

Dokument	recht 2023 S. 175
Autor	Raphael Dummermuth
Titel	«Im Auslegen seid frisch und munter!»
Seiten	175-180
Publikation	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
Herausgeber	Tanja Domej, Martin Eggel, Susan Emmenegger, Wolfgang Ernst, Alexandra Jungo, Peter Jung, Peter V. Kunz, Roger Zäch, Felix Bommer, Stefan Maeder, Martina Caroni, Markus Kern, Bernhard Rütsche, Daniela Thurnherr
ISSN	0253-9810
Verlag	Stämpfli Verlag AG

Raphael Dummermuth *

«Im Auslegen seid frisch und munter!»¹

Der EuGH äussert sich zu den methodischen Vorgaben aus dem zweiten Protokoll zum [LugÜ](#) – Eine Besprechung des Urteils C-358/21 vom 24. November 2022 (Tilman vs. Unilever Supply Chain).

I. Einleitung

Art. 1 Abs. 1 des zweiten Protokolls² zum Übereinkommen von Lugano (im Folgenden: [LugÜ](#)³) verpflichtet jedes Gericht, welches das Übereinkommen anwendet, bei dessen Auslegung «den Grundsätzen gebührend Rechnung» zu tragen, die «in massgeblichen Entscheidungen» zum [LugÜ](#) selbst oder zu einer ähnlichen⁴ Norm in einem anderen Rechtsinstrument des «Systems von Brüssel und Lugano» ergangen sind. Als Rechtsinstrumente des «Systems von Brüssel und Lugano» werden hier und im Folgenden die Rechtsinstrumente bezeichnet, welche [Art. 64 LugÜ](#) nennt: die Verordnung (EU) 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen («Brüssel-I-VO»), das am 27. September 1968 in Brüssel unterzeichnete Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen («Brüsseler Übereinkommen») sowie das am 19. Oktober 2005 in Brüssel unterzeichnete Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Königreich Dänemark über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.⁵ Im Interesse einer Rechtsquellenkontinuität ist zu postulieren, auch die Verordnung (EU) 1215/2012 des

* MLaw Raphael Dummermuth, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Privatrecht, Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht an der Universität Basel (Prof. Dr. Widmer Lüchinger), Doktorand an der Universität Freiburg i. Ue. Aufrichtiger Dank für die weiterführenden Gespräche zum vorliegenden Beitrag ergeht an Prof. Dr. Tanja Domej, Mag. Jakob Braun sowie MLaw Patrick Plattner, Advokat.

1 («...Legt ihr's nicht aus, so legt was unter.») – Johann Wolfgang von Goethe, Zahme Xenien II.

2 Protokoll 2 zum Übereinkommen über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens und den ständigen Ausschuss.

3 Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007, SR 0.275.12.

4 Bzw., in der Terminologie des EuGH, «gleichwertigen», vgl. EuGH vom 2. Mai 2019, C-694, Rn. 27.

5 Vgl. [Art. 64 Abs. 1 LugÜ](#).

Europäischen Parlaments und des Rates («Brüssel-Ia-VO») zu dieser «family of instruments» zu zählen. Der EuGH gibt in seinem Urteil vom 24. November 2022⁶ Aufschluss darüber, wie der Gehalt dieser Methodennorm zu deuten ist – und wie weit die interinstrumentelle Koordination auf Basis der Rechtsanwendung innerhalb des Systems von Brüssel und Lugano gehen kann.

II. Sachverhalt

Gegenstand des im Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Entscheids des EuGH war ein Rechtsstreit zwischen der Tilman SA mit Sitz in Belgien und der Unilever Supply Chain AG, die ihren Sitz in Schaffhausen hat.⁷ Die Parteien hatten am 22. November 2010 einen Vertrag geschlossen, in dem sich die Tilman SA gegen Entgelt dazu verpflichtete, für Unilever Teebeutelschachteln zu befüllen.⁸ Am 6. Januar 2011 wurde diese Vereinbarung in Bezug auf das durch Unilever zu leistende Entgelt modifiziert. Dieser zweite Vertrag zwischen den Parteien enthielt auch den Passus, dass jener, soweit nichts anderes vereinbart sei, den AGB zum Erwerb von Erzeugnissen von Unilever unterliege. Teil der durch einen Hyperlink zugänglichen AGB war die Regelung, dass jeder zwischen den Parteien entstehende Rechtsstreit, der «seinen Ursprung unmittelbar oder mittelbar im Vertrag hat, der ausschliesslichen Gerichtsbarkeit der englischen Gerichte» unterliege.⁹ Als es hierauf zu Meinungsverschiedenheiten über die Erhöhung des in Rechnung gestellten Preises für die von der Tilman SA erbrachten Leistungen kam, stellte Unilever ihre Leistungen teilweise ein.

