

Markus Müller-Chen

Zuständigkeitsbegründung durch Einlassung: Ein rechtsvergleichendes Schlaglicht



INHALTSÜBERSICHT

I. Einführung

II. Rechtsquellen

- A. Im Binnenverhältnis: Art. 18 ZPO
- B. Im internationalen Verhältnis

III. Begriff

IV. Voraussetzungen

- A. Partei- und Prozessfähigkeit der beklagten Partei
- B. Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts
- C. Rechtshängigkeit der Klage
- D. Keine anderweitige ausschliessliche oder (teil-)zwingende Zuständigkeit
- E. Einlassungshandlung
- F. Weitere Voraussetzungen

V. Prozessuale Geltendmachung

- A. Eintritt der Präklusionswirkung
- B. Unzuständigkeitseinrede

VI. Wirkungen

VII. Schutz der beklagten Partei vor ungewollter Einlassung

VIII. Zusammenfassung

Markus Müller-Chen, Prof. Dr. iur., Ordinarius für Privatrecht, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität St. Gallen. Mein herzlicher Dank gebührt meiner Assistentin und Doktorandin Nadine Boss, MA in Law and Economics, für die umsichtige Überarbeitung des Textes und des Fussnotenapparates. Prof. Dr. Martin Kaufmann, Richter am Kantonsgericht St. Gallen und Titularprofessor an der Universität St. Gallen, sowie Dr. Caroline Kirchschräger, Richterin am Kantonsgericht St. Gallen, danke ich für ihre wertvollen Inputs aus der gerichtlichen Praxis. Inspiration für diesen Artikel bildete ein Parteigutachten, das der Autor im Rahmen schweizerisch-ausländischer Parallelverfahren verfasst hat.

I. Einführung

Die Einlassung vor einem international und/oder örtlich unzuständigen Zivilgericht ist in der Schweizer Lehre und Praxis *das hässliche Entlein der Zuständigkeitsbegründung* – im Gegensatz zu ihrer Zwillingschwester, der Gerichtsstandsvereinbarung, die weitverbreitet ist und über die viel geschrieben und prozessiert wird. Dies hat einerseits damit zu tun, dass im Alltag erstinstanzlicher Gerichte die Familien-, Erb-, Miet- und Arbeitsstreitigkeiten den Hauptharst der Verfahren ausmachen, wo es viele zwingende Gerichtsstände gibt, von denen nicht abgewichen werden kann – auch nicht durch Einlassung.¹ Zum anderen gehört es zum Einmaleins der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, mit aller Sorgfalt die Zuständigkeit des von der klägerischen Partei angerufenen Gerichts zu prüfen und gegebenenfalls die Einrede der Unzuständigkeit zu erheben und nachdrücklich und explizit zu betonen, dass die von ihnen vertretene beklagte Partei sich nicht auf die Sache einlassen wolle.

Und doch lohnt es sich, über einige zentrale Punkte der Zuständigkeitsbegründung durch Einlassung nachzudenken, denn nicht alle Rechtsfragen sind geklärt und entschieden. Gerade in internationalen Verfahren können sich komplexe Fragen stellen, die auch für erfahrene Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter – von anwaltlich nicht vertretenen Parteien ganz zu schweigen – zu Stolperfallen werden können. Dies hat u.a. damit zu tun, dass es für die Einlassung gemäss Art. 24 LugÜ im Gegensatz zu Art. 18 ZPO und Art. 6 IPRG zur Zuständigkeitsbegründung ausreicht, sich auf das *Verfahren* einzulassen, eine Äusserung in der Sache ist nicht nötig. Ferner sind praktisch wichtige Fragen, ob eine Einlassung bereits im Schlichtungsverfahren möglich sein soll und ob das Gericht die (anwaltlich nicht vertretene) beklagte Partei auf die Unzuständigkeit

¹ In der offiziellen Sammlung publizierte Entscheide zur Einlassung sind rar. Zu Art. 18 ZPO: BGE 146 III 265 E. 4.3; 143 III 495 E. 2.2.2; 142 III 515 E. 2.2; zu Art. 6 IPRG: BGE 144 III 419 E. 6.3.3; 123 III 45 E. 3b f.; zu Art. 18 aLugÜ: BGE 119 II 167 E. 4b; 122 III 301 E. 4; 133 III 295 E. 5.1 f.

hinweisen soll bzw. darf mit der Folge, dass diese die Einrede der Unzuständigkeit erheben kann.

Dieser Aufsatz beschäftigt sich mit der Rechtslage in Verfahren vor einem Schweizer Zivilgericht, eingeschlossen solcher mit einem Auslandsbezug. Einbezogen werden rechtsvergleichende Überlegungen aus dem deutschen und österreichischen Recht.

Vor vielen Jahren durfte ich von meinem geschätzten Kollegen Ivo Schwander an der Universität St. Gallen die Verantwortung für das internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht übernehmen, wofür ich nach wie vor äusserst dankbar bin. Ihm sei dieser Beitrag in ehrendem Andenken gewidmet.

II. Rechtsquellen

Der Tatbestand der Einlassung wird durch unterschiedliche Bestimmungen normiert, je nachdem, ob es sich beim betreffenden Verfahren um ein Binnenverhältnis oder ein internationales Verhältnis handelt.

A. Im Binnenverhältnis: Art. 18 ZPO

Bei einem Verfahren, das keinerlei Bezug zum Ausland hat, ist Art. 18 ZPO einschlägig. Danach «wird das angerufene Gericht zuständig, wenn sich die beklagte Partei ohne Einrede der fehlenden Zuständigkeit zur Sache äussert».

B. Im internationalen Verhältnis

1. Grundlagen

Art. 18 ZPO ist nicht anwendbar, wenn ein internationales Verhältnis vorliegt (Art. 2 ZPO bzw. Art. 1 Abs. 1 IPRG). Dies ist gemäss etablierter bundesgerichtlicher Rechtsprechung zunächst dann der Fall, wenn mindestens eine der Parteien ihren Wohnsitz, ihren Sitz oder ihre Niederlassung im Ausland hat.²

Doch selbst wenn beide Parteien Wohnsitz, Sitz oder Niederlassung in der Schweiz haben, kann ein internationa-

les Verhältnis bestehen. Dies wird dann angenommen, wenn ein für den betreffenden Sachverhalt zuständigkeitsrechtlich relevantes Anknüpfungsmerkmal im Ausland liegt.³

Ein internationales Verhältnis liegt bei der Einlassung nur dann vor, wenn die Parteien Wohnsitz, Sitz oder Niederlassung in unterschiedlichen Staaten haben. Weder Art. 6 IPRG noch Art. 24 LugÜ haben zusätzliche, zuständigkeitsrelevante Anknüpfungsmerkmale.

Liegt nach diesen Grundsätzen ein Auslandsbezug vor, ist aufgrund des verfassungsrechtlichen Vorrangs des Völkerrechts vor dem Landesrecht⁴ (s. auch den deklaratorischen Verweis in Art. 1 Abs. 2 IPRG) zu entscheiden, ob ein Staatsvertrag der Anwendung des IPRG im Einzelfall vorgeht. In Frage kommen entweder das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelsachen (LugÜ) oder bilaterale Staatsverträge.

2. Art. 24 LugÜ

Das LugÜ ist in der Praxis von überragender Bedeutung für die Bestimmung der internationalen (und in der Regel auch örtlichen) Zuständigkeit Schweizer Gerichte für Verfahren mit einem Auslandsbezug. Vorausgesetzt ist, dass der sachliche, persönlich-räumliche und zeitliche Anwendungsbezug des LugÜ eröffnet ist.

Sachlich ist das LugÜ gemäss Art. 1 Abs. 1 LugÜ auf Zivil- und Handelssachen anwendbar, wobei es in Art. 1 Abs. 2 LugÜ einen Ausschlusskatalog gibt; so ist das LugÜ insbesondere nicht auf das Gebiet des Erbrechts oder die Schiedsgerichtsbarkeit anwendbar.

Der räumlich-persönliche Anwendungsbereich ist durch Auslegung der in Frage stehenden Zuständigkeitsbestimmung festzulegen. Die Einlassung ist in Art. 24 LugÜ geregelt. Danach wird ein unzuständiges Gericht (international) zuständig, «wenn sich der Beklagte vor ihm auf das Verfahren einlässt. Dies gilt nicht, wenn der Beklagte sich einlässt, um den Mangel der Zuständigkeit geltend zu machen oder wenn ein anderes Gericht aufgrund des Artikels 22 ausschliesslich zuständig ist».

² Z.B. BGE 141 III 294 E. 4; 137 III 481 E. 2.1; 135 III 185 E. 3.1; 131 III 76 E. 2.3; BGE, 4A_36/2016, E. 3.1; 4A_443/2014, E. 3.1; mit kritischen Anmerkungen SIMON OTHENIN-GIRARD, Domicile international: quelques observations relatives à l'arrêt du TF 4A_443/2014 du 2 février 2015, SZPZ 2015, 284 ff., 287; CR LDIP-CL-BUCHER, Art. 1 N 22 f., in: Andreas Bucher/Florence Guillaume (Hrsg.), Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano, Commentaire Romand, 2. A., Basel 2025; BSK IPRG-GROLIMUND/LOACKER/SCHNYDER, Art. 1 N 1, in: Pascal Grolimund/Leander D. Loacker/Anton K. Schnyder, Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 4. A. Basel 2021 (zit. BSK IPRG-BEARBEITER/IN). Bei einfacher Streitgenossenschaft ist für jeden Kläger getrennt zu ermitteln, ob ein internationales Verhältnis vorliegt (BGE 134 III 477 E. 4).

