Laws (Pendency of foreign action): «A state may entertain an action even though an action on the same claim is pending in another state»; *Evergreen Marine Corp. v. Welgrow Int'l Inc.*, 942 F. Supp. 201, 207 (S.D.N.Y. 1996); *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909, 926 (D.C.Cir.1984); BORN/RUTLEDGE (Fn. 12), S. 533; RIVERO/MESTRE/REVAK (Fn. 49), 408 f.; a.A. TEITZ (Fn. 3), S. 30 («a willingness to defer to a foreign proceeding»). Geht es um eine sachenrechtliche Auseinandersetzung («in rem jurisdiction»), zeigt das Fallrecht eine gewisse Präferenz der US-amerikanischen Gerichte, dem Verfahren an dem Ort die Priorität einzuräumen, wo die Sache sich befindet, S. ausführlich ANGLIM (Fn. 14), 260 ff.

¹⁰⁵ *Compagnie des Bauxites de Guinea v. Ins. Co. of N. Am.*, 651 F. 2d 877, 887 (3d Cir. 1981), *aff'd*, 456 U.S. 694 (1982); BORN/RUTLEDGE (Fn. 12), S. 536 f.

