

**Herausgeber**

Dagmar Coester-Waltjen  
Dirk Ehlers  
Klaus Geppert  
Jens Petersen  
Helmut Satzger  
Friedrich Schoch  
Klaus Schreiber

# JURA

## Juristische Ausbildung

### Internationale Rechtshängigkeit im Zivilprozess

Von Wiss. Mit. Philipp M. Reuß, MJur (Oxon.), München\*

*Die Klagesperre im Falle anderweitiger Rechtshängigkeit gehört zu den klassischen Problemkreisen der Ersten Juristischen Staatsprüfung und des Schwerpunktstudiums. Insbesondere bei Fällen mit Auslandsbezug ergibt sich eine Vielzahl von Fragen, denen es bei der Falllösung Beachtung zu schenken gilt. Der vorliegende Beitrag gibt einen systematischen Überblick über die Behandlung des Litispendenzeinwandes bei Rechtsstreitigkeiten mit internationalem Bezug vor den deutschen Zivilgerichten. Zur Einführung sei jedoch zunächst die Behandlung rein inländischer Sachverhalte kurz skizziert.*

#### A. Die Behandlung rein inländischer Sachverhalte, § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO

Wohl bekannt aus der Ausbildung ist die in § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO geregelte Behandlung anderweitiger Rechtshängigkeit. Sofern ein Verfahren bei einem Gericht rechtshängig geworden ist, kann dieses vor einem anderen Gericht nicht mehr anhängig gemacht werden. Die Rechtshängigkeit tritt nach § 261 Abs. 1 ZPO dann ein, wenn die Klage erhoben wurde. Das ist aber nicht bereits mit Einreichung der Klageschrift durch den Kläger bei Gericht der Fall (Anhängigkeit, § 253 Abs. 5 ZPO), sondern erst ab dem Zeitpunkt der Zustellung der Klageschrift an den Beklagten gem. §§ 253 Abs. 1, 270, 271 Abs. 1 ZPO. § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO ist dabei als *negative Prozessvoraussetzung* ausgestaltet und somit durch das Gericht *von Amts wegen* zu beachten<sup>1</sup>. Im Falle der anderweitigen Rechtshängigkeit ist eine Klage daher als unzulässig abzuweisen<sup>2</sup>. Eine Heilung durch rügeloses Einlassen ist nicht möglich<sup>3</sup>.

#### I. Ratio der Regelung

Hinter dieser Regelung stehen mehrere Gründe<sup>4</sup>. Zum einen sucht man eine übermäßige Beanspruchung sowohl der Gerichte, als auch der Parteien zu verhindern. Insbesondere für letztere soll der Aufwand einer doppelten Prozessführung vermieden werden. Zum anderen stehen Rechtssicherheitsaspekte im Raum. Denn: Entscheiden mehrere Gerichte über denselben Streitgegenstand, so besteht die Gefahr von sich widersprechenden Entscheidungen.

#### II. Voraussetzungen des Litispendenzeinwandes

Um die Rechtshängigkeitssperre des § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO auszulösen, bedarf es dreierlei Voraussetzungen. Zunächst müssen (1) *dieselben Parteien* beteiligt sein. Unbeachtlich ist dabei, ob die Parteien in dem zweiten Prozess in vertauschten Rollen auftreten. So besteht beispielsweise auch dann Parteidentität, wenn der Beklagte des ersten Prozesses Kläger des zweiten ist<sup>5</sup>. Des Weiteren muss die Sache denselben (2) *Streitgegenstand*<sup>6</sup> betref-

fen. Durchgesetzt hat sich die Lehre vom *zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff*. Der maßgebliche Streitgegenstand bemisst sich hiernach gleichberechtigt nach dem Klagantrag und dem tatsächlich zugrunde liegenden Lebenssachverhalt. Letztlich muss die Sache (3) *bereits anderweitig rechtshängig*<sup>7</sup> sein. Zur Veranschaulichung folgender

**Beispielfall 1:** B verklagt A auf Rückerstattung von € 100.000.- aus einem Darlehensvertrag nach § 488 Abs. 1 S. 2 BGB am Gericht des Erfüllungsortes, § 29 ZPO. A erhebt daraufhin Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Rückzahlungsverpflichtung bei einem anderen Gericht.