³ MARKUS MÜLLER-CHEN, in: Markus Müller-Chen/Corinne Widmer Lühchinger (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 3. A., Zürich 2018 (zit. ZK-BEARBEITER/IN), Art. 1 IPRG N 8; so im Ergebnis auch BSK IPRG-GROLIMUND/LOACKER/SCHNYDER (FN 2), Art. 1 N 1; HANS ULRICH WALDER-RICHLI, Die Gerichtsstandsbestimmungen des schweizerischen Gerichtsstandsgesetzes und des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht im Vergleich zu denen des Lugano-Übereinkommens, in: Rolf A. Schütze (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Rechts, Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag, München 2002, 1411 ff., 1422.

⁴ Art. 5 Abs. 4 BV; Botschaft vom 10. November 1982 zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), BBl 1983 I 263 ff. (zit. Botschaft IPRG 1982), 296 f.; ZK-MÜLLER-CHEN (FN 3), Art. 1 IPRG N 41 ff.

Dieser Wortlaut enthält keinen Hinweis darauf, welches der persönlich-räumliche Anwendungsbereich von Art. 24 LugÜ ist. Eine höchstrichterliche Klärung steht aus; es gibt verschiedene Lehrmeinungen zu dieser Frage.⁵

Zum einen wird vertreten, dass Art. 24 LugÜ nur dann angewendet werden soll, wenn die beklagte Partei ihren Wohnsitz in einem Vertragsstaat hat.⁶ Zum anderen existiert – bezugnehmend auf den Wortlaut – die Meinung,

Die Einlassung in Art. 24 LugÜ muss systematisch mit der in Art. 23 LugÜ geregelten Gerichtsstandsvereinbarung gelesen werden.

dass der Wohnsitz der Parteien irrelevant ist.⁷ Letzteres hätte zur Konsequenz, dass Art. 6 IPRG durch das LugÜ (innerhalb dessen sachlichen Anwendungsbereichs) vollständig verdrängt würde.

M.E. ist weder die eine noch die andere Ansicht zielführend, denn die Einlassung in Art. 24 LugÜ muss systematisch mit der in Art. 23 LugÜ geregelten Gerichtsstandsvereinbarung gelesen werden.⁸ Einlassung ist keine stillschweigende Gerichtsstandsvereinbarung (s. unten III.),⁹ aber in beiden

Fällen wird die Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichts begründet. Somit muss m.E. der persönlich-räumliche Anwendungsbereich von Art. 24 LugÜ derselbe sein wie derjenige von Art. 23 LugÜ.¹⁰

Im Ergebnis bedeutet dies, dass Art. 24 LugÜ zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit eines Schweizer Gerichts anzuwenden ist, wenn mindestens eine Partei ihren Wohnsitz oder Sitz in einem Vertragsstaat hat.¹¹ Die örtliche Zuständigkeit ist dann durch Art. 6 IPRG zu bestimmen.¹²

Im Umkehrschluss ergibt sich, dass Art. 6 IPRG für die Festlegung der internationalen Zuständigkeit eines Schweizer Gerichts nur massgeblich ist, wenn *beide* Parteien ihren Wohnsitz in einem Drittstaat haben,¹³ was die praktische Relevanz von Art. 6 IPRG stark einschränkt.¹⁴

3. Einlassungstatbestand in bilateralen Verträgen

Es gibt nach wie vor bilaterale Staatsverträge, welche die Einlassung regeln. Zu nennen ist z.B. der Niederlassungs- und Konsularvertrag zwischen der Schweiz und Italien vom 22. Juli 1868 (SR 0.142.114.541). Dieses Übereinkommen enthält zwar keine ausdrückliche Vorschrift zur Einlassung, es ist aber in der Schweizer Rechtsprechung anerkannt, dass die Auslegung von Art. 17 Abs. 3 des Vertrags ergibt,¹⁵ dass die Einlassung zulässig ist.¹⁶

5 S. zum Ganzen ZK-MÜLLER-CHEN (FN 3), Art. 6 IPRG N 6–9.

6 IVO SCHWANDER, Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, I. Zivilabteilung, 1. Februar 2002, X. c. Z., Berufung, 4C.189/2001, SZIER 2003, 243 ff., 251; ANDREAS GROLIMUND/EVA BACHOFNER, in: Anton K. Schnyder/Miguel Sogo (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht, 2. A., Zürich/St.Gallen 2023 (zit. Schnyder/Sogo, LugÜ-BEARBEITER/IN), Art. 24 LugÜ N 10; DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 2024, § 9 N 68; differenziert CLAUDIA GÖTZ, Gerichtsstand der rügelosen Einlassung im Zivilprozessrecht der Schweiz, Basel 2004, 51; so auch KGer SG, BO.2013.42, 26.3.2014, E. 5.

7 HEINRICH NAGEL/PETER GOTTWALD, Internationales Zivilprozessrecht, 8. A., Köln 2020, § 3.292; GERHARD WALTER/TANJA DOMEJ, Internationales Zivilprozessrecht in der Schweiz, 5. A., Bern 2012, 141, 307. So auch zu Art. 26 EuGVVO: BGH, V ZR 112/22, 21.7.2023, RIW 2023, 761 ff., 762 f.; REINHOLD GEIMER, in: Reinhold Geimer/Rolf A. Schütze (Hrsg.), Europäisches Zivilverfahrensrecht, 4. A., München 2020, (zit. EuZVR-BEARBEITER/IN), Art. 26 EuGVVO N 23; ASTRID STADLER/CHRISTIAN KRÜGER, in: Hans-Joachim Musielak/Wolfgang Voit, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 22. A., München 2025 (zit. Musielak/Voit-BEARBEITER/IN), Art. 26 EuGVVO N 1.

8 Beide Bestimmungen sind unter dem gemeinsamen 7. Abschnitt des LugÜ eingeordnet.

9 ZK-MÜLLER-CHEN (FN 3), Art. 6 IPRG N 7; Schnyder/Sogo, LugÜ-GROLIMUND/BACHOFNER (FN 6), Art. 24 LugÜ N 4; BSK IPRG-VASELLA/KUNZ (FN 2) Art. 6 N 7; BSK LugÜ-BERGER, Art. 24 N 5 f., in: Christian Oetiker/Thomas Weibel/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2023 (zit. BSK LugÜ-BEARBEITER/IN). So aber EuGH, Rs. C-433/16, *Bayrische Motoren Werke AG vs. Acacia Srl*, 13.7.2017, N 31; EuGH, Rs. C-1/13, *Cartier parfums-lunettes SAS und Axa Corporate Solutions assurances SA vs. Ziegler France SA u.a.*, 27.2.2014, N 34; EuGH, Rs. C-111/09, *Česká podnikatelská pojišťovna a.s., Vienna Insurance Group vs. Michal Bilas*, 20.5.2010, N 21; EuGH,

Rs. C-150/80, *Elefanten Schuh GmbH vs. Pierre Jacqmain*, 24.6.1981, N 8; NAGEL/GOTTWALD (FN 7), § 294; Musielak/Voit-STADLER/KRÜGER (FN 7), Art. 26 EuGVVO N 1.

10 Gl. M. PETER GOTTWALD, in: Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen Band III, 6. A., München 2022 (zit. MüKo III-BEARBEITER/IN), Art. 24 Brüssel Ia-VO N 4; REINHARD BORK, in: Reinhard Bork/Herbert Roth, Stein, Kommentar zur Zivilprozessordnung Band I, 24. A., Tübingen 2024 (zit. Stein-BEARBEITER/IN), § 39 N 15.

11 ZK-MÜLLER-CHEN (FN 3), Art. 6 IPRG N 8; LAURENT KILIAS, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen (LugÜ), Stämpfli Handkommentar, 3. A., Bern 2021 (zit. SHK-BEARBEITER/IN), Art. 24 LugÜ N 9; so implizit auch EuGH, Rs. C-175/15, *Taser International Inc. vs. SC Gate 4 Business SRL und Christian Mircea Anastasiu*, 17.3.2016, N 21, 23 f. (Einlassung der rumänischen Beklagten vor dem Landgericht Bukarest, Klägerin war eine US-amerikanische Gesellschaft); BSK LugÜ-BERGER (FN 9), Art. 24 N 12 ff.; BSK IPRG-VASELLA/KUNZ (FN 2), Art. 6 N 22; s. auch BGer, 4C.52/2002, E. 2.2: offengelassen, ob LugÜ anwendbar ist, wenn Kläger Wohnsitz in den USA und Beklagter Wohnsitz in der Schweiz hat.