recht 2023 S. 175, 176

III. Prozessgeschichte

Die Tilman SA verklagte Unilever daraufhin vor belgischen Gerichten und forderte die Leistung der Beträge. Unilever machte die fehlende Zuständigkeit der belgischen Gerichte geltend und berief sich auf die Gerichtsstandsvereinbarung in den erwähnten AGB.¹⁰ Auf die Frage der Gültigkeit dieser Gerichtsstandsvereinbarung findet das LugÜ Anwendung, obwohl britische Gerichte prorogiert wurden. Die Klage fällt in die Zeit vor dem 31. Dezember 2020 und ist damit vor dem Ablauf der Übergangsfrist gemäss Art. 126 des Austrittsabkommens zwischen dem Vereinigten Königreich und der Union angehoben worden. Bis zum Ende dieser Übergangsfrist galten im Vereinigten Königreich gemäss Art. 2 des Austrittsabkommens die internationalen Übereinkünfte, deren Vertragspartei die Union ist, weiter.¹¹

Das erstinstanzliche belgische Gericht erklärte sich in der Folge zwar für zuständig, stellte jedoch fest, dass der Vertrag nach englischem Recht auszulegen sei. Im durch die Tilman SA angehobenen Berufungsverfahren entschied der Appellationshof Lüttich hiervon abweichend, der von Unilever vorgebrachten Unzuständigkeitseinrede sei stattzugeben – es liege keine Zuständigkeit belgischer Gerichte vor.¹² In ihrer Beschwerde vor dem belgischen Kassationshof führte Tilman an, der erwähnten Gerichtsstandsklausel in den AGB der Unilever Supply Chain AG sei nicht wirksam zugestimmt worden; die Klägerin habe keine hinreichende Kenntnis von der Gerichtsstandsvereinbarung gehabt, sie sei dem im Verfahren inhaltlich strittigen zweiten Vertrag auch nicht als integraler Bestandteil beigelegt.

Der belgische Kassationshof legte dem EuGH in der Folge die Frage vor, ob es mit Art. 23 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 vereinbar sei, wenn eine Gerichtsstandsvereinbarung in AGB enthalten sei, auf die wiederum in einem schriftlich abgeschlossenen Vertrag per Hyperlink verwiesen werde. Dabei bemerkte der Kassationshof auch, dass die Klägerin im nationalen Ausgangsverfahren nie aktiv aufgefordert worden sei, diese AGB explizit zu akzeptieren.

⁶ Vgl. im Weiteren die Anmerkungen von *Finkelmeier Max*, EuGH: Gerichtsstandsklauseln im digitalen Geschäftsverkehr, in: NJW 2023, 33.

⁷ Vgl. den Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Schaffhausen; <https://sh.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-108.812.120> (besucht am 20. Juni 2023).

⁸ EuGH C-358/21 vom 24. November 2022 (Tilman SA ./ Unilever Supply Chain), Rz. 15.

⁹ EuGH C-358/21 vom 24. November 2022, Rz. 16.

¹⁰ EuGH C-358/21 vom 24. November 2022, Rz. 18.

¹¹ Vgl. den Notenaustausch zwischen der Union und der Schweiz vom 28./30.1.2020, SR.0.122.1.; BGE 147 III 491, E. 6.1.1.1; BGer 5A_720/2022, SV. A.a. f., sowie E. 5.1.1 ff.; *Meier Niklaus/Weber Philipp*, in: *Schnyder Anton K./Sogo Miguel* (Hrsg.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ) zum internationalen Zivilverfahrensrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2023, Art. 63 LugÜ Rz. 10 ff.

¹² EuGH C-358/21 vom 24. November 2022, Rz. 21.