**Lösung:** Fraglich ist, ob der Klageerhebung des A hier die anderweitige Rechtshängigkeit des Streitgegenstands gem. § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO entgegensteht. Parteidentität besteht trotz der vertauschten Rollen. Ferner müsste es sich bei der Feststellungsklage um denselben Streitgegenstand handeln. Dies ist fraglich, da nach dem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff sowohl Klagantrag als auch tatsächlicher Lebenssachverhalt übereinstimmen müssen. Vorliegend handelt es sich sicherlich um den gleichen Lebenssachverhalt (Rückerstattung des Darlehens), zweifeln könnte man aber am identischen Klagantrag: B begehrt Zahlung der Darlehensvaluta und somit eine Leistung, A demgegenüber lediglich eine Feststellung, das Nichtbestehen der Darlehensschuld. Auf den ersten Blick scheinen hier Leistungsverlangen und Feststellungsverlangen unterschiedliche Klagebegehren darzustellen, da das Leistungsbegehren – abstrakt betrachtet – um das *plus* der Leistung von dem der Feststellung abweicht. Das Feststellungsbegehren des A zielt jedoch auf die Feststellung des Nichtbestehens einer Leistungspflicht ab und steht damit als kontradiktorisches Gegenteil der Zahlungsklage des B direkt gegenüber. Insofern ist damit die Identität des Klagebegehrens gegeben. Klagantragsidentität liegt damit ebenfalls vor<sup>8</sup>. Der Klageerhebung des A steht somit

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Internationales Recht – Rechtsvergleichung der Ludwig-Maximilians-Universität München (Lehrstuhl Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen, LL.M. (Michigan)). Besonderer Dank gilt Frau Prof. Dr. Dagmar Coester-Waltjen, die durch ihre hilfreichen Hinweise diesen Beitrag erst ermöglicht hat.

1 BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, ZPO, 66. Aufl. 2007, § 261 Rdn. 26, Grdz. 19 vor § 253; vgl. auch BGH NJW 1989, 2064 f.

2 Nicht alle Rechtssysteme kennen die Beachtlichkeit anderweitiger Rechtshängigkeit, beispielsweise wird in England die Gefahr von sich widersprechenden Entscheidungen nicht als Prozesshinderungsgrund angesehen. Zu den dortigen Problemstellungen und Lösungsansätzen, siehe NAGEL/GOTTWALD, IZPR, 6. Aufl. 2007, § 5 Rdn. 239 ff.

3 A. A. aber nicht überzeugend AG Landstuhl, IPRax 1994, 108.

4 Vgl. dazu ausführlich BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, ZPO, § 261 Rdn. 3, 24.

5 Vgl. MUSIELAK, GK ZPO, 9. Aufl. 2007, § 3 Rdn. 126.

6 BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, ZPO, § 261 Rdn. 19. Umfassend zum Streitstand MUSIELAK, GK ZPO, § 3 Rdn. 139 ff.

7 Hier sind die Voraussetzungen der Rechtshängigkeit bzgl. des anderweitigen Verfahrens zu prüfen.

8 Anders wäre dies im umgekehrten Fall. Hätte A zunächst gegen B Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Darlehensschuld erhoben, so stünde diese einer später von B erhobenen Klage auf Leistung nicht entgegen. Die zuerst rechtshängig gewordene, negative Feststellungsklage sperrt insoweit nur die positive Klage auf Feststellung des Bestehens einer Schuld, nicht

§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO entgegen. Das Gericht muss die Klage als unzulässig abweisen<sup>9</sup>.

## B. Sachverhalte im Regelungsbereich der europäischen Verordnungen

Schwieriger zu beurteilen ist die Frage der anderweitigen Rechtshängigkeit bei Streitigkeiten mit internationalem Bezug.

**Beispielsfall 2:** A, ein Unternehmer mit Sitz in Frankreich, erhebt im Wege einer assignation (Zustellung der Klagladung im Parteibetrieb nach Art. 54 N.C.P.C.) bei dem zuständigen französischen Gericht eine Kaufpreisklage gegen B, einen Großhändler mit Sitz in Deutschland. Wenige Tage später stellt er den identischen Klagantrag bei einem deutschen Gericht.

Hier kann man nicht ohne weitere Prüfung auf das autonome deutsche Recht rekurren, sondern hat unter Umständen vorrangige internationale oder europäische Regelungen zu beachten. Neben bi- und multilateralen Abkommen<sup>10</sup> sind eine Reihe von Verordnungen<sup>11</sup>, die die Europäische Gemeinschaft (EG) im Bereich des internationalen Verfahrensrechts erlassen hat, zu beachten.