12 BGer, 4A.373/2023, Prüfung des Art. 6 IPRG in einem Fall, in dem der in Frage stehende Sitz der beklagten Partei in der Schweiz lag, der Sitz der klagenden Partei in Saudi-Arabien; m.E. hätte das Bundesgericht Art. 24 LugÜ für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit anwenden müssen.

13 Siehe jedoch BGer, 4C.344/2006, E. 1.3, nicht publ. in: BGE 133 III 189: Anwendung von Art. 6 IPRG in einem Fall, in dem der Sitz der Klägerin sich in Deutschland, jener der Beklagten in Hongkong befand.

14 ZK-MÜLLER-CHEN (FN 3), Art. 6 IPRG N 9.

15 Art. 17 Abs. 3 des Vertrags lautet: «Die Streitigkeiten, welche zwischen den Erben eines in der Schweiz verstorbenen Italieners hinsichtlich seines Nachlasses entstehen könnten, sollen vor den Richter des letzten Wohnortes, den der Italiener in Italien hatte, gebracht werden.»

16 BGE 136 III 461 E. 5.4; das Bundesgericht entschied schon in den Fällen BGE 65 I 125, 128; 80 II 362 E. 1 und 91 III 19 E. 2b, dass Art. 17 Abs. 3 des

In diesem Zusammenhang stellt sich die vom Bundesgericht nicht beantwortete Frage, wie der Begriff auszulegen ist. Naheliegend ist – für die internationale Zuständigkeit –, Art. 24 LugÜ heranzuziehen, solange es eine Materie betrifft, die in den sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ fällt, ansonsten ist Art. 6 IPRG einschlägig.

4. Art. 6 IPRG

Gemäss Art. 6 IPRG begründet «[i]n vermögensrechtlichen Streitigkeiten [...] die vorbehaltlose Einlassung die Zuständigkeit des angerufenen schweizerischen Gerichtes». Es gilt zu beachten, dass für Verfahren, die vor dem 31. Dezember 2024 rechtshängig gemacht wurden, die altrechtliche Fassung nach wie vor massgeblich ist (Art. 197 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 199a IPRG). In jenen Fällen kann das Gericht seine Zuständigkeit ablehnen, wenn entweder keine Partei ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder eine Niederlassung im Kanton des Gerichts hat oder wenn nach dem IPRG auf den Streitgegenstand nicht schweizerisches Recht anzuwenden ist.

Wichtig ist, dass Art. 6 IPRG sowohl die internationale als auch die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts regelt.¹⁷

III. Begriff

Im Schweizer Recht ist die Einlassung «eine Erklärung oder ein Verhalten der beklagten Partei, mit der diese *ausdrücklich, konkludent oder stillschweigend* zum Ausdruck bringt, das von der klagenden Partei angerufene Gericht als zuständig zu akzeptieren»¹⁸. Es ist m.a.W. «die unzweideutige Bekundung der Beklagtenseite, vor dem angerufenen Gericht zur Hauptsache zu verhandeln»¹⁹.

Vertrags nicht zwingend ist, sondern eine Gerichtsstandsvereinbarung zulässt. Aufgrund der strukturellen Ähnlichkeit von Gerichtsstandsvereinbarung und Einlassung ist es nur folgerichtig, dass BGE 136 III 461 die Zuständigkeitsbegründung durch Einlassung zulies.

¹⁷ BGer, 4A_373/2023, E. 4.2.1; BSK IPRG-VASELLA/KUNZ (FN 2), Art. 6 N 5, 18; HANS REISER, Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem IPR-Gesetz, Zürich 1989, 29.

¹⁸ ZK-MÜLLER-CHEN (FN 3), Art. 6 IPRG N 1; vgl. BSK IPRG-VASELLA/KUNZ (FN 2), Art. 6 N 6.

¹⁹ BGE 123 III 35 E. 3b; s. auch die ältere Rechtsprechung, wonach «sich der Beklagte auf den Streit eingelassen [hat], wenn er sich gegenüber der beim unzuständigen Richter eingereichten Klage derart verhalten hat, dass die nachträgliche Erhebung der Unzuständigkeitseinrede aus dem Gesichtspunkt der bona fides im Rechtsverkehr nicht gebilligt werden kann. Dieser Maxime widerspricht die nachträgliche Bestreitung der Zuständigkeit dann, wenn der Beklagte dem Gericht gegenüber den Willen bekundet hat, vorbehaltlos zur Sache zu verhandeln.» (BGE 87 I 131, 133 f.); s. zudem BGE 67 I 105, 108; 57 I 23; 46 I 248; 33 I 91; 23 I 1572, 1578.

Die Einlassung ist keine stillschweigende Gerichtsstandsvereinbarung, somit ist keine auf die Zuständigkeitsbegründung gerichtete Willenserklärung der beklagten Partei notwendig.²⁰ Damit ist sowohl irrelevant, ob die beklagte Partei weiss bzw. ob es ihr bewusst war, dass das Gericht nicht zuständig ist,²¹ als auch, ob sie die Einlassungsrechtsfolge wollte (Theorie der prozessualen Präklusion).²²

Auch das deutsche Recht versteht die rügelose Einlassung nicht als stillschweigende Gerichtsstandsvereinbarung.²³ Im deutschen Recht ist unter der Zuständigkeitsbegründung durch rügelose Verhandlung zu verstehen, dass

Eine Einlassung ist wesensgemäss nur möglich, wenn das angerufene Gericht nach den gesetzlichen bzw. staatsvertraglichen Grundsätzen international und/oder örtlich unzuständig ist.

die beklagte Partei «ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt»²⁴. Es ist nicht verlangt, dass die beklagte Partei sich über die Wirkung ihrer Erklärungen als rügelose Verhandlung bewusst ist.²⁵

Im österreichischen Recht wird die Streiteinlassung als Heilung der Unzuständigkeit durch Vorbringen in der Sa-

²⁰ Vgl. oben FN 9. BERNHARD BERGER, in: Andreas Güngerich (Koord.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–149, Bern 2012, (zit. BK-BEARBEITER/IN), Art. 18 ZPO N 4; a.A. BSK ZPO-INFANGER, Art. 18 N 6, in: Karl Spühler/Luca Tenschio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2024 (zit. BSK ZPO-BEARBEITER/IN).

²¹ BSK LugÜ-BERGER (FN 9), Art. 24 N 5; ZK-MÜLLER-CHEN (FN 3), Art. 6 IPRG N 2; BSK IPRG-VASELLA/KUNZ (FN 2), Art. 6 N 7; THOMAS SUTTER-SOMM/YANNICK HOSTETTLER, in: Thomas Sutter-Somm/Cordula Löttscher/Christoph Leuenberger/Benedikt Seiler (Hrsg.), Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 4. A., Zürich 2025 (zit. BEARBEITER/IN, in: Sutter-Somm et al.), Art. 18 ZPO N 9; MARTIN BERNET/NATHALIE VOSER, Praktische Fragen im Zusammenhang mit Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile nach IPRG, SZIER 2000, 437 ff., 451 f.; MüKo III-GOTTWALD (FN 10), Art. 26 Brüssel Ia-VO N 1; wohl a.A. BGer, 4C.189/2001, E. 6a; GÖTZ (FN 6), 34 ff.

²² ZK-MÜLLER-CHEN (FN 3), Art. 6 IPRG N 36; Schnyder/Sogo, LugÜ-GROLIMUND/BACHOFNER (FN 6), Art. 24 N 6.

²³ CARSTEN JUNGSMANN, in: Wolfgang Krüger/Thomas Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung Band I, 7. A., München 2025 (zit. MüKo I-BEARBEITER/IN), § 39 N 1.

²⁴ § 39 der deutschen Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. IS. 3202; 2006 IS. 431; 2007 IS. 1781), die zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 24. Oktober 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 328) geändert worden ist (dt-ZPO); vgl. MüKo I-JUNGSMANN (FN 23), § 39 N 26 f.

²⁵ Musielak/Voit-HEINRICH (FN 7), § 39 ZPO N 4; MüKo I-JUNGSMANN (FN 23), § 39 N 27. Mit Vorbehalt der in § 504 Abs. 2 dt-ZPO gemachten Einschränkung über die Belehrung des Beklagten vor Amtsgericht.

che oder mündliches Verhandeln durch den Beklagten verstanden.²⁶

IV. Voraussetzungen

Es gibt in den untersuchten Rechtsordnungen eine Reihe von gemeinsamen Voraussetzungen, die für eine gültige Einlassung gegeben sein müssen.

A. Partei- und Prozessfähigkeit der beklagten Partei

Die Einlassung auf ein Binnenverfahren setzt zunächst voraus, dass die beklagte Partei partei- und prozessfähig ist.

In einem Verfahren mit Auslandsbezug gilt es zu beachten, dass bei natürlichen Personen die Parteifähigkeit nach Art. 34 Abs. 1 IPRG dem schweizerischen Recht, die Prozessfähigkeit (als prozessuale Ausprägung der Handlungsfähigkeit) hingegen dem Recht am Wohnsitz der beklagten Partei (Art. 35 Satz 1 IPRG) untersteht.

Ist die beklagte Person eine Gesellschaft, richtet sich sowohl die Partei- als auch die Prozessfähigkeit nach dem Gesellschaftsstatut (Art. 155 lit. c IPRG).

B. Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts

Eine Einlassung ist wesensgemäss nur möglich, wenn das angerufene Gericht nach den gesetzlichen bzw. staatsvertraglichen Grundsätzen international und/oder örtlich unzuständig ist.

Indessen ist in der Schweiz keine Einlassung möglich, wenn das Gericht *sachlich* unzuständig ist.²⁷ Anders ist die Rechtslage in Deutschland (§ 39 i.V.m. 504 dt-ZPO) und Österreich (§ 104 Abs. 3 öst-JN), wo eine Einlassung auch bei einem sachlich unzuständigen Gericht möglich ist.²⁸

²⁶ § 240 des Gesetzes vom 1. August 1895 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (RGBl. Nr. 113/1895; Zivilprozessordnung – öst-ZPO) i.V.m. § 104 Abs. 3 des Gesetzes vom 1. August 1895 über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen (RGBl. Nr. 111/1895; Jurisdiktionsnorm – öst-JN); § 441 öst-ZPO i.V.m. § 240 öst-ZPO; PETER G. MAYR, Die Wahrnehmung der Unzuständigkeit nach der ZVN 2002, ÖJZ 2004, 361 ff., 365; DAPHNE-ARIANE SIMOTTA, in: Hans W. Fasching/Andreas Konecny (Hrsg.), Zivilprozessgesetze Band I, 3. A., Wien 2013 (zit. Fasching/Konecny I-BEARBEITER/IN), § 104 JN N 181.

²⁷ BGE 140 III 355 E. 2.4; weiterführend RETO PFEIFFER, Einlassung vor einem sachlich unzuständigen Zivilgericht, recht 2023, 69 ff.; NADJA ERK, Prozessvoraussetzungen, Basel 2022, 212; VETTER, in: Sutter-Somm et al. (FN 21), Art. 6 ZPO N 38.

²⁸ Zum deutschen Recht: Stein-BORK (FN 10), § 39 ZPO N 6; MüKo I-JUNGMANN (FN 23), § 39 N 12; zum österreichischen Recht: THOMAS KUSTOR/SABINE PROSSINGER, in: Georg E. Kodek/Paul Oberhammer (Hrsg.), ZPO-ON, Kommentar zu JN und ZPO samt Einführungsgesetzen, Wien 2023

C. Rechtshängigkeit der Klage

1. Im Allgemeinen

Die beklagte Partei kann sich sowohl auf eine Haupt-, Wider- oder Streitverkündungsklage einlassen.²⁹ Diese Klagen müssen i.S.v. Art. 62 Abs. 1 ZPO rechtshängig sein.

Dies bedeutet zum einen, dass das Verhalten der beklagten Partei vor diesem Zeitpunkt nicht zur Einlassung führen kann.³⁰ Zum anderen würde es aber auch den Schluss nahelegen, dass eine Einlassung bereits im Schlichtungsverfahren möglich sein müsste, weil die Einreichung des Schlichtungsgesuchs die Rechtshängigkeit begründet (Art. 62 Abs. 1 ZPO). Dies gilt aber nicht generell; es müssen verschiedene Konstellationen auseinandergehalten werden.

2. Insbesondere im Schlichtungsverfahren

Eine Einlassung im Schlichtungsverfahren kann in den Fällen von Art. 212 ZPO bejaht werden, nämlich dann, wenn die Schlichtungsbehörde ein Urteil fällen darf.³¹

Umstritten ist jedoch, wie die Frage für den Regelfall, d.h. das «reine» Schlichtungsverfahren, zu beantworten ist. Die Meinungen in der Lehre sind geteilt.³² Würde eine Äusserung zur Hauptsache uneingeschränkt zur Einlassung füh-

(zit. ZPO-ON-BEARBEITER/IN), § 104 öst-JN N 66 f.; GEORG A. MAYR, in: Walter Rechberger/Thomas Klicka, ZPO, Zivilprozessordnung Kommentar, 5. A., Wien 2019 (zit. ZPO-Rechberger/Klicka-BEARBEITER/IN), § 104 JN N 21.

²⁹ Zur Widerklage: BGE 123 III 35; BSK IPRG-VASELLA/KUNZ (FN 2), Art. 6 N 4; DANIEL FÜLLEMANN, in: Alexander Brunner, Ivo Schwander, Moritz Vischer (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich/St.Gallen 2024 (zit. DIKE-Komm.-BEARBEITER/IN), Art. 18 ZPO N 12.

³⁰ BGer, 4C.189/2001, E. 6a; 4C.52/2002, E. 2.4: «Das Prozessverhalten der Klägerin in dem vom Hauptprozess abgekoppelten Vorverfahren [in casu: Editionsverfahren] stellt keine Einlassung dar.

³¹ BK-BERGER (FN 20), Art. 18 ZPO N 16; ULRICH HAAS/MICHAEL SCHLUMPF, in: Paul Oberhammer/Tanja Domeij/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2021 (zit. KUKO ZPO-BEARBEITER/IN), Art. 18 N 4; DIKE-Komm.-EGLI/MROSE (FN 29), Art. 202 ZPO N 19.

³² Für einen Ausschluss der Einlassung im Schlichtungsverfahren: BK-BERGER (FN 20), Art. 18 ZPO N 6; DIKE-Komm.-FÜLLEMANN (FN 29), Art. 18 ZPO N 7, 9; BSK ZPO-INFANGER (FN 20), Art. 18 N 7; CR CPC-HALDY, Art. 18 N 3, in: François Bohnet/Jacques Haldy/Nicolas Jeandin/Philippe Schweizer/Denis Tappy (Hrsg.), Code de Procédure Civile, Commentaire Romand, 2. A., Basel 2018 (zit. CR CPC-BEARBEITER/IN); SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, in: Sutter-Somm et al. (FN 21), Art. 18 ZPO N 10; SUTTER-SOMM/HONEGGER, in: Sutter-Somm et al. (FN 21), Art. 202 ZPO N 20; STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 9 N 61; MIGUEL SOGO, in: Ulrich Haas/Reto Marghitola (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. FB ZPO-BEARBEITER/IN), N 10.53; GUIDO URBACH, in: Myriam A. Gehri/Ingrid Jent-Sorensen/Martin Sarbach (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 2023 (zit. OFK-BEARBEITER/IN), Art. 18 ZPO N 4; für eine Einlassung im Schlichtungsverfahren: PATRICIA DIETSCHY-MARTENET, in: Isabelle Chabloz/Patricia Dietschy-Martenet/Michel Heinzmann (Hrsg.), Petit commentaire CPC, Code de procédure civile, Basel 2020, Art. 18 CPC N 18; STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 20 N 12a.

ren, bestünde die Gefahr, dass der Zweck des Schlichtungsverfahrens unterlaufen wird, eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen (Art. 201 Abs. 1 ZPO). Deshalb sollte die Teilnahme am Schlichtungsverfahren an sich m.E. nicht zur Einlassung in der Sache führen.³³

Allerdings hat das Bundesgericht in BGE 146 III 265 E. 4.3 entschieden, dass eine Einlassung auf das Verfahren einer örtlich unzuständigen Schlichtungsbehörde möglich und somit die entsprechende Klagebewilligung rechtsgültig sei, es sei denn, die Behörde sei z.B. wegen eines (teil-) zwingenden Gerichtsstands offensichtlich unzuständig («manifestement incompétente à raison du lieu»). Dies hat zur Folge, dass die örtliche Unzuständigkeit der Schlichtungsbehörde später nicht mehr in Frage gestellt werden kann. Es steht jedoch der beklagten Partei, die sich auf das Schlichtungsverfahren eingelassen hat, offen, die örtliche Zuständigkeit des in der Folge von der klagenden Partei angerufenen Hauptsachegerichts zu bestreiten (keine Anwendung des Prinzips der *perpetuatio fori*).³⁴

D. Keine anderweitige ausschliessliche oder (teil-)zwingende Zuständigkeit

Eine Einlassung ist sowohl nach schweizerischem Recht als auch unter den europäischen Gerichtsstandsabkommen nur zulässig, wenn keine anderweitige ausschliessliche oder (teil-)zwingende Zuständigkeit besteht.³⁵

Sowohl in Binnen- als auch in internationalen Verhältnissen bestehen solche Zuständigkeiten. Für Binnen-sachverhalte bestimmt Art. 35 Abs. 1 ZPO, dass die Konsumentin, die Mieterin eines Wohn- oder Geschäftsraumes, die landwirtschaftliche Pächterin und die stellensuchende oder arbeitnehmende Partei nicht durch Einlassung auf die Gerichtsstände nach Art. 32–34 ZPO verzichten können. Eine Gerichtsstandsvereinbarung hindert eine Partei demgegenüber nicht daran, sich auf das Verfahren vor dem de-rogierten Gericht einzulassen.³⁶ Für internationale Verhältnisse kennen sowohl das Lugano-Übereinkommen als auch das IPRG ausschliessliche Zuständigkeiten (Art. 22 LugÜ; bspw. Art. 97 IPRG).