IV. Das Urteil des EuGH

Zunächst stellt der Gerichtshof den bereits aus dem Wortlaut von [Art. 23 LugÜ](#) hervorgehenden Normsinn fest. Danach können Parteien, von denen mindestens eine ihren Wohnsitz in einem [LugÜ](#)-Staat hat, eine *prorogatio fori* bezüglich sämtlicher sich aus einem bestimmten Rechtsverhältnis ergebenden Rechtsstreitigkeiten schliessen. Diese Prorogation hat grundsätzlich schriftlich oder mündlich mit schriftlicher Bestätigung zu erfolgen.¹³ Weiter nimmt der EuGH eine Konkretisierung des Rechtssinns von [Art. 23 LugÜ](#) vor, indem er Entscheide zu drei verschiedenen Rechtsinstrumenten bezieht und diese als präjudiziell für die Vorlagefrage behandelt. Er zieht dabei die Rechtsprechung zu verschiedenen Normen aus dem System von Brüssel und Lugano heran. Ausschlaggebend ist hierbei das Normmerkmal der «Ähnlichkeit» zwischen den Normen, zu denen diese Entscheidungen ergangen sind. In Bezug auf die Rechtsanwendung miteinander koordiniert sind also jeweils Normen, die einander i.S. von Art. 1 Protokoll 2 [LugÜ](#) «ähnlich» sind. Das sogleich zu beschreibende Vorgehen des EuGH suggeriert eine Definition der Ähnlichkeit, die auf den Regelungsgehalt einer Norm zur Feststellung der Ähnlichkeit abstellt und nicht auf deren Wortlaut. Dieser damit bereits angesprochene Unterschied zwischen Wortlaut und Wortsinn ist im Folgenden in Erinnerung zu behalten.

In einem ersten Schritt stellt der Gerichtshof fest, dass die Voraussetzungen aus [Art. 23 LugÜ](#) – genauso wie jene aus dem (inhaltlich mit [Art. 23 LugÜ](#) kongruenten) Art. 23 Brüssel-I-VO – eng auszulegen seien, und stützt sich dabei auf sein Urteil in der Rechtssache *El Majdoub*.¹⁴ Er führt mit Blick auf die in diesem Entscheid entwickelte Rechtsprechung aus, dass sich auch der Anwendungsbereich von [Art. 23 LugÜ](#) auf jene Fälle beschränke, in denen die Parteien tatsächlich und rechtswirksam eine «Vereinbarung» über einen Gerichtsstand bezüglich der Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis geschlossen haben. Weiter führt er aus, dass es dem befassten Gericht obliege, das rechtsgenügende Zustandekommen und damit die Wirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung zu prüfen. Zur Begründung führt er Rechtsprechung zur Brüssel-I-VO und zum EuGVÜ derart an, als würde jene sich direkt mit dem Normsinn von [Art. 23 LugÜ](#) befassen.¹⁵ Das Schriftlichkeitserfordernis (bzw.:

recht 2023 S. 175, 177

das Verschriftlichungserfordernis) aus Art. 23 Abs. 1 Brüssel-I-VO soll danach die Ausübung dieser gerichtlichen Prüfungspflicht ermöglichen. Diese Aussage überträgt der EuGH auf [Art. 23 LugÜ](#).¹⁶ Für eine ausschliesslich elektronisch festgehaltene Gerichtsstandsvereinbarung müsse die Möglichkeit zur permanenten Aufzeichnung bestehen. Nur so genüge sie dem Schriftlichkeitserfordernis aus Art. 23 Abs. 2 Brüssel-I-VO.¹⁷

Hieraus ergibt sich noch keine Aussage über die Gültigkeit von Gerichtsstandsklauseln in AGB. Zur Klärung dieser weitergehenden Frage zieht der EuGH seine Rechtsprechung zum EuGVÜ heran. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 17 Abs. 1 EuGVÜ¹⁸ ist eine in den AGB einer Partei enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung grundsätzlich gültig, «wenn diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf der Rückseite des Vertrags abgedruckt sind und wenn dieser ausdrücklich auf die genannten Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bezug nimmt oder wenn die Parteien im Text ihres Vertrags auf ein Angebot Bezug genommen haben, das seinerseits ausdrücklich auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinweist».¹⁹ Das Erfordernis sei in Fällen als nicht erfüllt anzusehen, in denen nur stillschweigend oder mittelbar auf die in den AGB enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung verwiesen werde.

Ob es den Erfordernissen für die Gültigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen in AGB genügt, wenn eine Partei die andere auf die Existenz dieser AGB hinweist und der Gegenpartei diese AGB – inklusive der hier interessierenden Gerichtsstandsklausel – via Hyperlink zugänglich macht,²⁰ ist mit dem bis anhin Gesagten

¹³ EuGH C-358/21 vom 24. November 2022, Rz. 35.

¹⁴ EuGH C-322/14 vom 21. Mai 2015, Rz. 25.

¹⁵ EuGH C-358/21 vom 24. November 2022, Rz. 38; hier führt der EuGH folgende Entscheide zum EuGVÜ bzw. zur Brüssel-I-VO an: EuGH C-24/76 vom 14. Dezember 1976, Rz. 7 (zur EuGVÜ) und EuGH C-366/13 vom 20. April 2016, Rz. 27.

¹⁶ EuGH C-358/21 vom 24. November 2022, Rz. 21.

¹⁷ EuGH C-322/14 vom 21. Mai 2015, Rz. 39; EuGH C-358/21 vom 24. November 2022, Rz. 52.