## I. Rechtsquellen im harmonisierten europäischen, internationalen Verfahrensrecht

Sowohl die EuGVVO<sup>12</sup> als auch die Brüssel IIA VO<sup>13</sup> und das LugÜ<sup>14</sup> kennen den Rechtshängigkeitseinwand. So ist nach Art. 27 EuGVVO<sup>15</sup> die Rechtshängigkeit eines Verfahrens zwi-

jedoch eine auf Zahlung gerichtete Leistungsklage, vgl. BGHZ 149, 226, da das kontradiktorische Gegenteil der zuerst rechtshängig gewordenen, negativen Feststellungsklage in der positiven Feststellungsklage zu sehen ist. Die Leistungsklage bringt zusätzlich die Möglichkeit der Vollstreckung mit sich und geht damit über die bloße Feststellung hinaus. Sie stellt damit einen anderen Klagantrag dar. Dem Feststellungsantrag fehlt aber seit Rechtshängigkeit der Leistungsklage das Rechtsschutzbedürfnis; damit ist die Feststellungsklage unzulässig, so dass auch insoweit die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen entfällt.

- 9 Diese Fallkonstellation findet sich auch im Rahmen der Widerklage, §§ 33, 261 Abs. 2, 3 ZPO. Voraussetzung für diese ist unter anderem das Vorliegen eines anderen Streitgegenstandes. Die Widerklage ist insoweit eine echte Klage, die Prozessvoraussetzungen müssen somit gegeben sein, vgl. BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, ZPO, Anh. § 253 Rdn. 11.
- 10 So beispielsweise Art. 15 des *deutsch-belgischen Abkommens von 1958*, sofern EuGVVO und Brüssel IIA VO nicht anwendbar sind, vgl. die Übersicht bei NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 5 Rdn. 233; oder Art. 21 ff. des *Lugano Übereinkommens von 1988* (JAYME/HAUSMANN, Nr. 152). Zu Geltung und Vorrang von völkerrechtlichen Verträgen im deutschen Rechtsraum vgl. SACHS, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 59 Rdn. 60 ff., sowie zum Vorrang des primären wie sekundären Gemeinschaftsrechts, vgl. STREINZ, EuR, 8. Aufl. 2008, § 3 Rdn. 190 ff.
- 11 So beispielsweise die VO (EG) Nr. 44/2001 (EuGVVO), ABL. EG 2001, Nr. L 12, S. 1; die VO (EG) Nr. 2201/2003 (Brüssel IIA VO), ABL. EG 2003, Nr. L 338, S. 1; die VO (EG) Nr. 1346/2000 (EuInsVO), ABL. EG, Nr. L 160, S. 1).
- 12 Die EuGVVO gilt für Zivil- und Handelssachen unabhängig von der Art der Gerichtsbarkeit. Ausgenommen sind die Materien des Art. 1 Abs. 2 EuGVVO (Personenstand, Rechts- und Handlungsfreiheit von Personen, Konkurse, Vergleiche, soziale Sicherheit, etc.).
- 13 Die Brüssel IIA VO gilt gem. Art. 1 Abs. 1 lit. a für Entscheidungen über Ehescheidungen, Trennungen ohne Auflösung des Ehebandes oder die Ungültigerklärung einer Ehe. Ebenso vom Anwendungsbereich mit umfasst sind Entscheidungen über die elterliche Verantwortung, vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. b.
- 14 Siehe JAYME/HAUSMANN, Nr. 152. Das Übereinkommen gilt ebenfalls für Zivil- und Handelssachen ohne, dass es dabei auf die Art der Gerichtsbarkeit ankommt, ausgenommen Streitigkeiten betreffend den Personenstand, die Rechts- und Handlungsfreiheit sowie die gesetzliche Vertretung von natürlichen Personen, die ehelichen Güterstände und das Erbrecht. Das Abkommen gilt auch im Verhältnis zu Nicht-EU-Mitgliedstaaten.
- 15 Vgl. funktionsäquivalent Art. 19 Abs. 1 Brüssel IIA VO, bzw. Art. 21 LugÜ.

schon denselben Parteien über denselben Streitgegenstand vor einem anderen Gericht eines Mitgliedstaates stets (von Amts wegen) zu beachten. Das später angerufene Gericht hat das Verfahren auszusetzen und abzuwarten, ob sich das erstangerufene Gericht für zuständig hält (Art. 27 Abs. 1 EuGVVO). Nur wenn sich letzteres für unzuständig erklärt, kann das später angerufene Gericht das Verfahren fortsetzen (Art. 27 Abs. 2 EuGVVO).

## II. Voraussetzungen des Litispendenzeinwandes im europäischen, internationalen Verfahrensrecht

### 1. Allgemeine Regelung

Voraussetzung für die Beachtlichkeit der Rechtshängigkeit ist wie im innerstaatlichen Recht die (1) *Identität der Parteien* und des (2) *Streitgegenstandes* sowie die (3) *bereits bestehende, anderweitige Rechtshängigkeit*. Einer weitergehenden Anerkennungsprognose oder besonderer Anerkennungsverfahren bedarf es nicht, da grundsätzlich die gegenseitige Anerkennung der Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten verbürgt ist (Art. 33 EuGVVO).