Im deutschen Recht verhindert § 40 Abs. 2 Satz 2 dt-ZPO die Einlassung auf einen ausschliesslichen Gerichtsstand.³⁷

Im österreichischen Recht wird zwischen der Einlassung auf prorogable, also durch Parteiabrede wählbare, und unprorogable, nicht wählbare, Unzuständigkeiten unterschieden.³⁸ Eine Einlassung auf eine unprorogable örtliche oder sachliche Unzuständigkeit ist möglich, unterliegt jedoch strengeren Voraussetzungen für nicht vertretene³⁹ Parteien. Diese müssen eine richterliche Belehrung über die Unzuständigkeit erhalten haben.⁴⁰ Verhandelt die beklagte Partei unter diesen Voraussetzungen weiter, ist auch die unprorogable Unzuständigkeit geheilt.⁴¹ Die internationale, unprorogable Unzuständigkeit kann nicht durch § 104 Abs. 3 öst-JN geheilt werden.⁴²

E. Einlassungshandlung

1. Begriff

Art. 18 ZPO beschreibt die Einlassungshandlung der beklagten Partei dahingehend, dass diese sich «ohne Einrede der fehlenden Zuständigkeit zur Sache äussert». Art. 6 IPRG spricht lediglich von der «vorbehaltlosen Einlassung», ohne den Begriff der Vorbehaltlosigkeit näher zu umschreiben. Bei Art. 24 LugÜ geht es andererseits um die Einlassung «auf das Verfahren».

Es ist unumstritten, dass für die Frage, was bei Art. 6 IPRG unter einer vorbehaltlosen Einlassung zu verstehen ist, auch auf Rechtsprechung und Literatur zu Art. 18 ZPO zurückgegriffen werden kann.⁴³ Die Eigenheiten des inter-

³⁷ Ausschliessliche Gerichtsstände sind, i.a., in § 24 dt-ZPO (dinglicher Gerichtsstand), § 29a Abs. 1 dt-ZPO (Wohnraummietsachen), § 29c dt-ZPO (Haustürgeschäfte) sowie § 802 dt-ZPO (Klagen im Vollstreckungsrecht) zu finden. MüKo I-JUNGMANN (FN 23), § 39 N 10, 71, § 40 N 37; RALF BENDTSEN, in: Ingo Saenger (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäisches Verfahrensrecht, Handkommentar, 10. A., Baden-Baden 2023 (zit. Saenger-BEARBEITER/IN), § 40 ZPO N 7.

³⁸ § 104 öst-JN. Zu den unprorogablen Unzuständigkeiten: ZPO-ON-KUSTOR/PROSSINGER (FN 28), § 104 öst-JN N 57 ff.; Fasching/Konecny I-SIMOTTA (FN 26), § 104 JN N 173, 145; ZPO-Rechberger/Klicka-MAYR (FN 28), § 104 JN N 21; MAYR (FN 26), ÖJZ 2004, 362.

³⁹ Der Beklagte muss durch einen Rechtsanwalt (sanwärter), einen Notar, oder im arbeits- und sozialgerichtlichen Verfahren durch eine Person gem. § 40 öst-ASGG vertreten oder selbst von der Anwaltpflicht i.S.v. § 28 Abs. 1 ZPO befreit sein. Fasching/Konecny I-SIMOTTA (FN 26), § 104 JN N 182.

⁴⁰ Gleiches gilt für die prorogable internationale Unzuständigkeit. ZPO-Rechberger/Klicka-MAYR (FN 28), § 104 JN N 21–24; DORIS BRAUN, in: Johann Höllwerth/Helmut Ziehensack, ZPO Taschenkommentar, Wien 2019 (zit. Taschenkomm.-BEARBEITER/IN), § 104 JN N 87f.

⁴¹ ZPO-Rechberger/Klicka-MAYR (FN 28), § 104 JN N 21; Taschenkomm.-BRAUN (FN 40), § 104 JN N 89.

⁴² ZPO-ON-KUSTOR/PROSSINGER (FN 28), § 104 JN N 94.

⁴³ ZK-MÜLLER-CHEN (FN 3), Art. 6 IPRG N 23; DIKE-Komm.-FÜLLEMANN (FN 29), Art. 18 ZPO N 17.

³³ So u.a. auch BGE 87 I 53 E. 4; BGE 52 I 133 E. 3.

³⁴ Bestätigt in BGE 149 III 12 E.3.2.1; S. auch KGER NE, CACIV.2023.7, 6.2.2023, E. 5; ERK (FN 27), 222 ff.

³⁵ BSK ZPO-INFANGER (FN 20), Art. 18 N 8; DIKE-Komm.-FÜLLEMANN (FN 29), Art. 18 ZPO N 1; SUTTER-SOMM/HOSTETTLER in: Sutter-Somm et al. (FN 21), Art. 18 ZPO N 6 f.; FABIENNE HOHL, Procédure civile, Tome II: Organisations, compétence et procédure, 2. A., Bern 2010, N 223; NAGEL/GOTTWALD (FN 7), § 3.302.

³⁶ BGE 123 III 35 E. 3b; BK-BERGER (FN 20), Art. 18 ZPO N 13; ZK-MÜLLER-CHEN (FN 3), Art. 6 IPRG N 18; BSK IPRG-VASELLA/KUNZ (FN 2), Art. 6 N 16.

nationalen Verhältnisses dürfen aber bei einem Rückgriff auf die nationalen Quellen nicht ausser Acht gelassen werden; denn Art. 18 ZPO betrifft nur die örtliche Zuständigkeit, da er nur bei Binnenverhältnissen zur Anwendung gelangt.

Vorbehaltlos ist die Einlassung, wenn die beklagte Partei explizit oder implizit, jedenfalls aber unzweideutig, zum Ausdruck bringt, vor dem befassten, jedoch unzuständigen Gericht zur Hauptsache zu verhandeln, insb. durch Stellungnahme zum materiellen Streitgegenstand, Stellen von Beweisanträgen oder Erheben einer Widerklage, ohne dass die fehlende Zuständigkeit gerügt wird.⁴⁴ Es geht m.a.W. darum, dass die beklagte Partei «doit s'être comportée de telle manière, relativement à la demande en justice, que l'exception d'incompétence apparaisse soulevée de manière contraire aux exigences de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC), qui régit l'ensemble des domaines du droit [...]. Il faut que le défendeur soit entré en matière, c'est-à-dire qu'il ait procédé à un acte de défense tendant directement au rejet de l'action au fond»⁴⁵.

Darüber hinaus ist m.E. dafür zu halten, dass auch Ausführungen zu anderen Prozessvoraussetzungen ohne Rüge der Unzuständigkeit einlassungsbegründend sind, auch wenn dadurch keine «Äusserung zur Sache» i.S.v. Art. 18 ZPO vorliegt.⁴⁶ Dadurch wird die Einlassungshandlung an Art. 24 LugÜ angenähert, wo es, wie soeben erwähnt, für die Zuständigkeitsbegründung ausreichend ist, wenn die beklagte Person sich auf das *Verfahren* einlässt.

Demgegenüber verlangt § 39 dt-ZPO ein mündliches Verhandeln zur Hauptsache. Unter dem mündlichen Verhandeln wird die Antragsstellung oder zumindest die aktive Beteiligung der beklagten Partei an der Erörterung des Streitgegenstandes zwischen den Parteien und dem Gericht verstanden.⁴⁷ Wesentlich ist das mündliche Vortragen und nicht etwa eine Erklärung in den vorbereitenden Schriftsätzen.⁴⁸ Prozessuale Anträge, also Erörterungen zu Verfah-

rens- oder Zulässigkeitsfragen, stellen kein Verhandeln zur Hauptsache dar.⁴⁹

Im österreichischen Recht wird zwischen Verfahren vor Gerichtshof und Verfahren vor Bezirksgericht unterschieden. In Verfahren vor Gerichtshof lässt sich eine (vertretene) Partei mit der rügelosen Erhebung der Klagebeantwortung oder dem Einspruch gegen den Zahlungsbefehl ein.⁵⁰

Im bezirksgerichtlichen Verfahren lässt sich eine Partei auf eine prorogable Unzuständigkeit mit dem Vorbringen zur Sache in mündlicher Streitverhandlung ein.⁵¹ Über

Die Teilnahme am Schlichtungsverfahren an sich sollte m.E. nicht zur Einlassung in der Sache führen.

eine unprorogable Unzuständigkeit muss die nicht vertretene Partei im bezirksgerichtlichen Verfahren zusätzlich belehrt werden.⁵²

Diese kurzen Ausführungen zeigen, dass der deutsche Rechtskreis vielfältige Einlassungshandlungen kennt, die stark vom jeweiligen prozessualen Umfeld geprägt sind. Immerhin lässt sich eine gewisse Einigkeit darin beobachten, dass nur Äusserungen zur Hauptsache zur Einlassung führen. Wie bereits oben ausgeführt, bin ich jedoch der Ansicht, dass *per analogiam* auch Äusserungen zu Prozessvoraussetzungen eine Einlassungshandlung darstellen können. Dies soll anhand der nachfolgend näher zu betrachtenden Einrede der Litispendenz (Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO) exemplifiziert werden.