¹⁸ EuGH C-24/76 vom 14. Dezember 1976, Rz. 10 ff.

¹⁹ EuGH C-358/21 vom 24. November 2022, Rz. 21.

²⁰ Und zwar so, dass jene «eingesehen und heruntergeladen» werden können, vgl. EuGH C-358/21 vom 24. November 2022, Rz. 16.

nicht geklärt. Zur Klärung greift der EuGH auf seine Rechtsprechung zu Art. 25 Abs. 1 lit. a Brüssel-Ia-VO zurück – und betont auch hier, die genannte Norm sei dem auszulegenden [Art. 23 LugÜ](#) «ähnlich». Das scheint bereits ein erster Hinweis darauf, was der Gerichtshof i.S. von Art. 1 Abs.1 Protokoll 2 [LugÜ](#) als «ähnlich» erachtet; auf den Wortlaut allein kann dafür nicht abgestellt werden. In der Tat besteht keine wortlautgenaue Kongruenz der beiden Rechtssätze.²¹ Mit Blick hierauf stellt der Gerichtshof mit Referenz auf seine Entscheidung vom 8. März 2018 in der Rechtssache *Saey Home & Garden* weiter fest, dass es mit Blick auf das hier interessierende Schriftlichkeitserfordernis nicht genüge, wenn ein Vertrag mündlich geschlossen worden sei, ohne dass die Prorogation im Nachgang schriftlich bestätigt werde. Auch die Erwähnung der Gerichtsstandsklausel durch eine Partei auf einer Rechnung genüge nicht.²² Das ist eine nahtlose Fortschreibung der Rechtsprechung zu Art. 23 Brüssel-Ia-VO bzw. Art. 17 EuGVÜ, die ohne Weiteres auf [Art. 23 LugÜ](#) übertragen wird.

Die Erwägungen des Gerichtshofs über das auslegungsbezogene Zusammenspiel von Art. 25 Abs. 1 lit. a Brüssel-Ia-VO und [Art. 23 LugÜ](#) sind zwar aus einer methodischen Sicht spannend, machen aber inhaltlich keinen grossen Unterschied: Im Endeffekt sind es primär die sich aus den Entscheidungsgründen im Urteil in der Rechtssache *El Majdoub* ergebenden Überlegungen, die vorliegend ausschlaggebend sind: Der Gerichtshof kommt im hier zu besprechenden Urteil zum Schluss, dass der Hinweis auf eine in den via Hyperlink zugänglichen AGB enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung dem Schriftlichkeitserfordernis aus [Art. 23 LugÜ](#) genüge, «sofern dieser Hyperlink funktioniert und von einer Partei mit normaler Sorgfalt geöffnet werden kann».²³

V. Würdigung des methodischen Vorgehens des EuGH

Ob dieses Urteil des EuGH in der Sache zu einem mit Blick auf die Praxis befriedigenden Ergebnis führt, kann dahingestellt bleiben und wäre eine eigene Besprechung wert. Vorliegend interessiert indes primär das methodische Vorgehen des Gerichtshofs, das bemerkenswert scheint, weil es Aufschluss darüber gestattet, wie der Gerichtshof sich die Anwendung der methodischen Vorgaben aus Art. 1 Protokoll 2 [LugÜ](#) vorstellt.

Zunächst sind jedoch mehrere Aspekte über den methodischen und konzeptuellen Kontext der in *Tilman vs. Unilever* beantworteten Vorlagefrage festzuhalten. Dabei ist daran zu erinnern, dass es sich beim [LugÜ](#) um ein Parallelübereinkommen zur

recht 2023 S. 175, 178

(*in pari materia* weitestgehend mit dem Übereinkommen übereinstimmenden) Brüssel-I-VO handelt.²⁴ Der Regelungsgehalt des «Brüsseler Systems» wird so weit wie möglich umfassend und auf die drei EFTA-Staaten Schweiz, Island und Norwegen ausgeweitet. Diese staatsvertragliche Erweiterung des räumlichen Anwendungsbereichs des Brüsseler Systems basiert dabei auf der «Parallelität» als zweiteiligem Konzept; der Rechtssetzungsparallelität und der Anwendungsparallelität. Die Idee der Rechtssetzungsparallelität besteht darin, den positiven Gehalt der unionsrechtlichen Rechtsinstrumente möglichst weitgehend im [LugÜ](#) zu reproduzieren. Die Anwendungsparallelität funktioniert über die erwähnte methodische Vorschrift aus Art. 1 Protokoll 2 [LugÜ](#). Danach ist den Grundsätzen massgeblicher Entscheidungen zum [LugÜ](#) oder zu