Lösung Beispielsfall 2: Gemäß Art. 27 Abs. 1 EuGVVO ist die Rechtshängigkeit vor einem anderen Gericht eines Mitgliedstaates stets beachtlich, wenn Parteidentität und Identität des Streitgegenstandes vorliegen. Die Parteien sind vorliegend (sogar in ihren Parteipollen) identisch. Auch die Klaganträge stimmen zweifelsohne überein und fußen auf demselben Sachverhalt. Die ersten beiden Voraussetzungen des Art. 27 Abs. 1 EuGVVO (Art. 21 LugÜ) sind demnach erfüllt. Problematisch könnte hier allenfalls sein, wann die Rechtshängigkeit (im französischen und im deutschen Verfahren) eintritt bzw. eingetreten ist. Zu beachten ist hier die Regelung des Art. 30 EuGVVO, die eine euro-autonome Bestimmung der Rechtshängigkeit vorsieht, so dass es nicht darauf ankommt, wann nach französischem bzw. nach deutschem autonomen Recht Rechtshängigkeit eintritt<sup>16</sup>. Nach Art. 30 Nr. 2 EuGVVO gilt ein Gericht als angerufen, wenn das verfahrenseinleitende Schriftstück dem Beklagten zugestellt ist, auch wenn es noch nicht bei Gericht eingegangen ist. Daher ist die Klage beim französischen Gericht bereits rechtshängig geworden, bevor Rechtshängigkeit vor deutschen Gerichten eintrat (wozu nach Art. 30 Nr. 1 EuGVVO bereits die Einreichung bei Gericht ausreicht). Das deutsche Gericht hat sein Verfahren damit gem. Art. 27 Abs. 1, 2 EuGVVO auszusetzen und die Klage als unzulässig abzuweisen, wenn das französische Gericht von seiner Zuständigkeit ausgeht (beachte Art. 24, 25, 26 EuGVVO).

Wann es sich um *denselben Streitgegenstand* handelt, ist euro-autonom zu beurteilen<sup>17</sup>. Auf den zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff aus dem deutschen autonomen Recht kann hier somit nicht zurückgegriffen werden. Der EuGH hat bereits im Rahmen der Auslegung des Art. 21 EuGVÜ einen sog. *europäischen Streitgegenstandsbegriff* entwickelt<sup>18</sup>, der sowohl für die EuGVVO als auch nach herrschender Meinung für die Brüssel IIA VO gilt<sup>19</sup>. Maßgebend ist dabei, dass es sich bei der Rechts-

16 Unter dem EuGVÜ war der maßgebliche Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit nach der jeweiligen *lex fori* zu ermitteln, vgl. EuGH v. 7. Juni 1984, Rs. 129/83, Slg. 1984 02397 = NJW 1984, 2759 – *Zelger/Salintri*. Damit konnte eine Partei durch Klageerhebung vor einem anderen Mitgliedstaatsgericht mit schnellerem verfahrensrechtlichen Eintritt der Rechtshängigkeit zu ihren Gunsten gestalten; beispielsweise konnte der in Deutschland Beklagte, dem die Klageschrift noch nicht zugestellt war (daher noch keine Rechtshängigkeit vgl. §§ 261 Abs. 1, 253 Abs. 1, 270, 271 Abs. 1 ZPO) den Kläger erfolgreich vor einem anderen mitgliedstaatlichen Gericht verklagen, wenn es ihm gelang, seine Klage nach dortigem Verfahrensrecht früher rechtshängig zu machen, vgl. NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 5 Rdn. 205. Diese Gefahr besteht nun durch die euro-autonome Bestimmung des maßgeblichen Rechtshängigkeitszeitpunktes nicht mehr.

17 NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 5 Rdn. 202.

18 Vgl. EuGH v. 8. 12. 1987, Rs. 144/86, NJW 1989, 655 – *Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo* sowie EuGH v. 6. 12. 1994, Rs. C-406/92, NJW 1995, 1883 – *Tatry/Maciej Rataj*.

19 NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 5 Rdn. 210.

sache im Kern um denselben Streit über Rechtsfolgen aus demselben (weit auszulegen) Lebenssachverhalt handelt, sog. *Kernpunkttheorie*<sup>20</sup>.