⁴⁴ BGE 123 III 35 E. 3b; 104 Ia 144 E. 3c; BGer, 4A_229/2018, E. 10; 4C.2/2006, E. 3.4; ZK-MÜLLER-CHEN (FN 3), Art. 6 IPRG N 24; KUKO ZPO-HAAS/SCHLUMPF (FN 31), Art. 18 N 6. Anders im deutschen Recht, wo das Erheben der Widerklage gem. Lehre dann zur Einlassung führt, wenn sich die Zuständigkeit aus dem besonderen Gerichtsstand für Widerklagen (§ 33 dt-ZPO) ergibt: MÜKO I-JUNGMANN (FN 23), § 39 dt-ZPO N 35; Stein-BORK (FN 10), § 39 N 8.

⁴⁵ BGer, 4A_373/2023, E. 4.2.2.

⁴⁶ So auch BGer, 4C.2/2006, E. 3.4; KUKO ZPO-HAAS/SCHLUMPF (FN 31), Art. 18 N 6; DIKE-Komm.-FÜLLEMANN (FN 29), Art. 18 ZPO N 8.

⁴⁷ MÜKO I-JUNGMANN (FN 23), § 39 N 29.

⁴⁸ BGH, IX ZR 264/95, 21.11.1996, NJW 1997, 397; MÜKO I-PRÜTTING (FN 23), § 288 N 27; Musielak/Voit-HEINRICH (FN 7), § 39 N 4. In schriftlichen Verfahren nach § 128 Abs. 2 f. sowie im Verfahren zur Entscheidung nach Lage der Akten nach §§ 251a, 331a Abs. 1 entfaltet die schriftliche Einlassung dann Wirksamkeit, wenn die letzte Erklärung zum schriftlichen

Verfahren abgegeben werden musste. BGH, VIII ZR 251/67, 10.11.1969, NJW 1970, 198; Musielak/Voit-HEINRICH (FN 7), § 39 ZPO N 4.

⁴⁹ OLG Bamberg, 3 U 65/87, 14.10.1987, MDR 1988, 149; OLG München, 34 AR 11/18, 16.7.2018, NJW-RR 2019, 292. Darunter fällt gem. Lehre bereits eine Ablehnung eines Richters/einer Richterin, DAGMAR COESTER-WALTJEN, Die rügelose Einlassung im Zivilverfahrensrecht, JURA 2010, 821 ff., 824; auch Stein-BORK (FN 10), § 39 N 7.

⁵⁰ § 240 Öst-ZPO; ZPO-ON-KUSTOR/PROSSINGER (FN 28), § 104 JN N 74; MAYR (FN 26), ÖJZ 2004, 367. Die Reihenfolge der Anträge hat gem. Lehre und Rechtsprechung keinen Einfluss, vgl. GEORG A. MAYR, in: Hans W. Fasching/Andreas Konecny (Hrsg.), Zivilprozessgesetze Band III, 1. Teilband, 3. A., Wien 2017 (zit. Fasching/Konecny III.1-BEARBEITER/IN), § 239 ZPO N 30 m.w.H.

⁵¹ § 441 Öst-ZPO; OGH, 9 Ob A 139/12z, 21.02.2013; GEORG KODEK, in: Hans W. Fasching/Andreas Konecny (Hrsg.), Zivilprozessgesetze Band III, 2. Teilband, 3. A., Wien 2018, § 441 ZPO N 9–10. A.A. ZPO-ON-KUSTOR/PROSSINGER (FN 28), § 104 JN N 75; MAYR (FN 26), ÖJZ 2004, 367, 373, welche auch in der Erstattung von Schriftsätzen eine Einlassungshandlung sehen.

⁵² ZPO-ON-KUSTOR/PROSSINGER (FN 28), § 104 JN N 88; MAYR (FN 26), ÖJZ 2004, 371–373.

2. Bei der Einrede der prioritären anderweitigen Rechtshängigkeit

Im schweizerischen juristischen Schrifttum findet sich grossmehrheitlich die Auffassung, dass die Erhebung der Einrede der Litispendenz keine vorbehaltlose Einlassung auf das Verfahren darstelle.⁵³ Bei näherem Hinsehen fällt jedoch auf, dass nahezu alle Autorinnen und Autoren sich dabei – ohne weitere Begründung – auf BGE 123 III 35 berufen, so dass nachfolgend auf dieses Urteil aus dem Jahre 1997 einzugehen ist.

In diesem Entscheid ging es um Parallelverfahren in Konstanz (Deutschland) und am Handelsgericht Zürich. Die beklagte Partei erhob an beiden Orten eine Widerklage. Im

M.E. ist dafür zu halten, dass auch Ausführungen zu anderen Prozessvoraussetzungen ohne Rüge der Unzuständigkeit einlassungsbegründend sind.

Schweizer Verfahren bestritt der Widerbeklagte erfolgreich die Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich. Die Widerklägerin machte daraufhin in *Konstanz* (vor dem Zweitgericht) geltend, dass der Widerbeklagte sich auf das Verfahren in *Zürich* (dem Erstgericht) eingelassen hatte, weil dieser in *Konstanz* die Einrede anderweitiger Rechtshängigkeit erhob.

Das Bundesgericht verwarf letztinstanzlich diesen Einwand der Widerklägerin mit dem Argument, dass dem Widerbeklagten die Litispendenz-Einrede vor dem Zweitgericht ohne Einlassungsfolge vor dem Erstgericht offenstehen müsse, denn es sei im Zeitpunkt der Rechtshängigkeits-einwendung noch unsicher gewesen, ob das Handelsgericht Zürich nicht doch noch auf die Widerklage eintreten würde.⁵⁴

Diese kurze Schilderung zeigt, dass dieses Urteil schwerlich als Grundlage für die Lehrmeinung herangezogen werden kann, dass die Einrede anderweitiger Rechtshängigkeit keine Einlassung darstellen kann.

Zum einen ging es um internationale Parallelverfahren in Deutschland und der Schweiz. Zum anderen musste das Bundesgericht nur beurteilen, ob die Litispendenz-Einrede vor dem Zweitgericht zur *Einlassung vor dem Erstgericht* führte. Es ist m.E. nicht einzusehen, warum daraus der Schluss gezogen werden kann, dass die Einrede anderweitiger Rechtshängigkeit vor dem Zweitgericht keine *Einlassung auf die (örtliche) Zuständigkeit des Zweitgerichts* darstellt.

Die ablehnende Haltung der Literatur scheint m.E. vielmehr eine Fortschreibung der Meinungen zu den kantonalen Zivilprozessordnungen zu sein, die bis zum Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 einschlägig waren. Die damalige Ablehnung der Einlassung durch Erhebung der Litispendenz-Einrede war beeinflusst durch die strenge Handhabung der Garantie des Wohnsitzgerichtsstands von Art. 59 Abs. 1 aBV durch das Bundesgericht.⁵⁵ Diese Argumentation greift jedoch unter Geltung der eidgenössischen ZPO m.E. nicht mehr in gleichem Masse und sollte daher relativiert werden.

Insgesamt kann bei einer wertenden Betrachtungsweise die Einrede anderweitiger Rechtshängigkeit ohne Erhebung der Unzuständigkeitseinrede daher als Einlassung betrachtet werden. Umso mehr gilt dies m.E. unter Art. 24 LugÜ, da dort keine Äusserung zur Sache verlangt wird; es genügt für die Zuständigkeitsbegründung, wenn die beklagte Person sich auf das *Verfahren* einlässt.⁵⁶

F. Weitere Voraussetzungen

Neben den soeben dargestellten allgemeinen Voraussetzungen existieren je nach anwendbarer Norm bzw. Rechtsordnung noch weitere Voraussetzungen, die nachstehend aber nur kurz beleuchtet werden sollen.

Gemäss Art. 6 IPRG ist eine Einlassung ausschliesslich in «vermögensrechtlichen Streitigkeiten» möglich; eine Einschränkung, die Art. 18 ZPO fremd ist. Es geht dabei um vermögenswerte Ansprüche, so dass z.B. eine Einlassung auch bei Streitigkeiten über erbrechtliche Ansprüche mög-

⁵³ Zu Art. 6 IPRG: BSK IPRG-VASELLA/KUNZ (FN 2), Art. 6 N 8; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schweizerisches Internationales Privatrecht, 2. A., Bern 2017, N 110; WALTER/DOMEJ (FN 7), 141; zu Art. 18 ZPO: DIKE-Komm.-FÜLLEMANN (FN 29), Art. 18 ZPO N 9; CR CPC-HALDY (FN 32), Art. 18 N 3; KUKO ZPO-HAAS/SCHLUMPF (FN 31), Art. 18 N 6a; SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, in: Sutter-Somm et al. (FN 21), Art. 18 ZPO N 12; BSK ZPO-INFANGER (FN 20), Art. 18 N 11; zu Art. 10 GestG (Vorgängernorm von Art. 18 ZPO): BERNHARD BERGER, in: Franz Kellerhals/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, 2. A., Bern 2005, Art. 10 N 29; PETER REETZ, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG), Mit Kommentierung von Art. 30 Abs. 2 BV, Basel/Genf/München 2001, Art. 10 N 12; a.A. FB ZPO-SCHLUMPF (FN 32), N 10.53. So wohl auch im deutschen Recht, wo prozessuale Anträge keine Einlassung darstellen. OLG München, 34 AR 11/18, 16.7.2018, NJW-RR 2019, 292; Stein-BORK (FN 10), § 39 N 7.