²¹ Der zentrale Unterschied des Regelungsgehalts von Art. 25 Brüssel-Ia-VO stellt die Tatsache dar, dass, anders als in [Art. 23 LugÜ](#), nicht mehr vorausgesetzt wird, dass eine der kontrahierenden Parteien ihren Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat. Art. 25 Brüssel-Ia-VO formuliert einzig die Voraussetzung, dass ein mitgliedstaatliches Gericht als zuständig erklärt wird. Eine Regelung, wie sie [Art. 23 Abs. 3 LugÜ](#) zu entnehmen ist, enthält Art. 25 Brüssel-Ia-VO nicht mehr. Für die Prüfung der materiellen Wirksamkeit der Prorogation verweist Art. 25 Brüssel-Ia-VO im Weiteren ins Recht des Mitgliedstaates, der als *forum* prorogiert wurde. Auch das ist im Vergleich zu [Art. 23 LugÜ](#) eine Neuerung. Gemäss ErwG 20 Brüssel-I-VO handelt es sich dabei um eine Gesamtverweisung; zu prüfen ist die materielle Wirksamkeit namentlich auch unter Hinzuzug des Kollisionsrechts des prorogierten Mitgliedstaates (zum Ganzen *Grolimund Pascal/Bachofner Eva*, in: *Schnyder/Sogo* [Fn. 11], [Art. 23 LugÜ](#) Rz. 3a ff.; zur intertemporalen Abgrenzung zum alten Recht *Geimer Reinhold*, *Internationales Zivilprozessrecht*, 8. Auflage 2020, Rz. 1874c ff.).

²² EuGH vom 8. März 2018, C-64/17, Rz. 28 f.

²³ EuGH C-358/21 vom 24. November 2022, Rz. 51.

²⁴ Der Begriff der Parallelität taucht früh in den Verhandlungsprozessen zum aLugÜ von 1988 auf (*Jenard Paul/Möller Gustaf*, Bericht zu dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, geschlossen in Lugano am 16. September 1988, Abl. EG 1990 Nr. C 189/57, 1; *Jenard Paul*, JTrib 1989 173 ff.), bereits die Arbeitsgruppe Exequatur verwendet ihn (*Schmidt-Parzefall Tilmann*, Die Auslegung des Parallelübereinkommens von Lugano, Diss. Hamburg, Tübingen 1995, Fn. 66). Die Bezeichnung «Übereinkommen von Lugano» wurde durch die schweizerische Vertretung im Verlauf der Verhandlungen vorgeschlagen und ersetzt den Begriff des «Parallelübereinkommens», vgl. *Thomale Chris*, The Lugano Model – Cooperative Enhancement Over Enhanced Cooperation, in: *Franzina Pietro* (Hrsg.), *The External Dimension of EU Private International Law after Opinion 1/13*, Cambridge 2017, S. 133.

ähnlichen Normen aus den anderen Rechtsinstrumenten des Systems von Brüssel und Lugano «gebührend Rechnung zu tragen». In der Lehre hat man sich für den Inhalt dieser methodischen Vorgabe auf die Bezeichnung «Berücksichtigungspflicht» geeinigt. Das Übereinkommen selbst oder die dazugehörigen Protokolle enthalten keine Bezeichnung für diese Rechtspflicht.²⁵

Die offene Formulierung von Art. 1 Protokoll 2 [LugÜ](#) bringt es mit sich, dass über die Anwendung dieser Norm einige Unsicherheit besteht. Sowohl das Bundesgericht²⁶ als etwa auch das norwegische Höchstgericht²⁷ gehen in ihrer Rechtsprechung davon aus, dass der Rechtsprechung des EuGH zum [LugÜ](#) und «ähnlichen» Normen aus anderen Rechtsinstrumenten des Systems von Brüssel und Lugano zu folgen ist – was genau «ähnliche Normen» sind und inwieweit den zu ihnen ergehenden Entscheidungen «gebührend Rechnung» getragen werden muss, ist aber unklar. Unterschieden werden kann zwischen einem Problem der Rechtsquellenlehre (d.h. der Frage, inwiefern Entscheidungen zu anderen Rechtsinstrumenten des Systems von Brüssel und Lugano bei der Auslegung des [LugÜ](#) die Qualität einer Rechtserkenntnisquelle zukommt) und einem methodischen Problem (d.h. der Frage, wie sich die Berücksichtigungspflicht in einen herkömmlichen Methodenkanon integrieren lässt). Auch die vorliegend zu besprechende EuGH-Entscheidung beantwortet diese Fragen nicht abschliessend, gibt jedoch Hinweise darauf, was nach der Rechtsauffassung des EuGH Gegenstand dieser methodischen Vorgaben ist. Zu formulieren sind dabei drei zentrale Beobachtungen:

1. Der EuGH zieht zur Auslegung von [Art. 23 Abs. 1 und 2 LugÜ](#) neben dem im Wortlaut weitestgehend damit kongruenten Art. 23 Brüssel-I-VO auch Rechtsprechung zu zwei Normen heran, die in ihrem Regelungsgehalt zwar nahe an [Art. 23 LugÜ](#) liegen, aber sich nicht umfassend mit jenem decken. Er kennzeichnet dies im hier besprochenen Urteil auch explizit. Angesprochen sind die bereits erwähnten Art. 17 EuGVÜ und Art. 25 Abs. 1 und 2 Brüssel-Ia-VO. Das ermöglicht einen Aufschluss darüber, was nach der Auffassung des EuGH unter den Begriff der «ähnlichen Norm» fällt. Abzustellen ist nach dieser Ansicht demnach nicht auf den Wortlaut, sondern den tatsächlichen Gegenstand der Norm. Der Berücksichtigungspflicht unterliegen nach der Praxis des EuGH bei der Auslegung des [LugÜ](#) gleichgelagerte, aber in Bezug auf Wortlaut und Normgehalt nicht umfassend übereinstimmende Normen innerhalb des Systems von Brüssel und Lugano. Dies scheint aus zwei Gründen begrüssenswert; zunächst zeigt sich in diesem Punkt eine gewisse Konstanz in der Rechtsanwendung durch den Gerichtshof – auch in anderen Vorlageverfahren hat der Gerichtshof jeweils nicht auf den Wortlaut abgestellt, sondern «Gleichwertigkeit» zweier Regelungen erwähnt.²⁸ Zweitens ergibt eine Orientierung am Norminhalt m.E. auch dogmatisch mehr Sinn als ein Abstellen auf den Wortlaut allein: Wenn man davon ausgeht, dass die Berücksichtigungspflicht gemäss Art. 1 Protokoll 2 [LugÜ](#) eine *gleiche Anwendung gleicher Regelungen innerhalb* des Systems von Brüssel und Lugano bezweckt, dann verbietet sich ein ausschliessliches Abstellen auf den Wortlaut sogar. Der Wortlaut einer Norm ist nach der überwiegenden Meinung in der kontinentaleuropäischen Methodenlehre nicht mit dem Wortsinn gleichzusetzen.²⁹

recht 2023 S. 175, 179

2. Der Gerichtshof legt [Art. 23 Abs. 1 und 2 LugÜ](#) im hier besprochenen Urteil umfassend gleich aus wie einen Sekundärrechtsakt des Unionsrechts – grundsätzlich wird dort eine vernetzte, interinstrumentelle Koordination der Auslegung zwischen den Rechtsinstrumenten des Systems von Brüssel und Lugano angestrebt, wo sich eine inhaltliche Aufeinanderbezogenheit dieser Rechtsakte ergibt. Dieses Vorgehen lässt sich unterschiedlich deuten und bedeutet nicht automatisch, dass der EuGH in Bezug auf das [LugÜ](#) eine staatsvertragsautonome Auslegung ablehnt und eine rein unionsrechtsautonome Interpretation befürwortet. Zunächst muss betont werden, dass sich auch aus einer staatsvertragsautonomen Sichtweise aufdrängt, systematisch bzw. genealogisch derart eng verwandte Rechtsakte wie das [LugÜ](#), die Brüssel-I-VO und die Brüssel-Ia-VO koordiniert auszulegen. Dafür bräuchte es keine spezifische

²⁵ Oetiker Christian/Weibel Thomas, in: Oetiker Christian/Weibel Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Lugano Übereinkommen, Basel 2011 Art. 1 Protokoll 2 [LugÜ](#) Rz. 4; Domej Tanja in: Dasser Felix/Oberhammer Paul (Hrsg.), Stämpfli-Handkommentar zum Lugano-Übereinkommen ([LugÜ](#)), Art. 1 Protokoll 2 Rz. 1 ff.

²⁶ [BGE 139 III 345 E. 4, 347](#); [BGE 139 III 232 E. 2.2, 234](#); [BGE 138 III 386 E. 2.6, 391](#); [BGE 135 III 185 E. 3.2, 189](#); [BGE 140 III 320](#); [BGE 131 II 227](#).

²⁷ HR-2011-01240-A – Rt-2011-897, Rz. 35. HR-Rt-2004-981, Rz. 22.

²⁸ EuGH vom 2. Mai 2019, C-694, Rz. 27; EuGH vom 30. 3. 2023, C-343/22, Rz. 27.