**Beispielfall 3<sup>21</sup>:** Der Käufer K mit Wohnsitz in Rom hatte mit der Verkäuferin V-KG in Flensburg einen Kaufvertrag über Maschinenbauteile geschlossen. Als die V-KG den K zur Zahlung des Kaufpreises auffordert, weigert sich K und beruft sich auf eine Unwirksamkeit des Kaufvertrages wegen Einigungsmangel gem. § 154 I BGB. K erhebt daraufhin Klage vor dem Tribunale di Roma auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages, hilfsweise auf Aufhebung des Vertrages. Die V-KG erhebt später Leistungsklage auf Kaufpreiszahlung gemäß § 433 Abs. 2 BGB vor dem zuständigen deutschen Landgericht (LG Kiel).

**Lösung:** Der Klage der V-KG auf Leistung des Kaufpreises könnte der Rechtshängigkeitseinwand des Art. 27 Abs. 1 EuGVVO entgegenstehen. Dies ist dann der Fall, wenn eine Klage wegen desselben Anspruchs bereits vor einem anderen Gericht eines Mitgliedstaates, hier vor dem Tribunale di Roma, rechtshängig geworden ist. Identität der Parteien liegt trotz der vertauschten Rollen vor<sup>22</sup>. Fraglich ist, ob es sich um denselben Streitgegenstand handelt. Nach der vom EuGH vertretenen Kernpunkttheorie muss es im Kern um denselben Streit über Rechtsfolgen aus demselben Lebenssachverhalt gehen. Diese Formel ist weit zu verstehen. Im Kern geht es hier um das Bestehen eines Kaufpreisanspruches der V-KG gegenüber K. Dieser besteht nur, wenn der Kaufvertrag wirksam zustande gekommen ist. Letztlich geht es also sowohl bei der Klage der V-KG als auch bei der des K im Kern um das Bestehen des Kaufvertrages. Es liegt somit derselbe Streitgegenstand vor. Damit steht der Klage der V-KG in Deutschland die Rechtshängigkeit der Streitsache vor dem italienischen Gericht entgegen. Das deutsche Gericht hat sich somit gem. Art. 27 Abs. 2 EuGVVO für unzuständig zu erklären, sobald sich das italienische Gericht für zuständig hält. Damit ergibt sich hier ein entscheidender Unterschied zu der im autonomen deutschen Recht vertretenen Auffassung. Die zuerst erhobene negative Feststellungsklage (auch »Torpedoklage« genannt) sperrt nach dem europäischen Streitgegenstandsbegriff eine später erhobene Leistungsklage<sup>23</sup>. Nach autonomem deutschen Recht hingegen steht einer später erhobenen Leistungsklage, die durch die zusätzliche Möglichkeit der Vollstreckbarkeit über den Antrag einer Feststellungsklage hinausgeht und damit einen anderen Streitgegenstand betrifft<sup>24</sup>, nicht die vorherige Rechtshängigkeit einer negativen Klage auf Feststellung des Nichtbestehens einer Leistungspflicht entgegen<sup>25</sup>. Die europäische Lösung der Fallproblematik ist nicht unbedenklich, da durch die gegebene Sperrmöglichkeit ein *race to the courthouse* begünstigt wird. Die jeweils schneller Klage erhebende Partei kann auf das anwendbare Prozessrecht maßgebend Einfluss nehmen, wodurch sich zwangsläufig ein Wettlauf zu den Gerichten und eine unter Umständen verfrühte Befassung der Gerichte mit der Streitsache ergeben. Das Suchen einer außergerichtlichen Lösung wird damit unwahrscheinlicher. Ob durch die Anwendung der »Kernpunktrechtsprechung« im autonomen deutschen Recht auf Fälle mit Auslandsbezug<sup>26</sup> auch die vorliegende Frage anders zu beantworten ist, ist fraglich, wegen der damit einhergehenden Gefahren aber nicht wünschenswert.

Die Ratio jedenfalls, die hinter der weiten Definition des Streitgegenstandsbegriffes steckt, ist recht einfach: Durch eine *Konzentration* der Verfahren bei dem zuerst angerufenen Gericht werden sich widersprechende Entscheidungen vermieden<sup>27</sup> und ein größeres Maß an Rechtssicherheit gewonnen.

## 2. Besonderheit des Art. 28 EuGVVO – Konnexität

Über diese Regelung der Vermeidung von Doppelprozessen hinaus geht Art. 28 EuGVVO<sup>28</sup> (*Konnexitätsregelung*): Steht ein erstinstanzliches Verfahren in Zusammenhang mit einem bereits rechtshängig gewordenen, nicht denselben Streitgegenstand betreffenden Verfahren, so kann das später angerufene Gericht das Verfahren aussetzen (Abs. 1). Es kann sich sogar für unzuständig erklären, wenn das zuerst angerufene Gericht für diesen weiteren Streit ebenfalls zuständig und die Verbindung der Klagen nach seinem Recht zulässig ist (Abs. 2). Im Unterschied zu Art. 27 EuGVVO hat das Gericht hier einen Ermessensspielraum (»kann«), der allerdings durch den Sinn der Regelung, die insbesondere in Art. 28 Abs. 3 EuGVVO (Definition des Zusam-

menhangs) betonte Vermeidung widersprechender Entscheidungen, eingeschränkt ist<sup>29</sup>.