⁵⁴ BGE 123 III 35 E. 3b.

⁵⁵ Art. 59 Abs. 1 aBV lautete: «Der aufrechtstehende Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, muss für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht und es darf daher für Forderungen auf das Vermögen eines solchen ausser dem Kanton, in welchem er wohnt, kein Arrest gelegt werden.»

⁵⁶ BGer, 4A.446/2018, E. 6.1.2, nicht publ. in: BGE 145 III 303; So auch Schnyder/Sogo, LugÜ-GROLIMUND/BACHOFNER (FN 6), Art. 24 N 18; SHK-KILIAS (FN 11), Art. 24 LugÜ N 22.

lich ist, da diese gemäss Rechtsprechung und Lehre vermögenswerte Ansprüche und somit vermögensrechtlicher Natur sind.⁵⁷

Ein rechtsvergleichender Blick in benachbarte Rechtsordnungen offenbart zusätzliche, dem Schweizer Recht unbekannte Voraussetzungen. So bestimmt § 39 dt-ZPO, dass eine Einlassung vor Amtsgericht nur möglich ist, wenn das sachlich oder örtlich unzuständige Amtsgericht die beklagte Partei vor der Verhandlung zur Hauptsache auf die Unzuständigkeit und die Folgen einer rügelosen Einlassung hingewiesen hat.⁵⁸ Dies gilt unabhängig davon, ob die Partei anwaltlich vertreten ist.⁵⁹ In der Sache vergleichbar sieht § 104 Abs. 3 öst-JN vor, dass eine gültige Einlassung auf eine unprorogable Unzuständigkeit voraussetzt, dass die beklagte Partei «durch einen Rechtsanwalt oder einen Notar vertreten ist oder [...] vorher durch den Richter über die Möglichkeit einer derartigen Einrede und deren Wirkung belehrt und diese Belehrung im Verhandlungsprotokoll beurkundet worden ist».⁶⁰

Auch Art. 26 Abs. 2 EuGVVO sieht – im Gegensatz zur Parallelvorschrift im LugÜ (Art. 24) – eine Belehrung

Insgesamt kann bei einer wertenden Betrachtungsweise die Einrede anderweitiger Rechtshängigkeit ohne Erhebung der Unzuständigkeitseinrede als Einlassung betrachtet werden.

der beklagten Partei vor. Bei Zuständigkeiten für Versicherungssachen, Verbrauchersachen und individuelle Arbeitsverträge müssen die beklagten Versicherungsnehmer, Versicherten, Begünstigten eines Versicherungsvertrags, Geschädigten, Verbraucher oder Arbeitnehmer über das «Recht, die Unzuständigkeit des Gerichts geltend zu machen, und über die Folgen der Einlassung oder Nichteinlassung auf das Verfahren» belehrt werden.⁶¹

V. Prozessuale Geltendmachung

Die prozessuale Geltendmachung der Unzuständigkeitseinrede ist für die Praxis von grosser Bedeutung. Dabei geht es zum einen um die Frage, in welchem Zeitpunkt die Präklusionswirkung eintritt, und zum anderen, wie die Unzuständigkeitseinrede zu erheben ist.

A. Eintritt der Präklusionswirkung

Gemäss Art. 60 ZPO sind die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen; darunter fällt auch die örtliche (und *a fortiori* die internationale) Zuständigkeit. Im Grundsatz soll diese Prüfung aus prozessökonomischen Gründen möglichst früh im Verfahren erfolgen, so dass ein allfälliges Nichteintretensurteil möglichst zeitig gefällt werden kann.⁶² Dadurch entsteht aber ein Spannungsfeld zur Möglichkeit der beklagten Person, sich auf das Verfahren einzulassen.

SCHWANDER⁶³ (und ihm folgend GEHRI)⁶⁴ will dem Gericht die Pflicht auferlegen, im Rahmen der gerichtlichen Fragepflicht die beklagte Partei auf die Unzuständigkeit hinzuweisen, so dass diese *en connaissance de cause* entscheiden kann, ob sie sich einlassen will. Er begründet dies u.a. damit, «dass von der beklagten Partei keine förmliche Einrede der Unzuständigkeit verlangt werden sollte. Die Beachtung der staatsvertraglichen bzw. gesetzlichen Regelung der internationalen bzw. örtlichen Zuständigkeitsregelung soll nicht vom Zufall abhängen, ob die beklagte Partei aus Nichtwissen sich auf eine nicht bestehende Zuständigkeit einlässt. Mit anderen Worten sollte nur die *bewusste* [Hervorhebung hinzugefügt], in Kenntnis der Unzuständigkeit (oder der fraglichen Zuständigkeit) eingegangene vorbehaltlose Einlassung eine ausserordentliche Zuständigkeit begründen.»⁶⁵

M.E. lässt sich diese Meinung aus zwei Gründen nicht halten. Erstens kennt die ZPO (anders als die oben erwähnten § 39 dt-ZPO, Art. 26 Abs. 2 EuGVVO und die Bestimmungen des österreichischen Rechts bei den unprorogablen Zuständigkeiten im bezirksgerichtlichen Verfahren) keine Pflicht des Gerichts, die beklagte Partei auf die Unzuständig-

⁵⁷ BGer, 5A.1038/2020, E. 4.3.2; ZK-MÜLLER-CHEN (FN 3), Art. 6 IPRG N 21, Art. 5 IPRG N 55.

⁵⁸ MüKo I-JUNGSMANN (FN 23), § 39 N 60 f.; Musielak/Voit-HEINRICH (FN 7), § 39 ZPO N 8; Saenger-BENDTSEN (FN 37), § 39 ZPO N 8; Stein-BORK (FN 10), § 39 N 3.

⁵⁹ MüKo I-JUNGSMANN (FN 23), § 39 N 65; Musielak/Voit-HEINRICH (FN 7), § 39 ZPO N 8.

⁶⁰ ZPO-ON-KUSTOR/PROSSINGER (FN 28), § 104 JN N 67; MAYR (FN 26), ÖJZ 2004, 368.

⁶¹ Die Kodifizierung erfolgte nach Hinweis in EuGH, Rs. C-111/09, *Česká podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group vs. Michal Bilas*, 20.5.2010. Vgl. CHRISTOPH THOLE, in: Reinhard Bork/Herbert Roth (Hrsg.), Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung Band XII, 23. A., Tübingen 2022, Art. 26 EuGVVO N 39; Saenger-DÖRNER (FN 37), Art. 26

EuGVVO N 8; Musielak/Voit-STADLER/KRÜGER (FN 7), Art. 26 EuGVVO N 4 f.; EuZVR-GEIMER (FN 7) Art. 26 EuGVVO N 38 f.

⁶² BSK ZPO-GEHRI (FN 20), Art. 60 N 4, 6. So in Österreich, wo die Prüfung der Unzuständigkeit *in limine litis* erfolgt (§ 43 Abs. 1 Satz 1 öst-JN); siehe auch MAYR (FN 26), ÖJZ 2004, 362.

⁶³ IVO SCHWANDER, Prozessvoraussetzungen in der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung, ZZZ 2008/2009, 195 ff., 204 f.

⁶⁴ BSK ZPO-GEHRI (FN 20), Art. 60 N 7.

⁶⁵ SCHWANDER (FN 63), ZZZ 2008/2009, 204 f.

keit hinzuweisen.⁶⁶ Zweitens bin ich mit der wohl herrschenden Lehre in der Schweiz der Ansicht, dass die beklagte Partei sich auch auf das Verfahren einlassen kann, wenn sie sich dessen nicht bewusst war (Präklusionswirkung, s. oben).⁶⁷

Im Ergebnis bedeutet dies m.E., dass die amtswegige Prüfung der örtlichen (und internationalen) Zuständigkeit durch die Möglichkeit der Einlassung in den meisten Fällen verdrängt wird. Relevant wird sie einzig dann sein, wenn die beklagte Partei die Unzuständigkeit rügt, nicht erscheint, weil Säumnis keine Einlassung begründet, oder wenn ein anderes Gericht ausschliesslich oder (teil-)zwingend zuständig ist.⁶⁸

B. Unzuständigkeitseinrede

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss «[d]ie Unzuständigkeitseinrede [...] hauptsächlich und unbedingt erfolgen, nicht nur für den Fall, dass andere Prozesseinwendungen nicht zum Nichteintreten führen»⁶⁹. Dies bedeutet auch, dass die beklagte Partei die Zuständigkeit bestreiten muss, bevor sie sich zur Sache äussert oder zumindest gleichzeitig; ansonsten hat sie sich eingelassen.⁷⁰

Eine bloss eventualiter, subsidiär⁷¹ oder bedingt erfolgte Unzuständigkeitseinrede genügt nicht.⁷² Dadurch kommt der insb. für das Zuständigkeitsrecht relevante Gedanke der Klarheit und Unmissverständlichkeit prozessualer Äusserungen zum Ausdruck. Es soll nach Treu und Glauben unzweifelhaft festgestellt werden können, ob das angerufene Gericht zuständig ist.⁷³

Erhebt die beklagte Partei die Unzuständigkeitseinrede nur subsidiär, falls andere Prozessvoraussetzungen (z.B.

fehlende Passivlegitimation) nicht zum Nichteintreten führen, liegt ebenfalls eine vorbehaltlose Einlassung vor.⁷⁴

Wehrt sich eine beklagte Partei in einem Verfahren mit Auslandsbezug nur gegen die örtliche, aber nicht – oder nur subsidiär – gegen die internationale Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, akzeptiert sie stillschweigend die internationale Zuständigkeit.⁷⁵ M.a.W. ist in der Bestreitung

In der Bestreitung (nur) der örtlichen Zuständigkeit ist nicht eo ipso auch die Einrede gegen die internationale Zuständigkeit enthalten.