²⁹ Zum Überblick Vogenauer Stefan, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Tübingen 2001, Band I, 466 ff.

methodische Anordnung.³⁰ Diese erste Lesart des methodischen Vorgehens des EuGH lässt sich mit guten Gründen vertreten und würde unterstellen, die im Urteil *Tilman vs. Unilever* angeführten Entscheidungen zum EuGVÜ, zur Brüssel-I-VO sowie zur Brüssel-IIa-VO als Normsinnindikatoren zu sehen, die unter dem Titel eines systematischen oder allenfalls eines historischen Auslegungselements in die Interpretation des [LugÜ](#) einfließen. Eine zweite Deutung des methodischen Vorgehens, die m.E. sinnhafter scheint, nimmt wiederum Bezug auf die Berücksichtigungspflicht gemäss Art. 1 Protokoll 2 [LugÜ](#): Nach der hier vertretenen Auffassung schreibt diese Norm nicht bloss eine Reproduktion von vorbestehenden Auslegungsergebnissen zu «ähnlichen Normen» im Rahmen einer Korrekturregel, die dazu auffordert, ein autonom zustande gekommenes Auslegungsergebnis nachträglich «unionsrechtlich zu korrigieren», vor. Die methodische Vorgabe ist vielmehr so zu verstehen, dass sie sowohl zu einer Beachtung von *Präjudizien* als auch zur Reproduktion von *methodischen Vorgaben* auffordert, die zu unionsrechtlichen Normen bestehen, die der auszulegenden [LugÜ](#)-Norm im Sinn von Art. 1 Abs. 1 Protokoll 2 [LugÜ](#) «ähnlich» sind. Dies ergibt sich daraus, dass der Auslegungsvorgang im Grundsatz als einheitliches, zusammenhängendes, organisches «gedankliches Verfahren»³¹ zu sehen ist. Eine staatsvertragsautonome Auslegung, welcher nach dem vollzogenen Auslegungsvorgang ein unionsautonomes (d.h. nach einer anderen Methodik zustande gekommenes!) Auslegungsergebnis «korrigierend» hintangestellt wird, macht wenig Sinn: Der Auslegungsvorgang soll organisch zu einem Auslegungsergebnis hinführen; dass die beiden Elemente nach anderen Modi funktionieren, verbietet sich. Die Berücksichtigungspflicht verpflichtet das Gericht also dazu, den unionsrechtlichen Auslegungsvorgang sowie vorbestehende, unionsrechtliche Auslegungsergebnisse zu «ähnlichen Normen» zum Zweck der Auslegung des [LugÜ](#) möglichst weitgehend zu übernehmen. Das [LugÜ](#) ist überall dort, wo sich in einem anderen Rechtsinstrument gemäss [Art. 64 LugÜ](#) eine «ähnliche» Norm findet, so weit wie möglich «unionsrechtlich auszulegen». Genau dies tut der EuGH nach der hier vertretenen Lesart in der Entscheidung *Tilman vs. Unilever*. Dabei ist von der Berücksichtigungspflicht wohl nicht als einer Abwägungsregel auszugehen – das heisst einer Anweisung, verschiedene Sinnindikatoren faktorenpluralistisch zu kombinieren und so zu einem Auslegungsergebnis zu gelangen –, sondern als einer Befolgingsregel; Normsinndeutungen zu «ähnlichen» Normen aus anderen Rechtsinstrumenten des Systems von Brüssel und Lugano sind umfassend zu reproduzieren. Normsinnindikatoren aus vorbestehenden Auslegungsergebnissen zu «ähnlichen Normen» aus dem System von Brüssel und Lugano sind damit nicht im gleichen Mass gegen andere (etwa wortlautbezogene) Normsinnindikatoren abzuwägen und im Vergleich zu jenen als gleichwertig anzusehen, sondern im Interesse einer einheitlichen Auslegung gleichgelagerter Normen so weit wie möglich zu reproduzieren.