## III. Zusammenfassung

Festzuhalten ist damit, dass die anderweitige Rechtshängigkeit auch auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene zu beachten ist. Hinsichtlich der Voraussetzungen des Litispendenzeinschwandes ergeben sich Unterschiede zum autonomen deutschen Recht im Wesentlichen dadurch, dass der gemeinschaftsrechtliche Streitgegenstandsbegriff wesentlich weiter zu fassen ist als derjenige der ZPO, dass über Art. 28 EuGVVO auch Verfahren, die nur im Zusammenhang mit einem bereits rechtshängig gewordenen Verfahren stehen, zu einer Aussetzung des späteren Verfahrens oder gar zur Abweisung der Klage (durch Prozessurteil) führen können, und dass schließlich der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit anders bestimmt wird.

## C. Sachverhalte außerhalb des Regelungsbereichs der europäischen Verordnungen und internationalen Abkommen

Andere Probleme stellen sich, wenn es in der Sache nicht um Regelungsgegenstände der europäischen Verordnungen geht, also bereits der sachliche Anwendungsbereich der Verordnungen verlassen ist (z. B. bei ehedüterrechtlichen Streitigkeiten) oder ein Gericht zwar im Rahmen des sachlichen Anwendungsbereichs einer Verordnung, aber außerhalb der EU angerufen worden ist, und auch keine vorrangigen bi- oder multilateralen Abkommen<sup>30</sup> eingreifen. Dann stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO anwendbar ist.

Diese Frage wird beispielsweise in folgender Fallkonstellation deutlich<sup>31</sup>: F, eine deutsch-israelische Doppelstaaterin hatte vor einem Rabbinatsgericht Scheidungsklage gegen ihren israelischen Ehemann M erhoben, und kurz darauf, nach ihrer Rückkehr nach Deutschland, vor dem zuständigen Familiengericht ebenfalls Scheidungsklage eingereicht. Das vorrangig zu beachtende bilaterale Abkommen zwischen Israel und Deutschland ist nicht einschlägig<sup>32</sup>, multilaterale Abkommen sind ebenfalls nicht berührt. Art. 19 Brüssel IIa VO greift nicht, da dieser von »Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten« spricht. Somit bemisst sich die Beachtlichkeit der anderweitigen Rechtshängigkeit nach autonomem deutschen Recht.

<sup>20</sup> NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 5 Rdn. 202.

<sup>21</sup> Nach dem Urteil des EuGH v. 8. 12. 1987, Rs. 144/86, NJW 1989, 655 – *Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo* (leicht abgewandelt); für weitere Beispiele vgl. NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 5 Rdn. 203 f.

<sup>22</sup> Auch insoweit gilt im harmonisierten Zivilverfahrensrecht nichts anderes als im nationalen Recht, vgl. § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO.

<sup>23</sup> Siehe auch Urteil des EuGH v. 6. 12. 1994, Rs. C-406/92, NJW 1995, 1883 – *Tatry/Maciej Rataj* Rdn. 45.

<sup>24</sup> ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, ZPO, 16. Aufl. 2004, § 97 Rdn. 23.

<sup>25</sup> Vgl. hierzu bereits die Ausführungen zu Beispielfall 1.

<sup>26</sup> Siehe dazu gleich unter C.II.2.

<sup>27</sup> Kritisch hierzu NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 5 Rdn. 203 f.

<sup>28</sup> Vgl. Art. 22 LugÜ mit ähnlicher aber leicht abweichender Regelung.

<sup>29</sup> KROPHOLLER, EuZPR, 8. Aufl. 2005, Art. 28 EuGVVO Rdn. 1.

<sup>30</sup> Beispielsweise Art. 13 KSÜ, Art. 21 LugÜ oder Art. 44 Abs. 1 des *deutsch-tunesischen Vertrages von 1966*; siehe für weitere Abkommen die Übersicht bei NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 5 Rdn. 233.

<sup>31</sup> BGH NJW-RR 1994; neu bearbeitet als Übungsfall in COESTER-WALTJEN/MÄSCH, *Übungen in Internationalem Privatrecht und Rechtsvergleichung*, 3. Aufl. 2008 – *Fall 7*; jüngst in ähnlicher Konstellation BGH NJW-RR 2008, 1169.