(nur) der örtlichen Zuständigkeit nicht *eo ipso* auch die Einrede gegen die internationale Zuständigkeit enthalten.⁷⁶

Ein Stolperstein können auch Verfahren sein, in denen die Klage mehrere Rechtsbegehren enthält: Wer nur die Zuständigkeit des Gerichts bezüglich bestimmter Rechtsbegehren bestreitet, lässt sich m.E. für andere Rechtsbegehren auf das Verfahren ein.

VI. Wirkungen

Die Einlassung führt endgültig zur Zuständigkeitsbegründung des an sich unzuständigen angerufenen Gerichts.

Die Zuständigkeitsanerkennung durch Einlassung wirkt zwar in der Regel nur für das jeweilige Verfahren; es ist aber in der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre anerkannt, dass eine Einlassung in einem Verfahren ausnahmsweise auch eine Zuständigkeitsanerkennung für ein nachfolgendes, sachlich zusammenhängendes Verfahren sein kann.⁷⁷

Lässt sich z.B. eine beklagte Person auf ein Verfahren zur Feststellung der Haftpflicht ein, wird gemäss Bundesgericht damit auch die Zuständigkeit für den nachfolgenden separaten Prozess zur Festsetzung der Höhe des Schadenersatzes anerkannt.⁷⁸

⁶⁶ So auch STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 9 N 61.

⁶⁷ So auch BSK ZPO-INFANGER (FN 20), Art. 18 N 13; DIKE-Komm.-FÜLLEMANN (FN 29), Art. 18 ZPO N 2; SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, in: Sutter-Somm et al. (FN 21), Art. 18 ZPO N 15.

⁶⁸ STAEHELIN/GROLIMUND (FN 6), § 9 N 61.

⁶⁹ BGer, 4C.2/2006, E. 3.4; vgl. BGE 123 III 35 E. 3b; OFK-URBACH (FN 32), Art. 18 ZPO N 6.

⁷⁰ BGer, 4A_373/2023, E. 4.2.2.

⁷¹ BGer, 4A_373/2023, E. 4.2.2; 4A_455/2012, E. 3; 4C.2/2006, E. 3.4; KUKO ZPO-HAAS/SCHLUMPF (FN 31), Art. 18 N 6; DIKE-Komm.-FÜLLEMANN (FN 29), Art. 18 ZPO N 8; MARKUS WIRTH, in: Thomas Müller/Markus Wirth (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001, Art. 10 N 30; YVES DONZALLAZ, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, Bern 2001, Art. 10 N 29; KREN KOSTKIEWICZ (FN 53), N 110; BK-BERGER (FN 20), Art. 18 ZPO N 2, 25; FRANÇOIS BOHNET/LORENZ DROESE, ZPO Präjudizienbuch, 2. A., Basel 2023, Art. 18 N 1; a.A. BSK ZPO-INFANGER (FN 20), Art. 18 N 11; BSK IPRG-VASELLA/KUNZ (FN 2), Art. 6 N 8.

⁷² BGer, 4A_373/2023, E. 4.2.2; SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, in: Sutter-Somm et al. (FN 21), Art. 18 ZPO N 11; FB ZPO-SCHLUMPF (FN 32), N 10.53; abschwächend BSK IPRG-VASELLA/KUNZ (FN 2), Art. 6 N 12. Anders nach § 239 öst-ZPO, wo die Reihenfolge der Vorbringen keinen Einfluss hat, s. Fasching/Konecny III.1-MAYR (FN 50), § 239 ZPO N 30.

⁷³ BGer, 4A_229/2018, E. 10; BGE 67 I 105 E. 3 (zu Art. 59 aBV).

⁷⁴ Siehe FN 71.

⁷⁵ GÖTZ (FN 6), 146; BSK IPRG-VASELLA/KUNZ (FN 2), Art. 6 N 27.

⁷⁶ Differenzierend zu Art. 24 LugÜ Schnyder/Sogo, LugÜ-GROLIMUND/BACHOFNER (FN 6), Art. 24 N 23. Anders aber in Deutschland, wo im Zweifel eine Rüge der örtlichen Zuständigkeit auch eine Rüge der internationalen Zuständigkeit begründet: BGH, VIII ZR 256/04, 1.6.2005, NJW-RR 2005, 1518; MüKo I-JUNGMANN (FN 23), § 39 N 48.

⁷⁷ BGE 36 I 592 E. 5; BSK ZPO-INFANGER (FN 20), Art. 18 N 14; SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, in: Sutter-Somm et al. (FN 21), Art. 18 ZPO N 17; BSK LugÜ-BERGER (FN 9), Art. 24 N 51.

⁷⁸ BGE 36 I 592 E. 5 f.; 33 I 81 E. 2; 31 I 397, E. 1 ff.; SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, in: Sutter-Somm et al. (FN 21), Art. 18 ZPO N 17.

VII. Schutz der beklagten Partei vor ungewollter Einlassung

Die rechtsvergleichende Übersicht hat gezeigt, dass alle untersuchten Rechtsordnungen sowie das Lugano-Übereinkommen und die EuGVVO gewisse Schranken für die Einlassung kennen. Die formale Einordnung dieser Schranken im prozessualen Gefüge und das Schutzniveau sind aber unterschiedlich.

Im schweizerischen, deutschen und österreichischen Recht führen nach Mehrheitsmeinung nur Äusserungen zur Hauptsache zur Einlassung; unter Geltung der beiden europäischen Gerichtsstandsordnungen genügen prozessuale Handlungen.

Zudem schützen alle Rechtsquellen bestimmte Kategorien von «schwächeren» Parteien vor einer unbewussten Einlassung, indem bei ausschliesslichen und (teil-)zwingenden Gerichtsständen keine Einlassung möglich ist.

Im deutschen und österreichischen Recht gibt es zudem unter bestimmten Voraussetzungen eine Belehrungspflicht, um die beklagte Partei vor der «Einlassungsfalle» zu warnen. Ein ähnliches System kennt auch die EuGVVO.

VIII. Zusammenfassung

Dieser Artikel analysiert das Konzept und die Rechtspraxis der Einlassung zur Zuständigkeitsbegründung in Zivilverfahren in der Schweiz, in Bezug auf nationale und internationale Kontexte, durch einen Vergleich mit dem deutschen und österreichischen Recht.

Ein unzuständiges Zivilgericht wird endgültig zuständig, wenn sich die beklagte Partei ohne Einrede der fehlenden Zuständigkeit zur Sache äussert. Dies gilt als Grundsatz sowohl nach nationalem Recht wie auch im internationalen Verhältnis, wobei die Voraussetzungen sich je nach anwendbarer Rechtsgrundlage unterscheiden.

Die zentralen Voraussetzungen für die Einlassung sind die Partei- und Prozessfähigkeit der beklagten Partei; die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts; Rechtshängigkeit der Klage; keine anderweitige ausschliessliche oder (teil-)zwingende Zuständigkeit und die Einlassungshandlung. Letztere ist nach Art. 18 ZPO und Art. 6 IPRG ein Verhalten oder eine Erklärung zur Hauptsache; unter Geltung von Art. 24 LugÜ reicht es für die Zuständigkeitsbegründung aus, wenn die beklagte Person sich auf das Verfahren einlässt.

Die Einlassung setzt weder eine Einigung zwischen den Parteien noch eine (einseitige) Willenserklärung vor-

aus. Auch wenn eine Person nicht weiss, dass das Gericht an sich unzuständig ist, kann sie sich einlassen.

Im Zusammenhang mit dem Prozess der Einlassung und der gemäss Art. 60 ZPO von Amtes wegen vorzunehmenden Prüfung der Gerichtszuständigkeit wird diskutiert, ob die Schweizer Gerichte verpflichtet sein sollten, die beklagte Partei auf die Unzuständigkeit hinzuweisen. M.E. sollte ein Gericht davon absehen, denn zum einen findet sich keine gesetzliche Grundlage für eine solche Hinweispflicht und zum anderen kann die beklagte Partei sich auch unbewusst auf das Verfahren einlassen.

Die Einlassung begründet die Zuständigkeit des Gerichts endgültig und hat in der Regel nur Wirkung für das jeweilige Verfahren. Es gibt allerdings Ausnahmen, bei denen eine Einlassung in einem Verfahren auch die Zuständigkeitsanerkennung für ein nachfolgendes, sachlich zusammenhängendes Verfahren sein kann.