3. Abschliessend ist zu bemerken, dass der EuGH im hier besprochenen Urteil die Entscheidungen anderer durch das Übereinkommen gebundener Gerichte nicht explizit würdigt oder rezipiert. Die Berücksichtigungspflicht ist nach der hier vertretenen Lesart des methodischen Handelns des Gerichtshofs als einseitiges, unionsrechtliche Inhalte ausweitendes Instrument der Auslegungsharmonisierung zu sehen. Ein starkes kommunikatives Handeln im Rahmen dessen ist aber nicht zu beobachten. Eine Würdigung von [LugÜ](#)-Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts in der Rechtsprechung des EuGH etwa liegt nicht vor.³² Dies weist eine gewisse innere

recht 2023 S. 175, 180

Logik auf, sofern man von der primär wirkungsausweitenden Konzeption des «Brüssel-Lugano-Raums» ausgeht. Nicht wegzudiskutieren ist indes, dass eine Konsultation der Rechtsprechung anderer durch das Übereinkommen gebundener Höchstgerichte grundsätzlich einen Teil der Berücksichtigungspflicht bilden würde. Das ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 Protokoll 2; danach ist «jedes Gericht» verpflichtet, den Grundsätzen anderer, von anderen [LugÜ](#)-Gerichten erlassenen Entscheidungen gebührend Rechnung zu tragen. Dieser Grundsatz geht auch aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervor und wurde insbesondere in der Entscheidung in der Rechtssache *Gambazzi vs. DaimlerChrysler Canada* bestätigt.³³

³⁰ Damit angesprochen ist primär ein systematisches Auslegungselement, wie es auch in Bezug auf das internationale Einheitsrecht nicht unbekannt ist, vgl. *Gruber Urs Peter*, Methoden des Internationalen Einheitsrechts, Tübingen 2004, 140; vgl. zur systematischen Auslegung nach Art. 31 WVK weitergehend *Grundmann Stefan*, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts, 164.

³¹ *Larenz Karl*, Methodenlehre, 5. Auflage 1983, 351.

³² Es ist indes nicht so, dass bundesgerichtliche Rechtsprechung zu [Art. 23 LugÜ](#) vollständig fehlen würde, vgl. etwa BGer vom 7.8.2001, [4C.163/2001](#); BGer vom 23.11.2001, [4C.245/2001](#); [BGE 143 III 558](#); [BGE 119 II 393](#); [BGE 125 III 108](#); [BGE 134 III 467](#); [BGE 135 III 185](#).

³³ EuGH, Urteil v. 2.4.2009, C-394/07, Rz. 36.

VI. Schluss

Das hier besprochene Urteil erlaubt Rückschlüsse darauf, welche Elemente der EuGH als Normgehalt von Art. 1 Abs. 1 Protokoll 2 [LugÜ](#) erachtet: Die hier zur Anwendung kommende Methodik des Gerichtshofs lässt auf eine Rechtsauffassung schliessen, nach welcher inhaltlich gleichgelagerte Normen einer Auslegungskoordination unterliegen und insofern in einer qualifizierten Beziehung zueinanderstehen. «Ähnlich» im Sinn von Art. 1 Abs. 1 Protokoll 2 [LugÜ](#) bedeutet also nicht eine wortlautgenaue Übereinstimmung. Ob daneben allerdings auch inhaltlich voneinander abweichende Formulierungen der methodischen Vorgabe aus Art. 1 Abs. 1 Protokoll 2 [LugÜ](#) unterstehen, geht aus dem Urteil nicht abschliessend hervor. Zum Inhalt der Berücksichtigungspflicht lassen sich dem vorliegenden Urteil des Gerichtshofs Indizien entnehmen, nach denen nicht bloss Auslegungsergebnisse, sondern auch methodische Vorgaben im Rahmen der Berücksichtigungspflicht mitzuübernehmen sind, die zu anderen Normen entwickelt wurden. «Gebührend Rechnung» zu tragen ist insofern nicht bloss unionsrechtlichen Auslegungsergebnissen, sondern auch der unionsrechtlichen Methodik, die bei der Auslegung von Sekundärrechtsakten des IZPR zur Anwendung gelangt. Weiterhin unklar erscheint auch nach einer Analyse von *Tilman vs. Unilever* die Rechtsauffassung des Gerichtshofs in Bezug auf die Frage, welche Urteile welcher Gerichte Gegenstand der Berücksichtigungspflicht bilden.

Schliesslich bleibt festzuhalten, dass das hier zu beobachtende methodische Vorgehen des Gerichtshofs zwar aufschlussreich ist – wirklich illuminierend über den Normgehalt von Art. 1 Abs. 1 Protokoll 2 [LugÜ](#) wirken wird aber erst eine Entscheidung, in welcher der Gerichtshof die Brüssel-Ia-VO im Zusammenspiel mit einem anderen Sekundärrechtsakt (am ehesten wohl der Insolvenzverordnung) koordiniert auslegen wird. Dort wird sich zeigen, ob sich die durch das Übereinkommen gebundenen Gerichte der EFTA-Staaten Norwegen, Island und Schweiz auch Rechtsprechung zu anderen Instrumenten des Sekundärrechts, die nicht zum «System von Brüssel und Lugano» gehören, als präjudiziell vorhalten lassen müssen.