<sup>32</sup> In Betracht käme lediglich der *deutsch-israelische Anerkennungs- und Vollstreckungsvertrag von 1977*, BGBl. 1980 II 926 (JAYME/HAUSMANN, Nr. 186), dieser enthält jedoch keine einschlägigen Regelungen.

## I. Beachtlichkeit ausländischer Rechtshängigkeit

Die ZPO enthält keine explizite Regelung der Frage der Beachtlichkeit ausländischer Rechtshängigkeit<sup>33</sup>. Fraglich ist somit, ob § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO auch diejenigen Fälle erfasst, bei denen ein Verfahren bereits bei einem ausländischen Gericht rechtshängig geworden ist. Die Frage ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten. Zum Teil wird die Beachtlichkeit verneint<sup>34</sup>. Das Problem von sich widersprechenden Entscheidungen solle vielmehr über Anerkennungsfragen zu lösen sein. Ferner will man mit einem *argumentum e contrario* darauf schließen, dass eine Beachtlichkeit ausländischer Rechtshängigkeit in Ermangelung einer expliziten Regelung zu verneinen ist. Der Wortlaut des § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO ist jedoch nicht auf die inländische Rechtshängigkeit beschränkt, weshalb eine anderweitige Regelung vorliegen könnte. Des Weiteren hält die hM<sup>35</sup> dieser Ansicht entgegen, dass die Unbeachtlichkeit ausländischer Rechtshängigkeit zu sich widersprechenden Entscheidungen führen würde. Ferner sei auch die Gerichtstätigkeit ausländischer Gerichte grundsätzlich derjenigen innerstaatlicher Gerichte gleichzusetzen<sup>36</sup>. Herauslesen könne man dies aus § 328 ZPO, der ausländische Gerichtsentscheidungen unter bestimmten Voraussetzungen für anerkennungs-fähig erklärt. Wenn bereits abgeschlossene ausländische Verfahren im Inland anerkennungs-fähig seien und durch die *res iudicata*-Wirkung damit einem Zweitprozess im Inland entgegenstünden, dann müsse dies *argumentum a fortiori* auch für noch nicht abgeschlossene Verfahren gelten<sup>37</sup>. Dies ist konsequent und fördert die Verhinderung der doppelten Inanspruchnahme der Gerichte. Beispielsweise muss ein deutsches Gericht kurz vor Urteilsfindung eine Klage als unzulässig abweisen, wenn ein Verfahren über denselben Streitgegenstand durch gem. § 328 I ZPO anzuerkennendes Urteil vor einem ausländischen Gericht mit schnellerem Prozessrecht kurz zuvor abgeschlossen wird, da somit die *res iudicata*-Wirkung einsetzt. Die Beachtung der ausländischen anderweitigen Rechtshängigkeit verhindert dies und trägt damit entschieden zur Prozessökonomie bei. Darüber hinaus ergäben sich bei Nichtbeachtung der ausländischen Rechtshängigkeit verstärkt Anreize zu einem sog. *race to the courthouse*. Die Parteien wären bestrebt den Prozess möglichst rasch in dem ihnen günstigen Forum voranzutreiben und abzuschließen. Neben der Gefahr der doppelten Inanspruchnahme der Gerichte ergäbe sich damit auch die Möglichkeit zu *forum shopping*, was wiederum erhebliche Probleme mit sich bringen kann<sup>38</sup>. Überzeugender ist es daher, mit der herrschenden Meinung ausländische anderweitige Rechtshängigkeit grundsätzlich gem. § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO zu beachten.

## II. Voraussetzungen des § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO

Fraglich bleibt damit aber, unter welchen Voraussetzungen die Rechtshängigkeitssperre eintritt. Lediglich auf diejenigen Voraussetzungen abzustellen, die für Fälle mit reinem Inlandsbezug gelten, würde den Besonderheiten des internationalen Bezuges nicht gerecht werden. Es stellt sich daher die Frage, welche Voraussetzungen des § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO unverändert erfüllt sein müssen, welche möglicherweise noch zusätzlich zu prüfen sind.

### 1. Parteiidentität

Auch bei der Beachtung ausländischer Rechtshängigkeit ist die Identität der Parteien Voraussetzung. Hier ergeben sich keine Gesichtspunkte, die eine Abweichung erforderlich machen oder legitimieren könnten.

### 2. Identität des Streitgegenstandes

Anders verhält es sich jedoch mit der Frage, wann eine Identität des Streitgegenstandes anzunehmen ist. Hier kann es nicht bei

der Beurteilung des strengen zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriffs<sup>39</sup> bleiben, der grundsätzlich im internen Recht zugrundegelegt wird. Zwar ist auch bereits bei der Beachtung der Rechtshängigkeit vor inländischen Gerichten maßgebend für das Vorliegen desselben Streitgegenstandes, dass es sich bei dem Rechtsschutzbegehren und dem dazugehörigen Lebenssachverhalt nach sachgerechter Betrachtung um dasselbe Begehren beziehungsweise das kontradiktorische Gegenteil handelt<sup>40</sup> (s. o.), es also auf eine genaue Wortlautübereinstimmung der Anträge dabei nicht ankommt, die Diskussion um die ausländische Rechtshängigkeit wird aber zunehmend von der oben bereits erwähnten Kernpunktrechtsprechung des EuGH beeinflusst<sup>41</sup>.

Grund für diese Tendenz zu einer weiten Fassung des Streitgegenstandsbegriffes ist, dass sich der Streitgegenstand bei internationalen Fällen vorwiegend durch das materielle Recht des jeweiligen Staates bestimmt. Dieses ist meist nicht deckungsgleich mit dem deutschen System ausgestaltet. Es kann sich damit im Kern durchaus um dasselbe Rechtsschutzbegehren handeln, obwohl der Wortlaut der Anträge völlig unterschiedlich sein mag. Um eine doppelte Beanspruchung der Gerichte zu vermeiden und das Ziel des internationalen Entscheidungseinklanges zu fördern, gebietet sich somit eine weitere Fassung des Streitgegenstandsbegriffs. Dazu folgender

**Beispielsfall 4:** M und F sind marokkanische Staatsbürger mit gewöhnlichem Aufenthalt in Marokko. M will sich von F trennen und ersucht den zuständigen Richter um die Erlaubnis den Talaq (Verstoßung) durch die dafür zuständigen Adoulen (Zeugen) beurkunden zu lassen, vgl. Art. 79, 87 Marokkanisches Familiengesetzbuch (La Moudawana). Zu einer Aufhebung der Ehe kommt es jedoch noch nicht, da der gem. Art. 81 Marokkanisches Familiengesetzbuch anzuberaumende Gütertermin noch nicht stattgefunden hat. Wenige Tage später erhebt der inzwischen nach Deutschland zurückgekehrte M, der auch die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, vor dem zuständigen Familiengericht Scheidungsklage.

Fraglich ist, ob es sich bei beiden Anträgen um denselben Streitgegenstand handelt. Bei der deutschen Scheidung handelt es sich um eine gerichtliche Scheidung, vgl. § 1564 S. 1 BGB, das Urteil scheidet die Ehe somit konstitutiv. Die Talaq-Scheidung nach marokkanischem Recht ist nach der Familienrechtsreform 2004 ebenfalls als gerichtliche Scheidung ausgestaltet<sup>42</sup>. Somit liegt Nämlichkeit des Streitgegenstandes vor. Noch vor der Familienrechtsreform handelte es sich bei der Talaq-Scheidung jedoch um eine Privatscheidung<sup>43</sup>, bei der das Gericht durch Erlaubniserteilung und Eintragung der Scheidung in ein betreffendes Register lediglich mitgewirkt hat<sup>44</sup>. Insoweit hätte man

- 33 Für Seerechtssachen enthält § 738 a HGB eine ausdrückliche Regelung.  
 34 SCHÜTZE, DIZPR, 2. Aufl. 2005, S. 213 ff.  
 35 RGZ 49, 430; RGZ 158, 145; BGH, NJW 1958, 103; NJW 1961, 124; FamRZ 1982, 917; NJW 1986, 2195; NJW 1987, 3083; MUSIELAK/FOERSTE, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 261 Rdn. 5; ZÖLLER/GREGER, ZPO, 26. Aufl. 2007 § 261 Rdn. 3; MünchKomm-ZPO/LÜKE, 3. Aufl. 2008, § 264 Rdn. 64; ZÖLLER/GEIMER, ZPO, »IZPR« Rdn. 96 ff.  
 36 SCHACK, IZVR, 4. Aufl. 2006, Rdn. 747.  
 37 GEIMER, IZPR, 5. Aufl. 2005, Rdn. 2686; SCHACK, IZVR, Rdn. 747.  
 38 KROPHOLLER, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 635 ff.  
 39 Vgl. COESTER-WALTJEN/MÄSCH, Übungen in IPR und Rechtsvergleichung, S. 187 ff.; vgl. auch zu Get-Scheidung und gerichtlicher Scheidung nach deutschem Recht hinsichtlich der Streitgegenstandsidentität BGH NJW-RR 2008, 1169 Rdn. 28, die Frage offen lassend.  
 40 ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, ZPO, § 92 Rdn. 23.  
 41 Siehe zur Anwendung der »Kernpunktrechtsprechung« im autonomen deutschen Recht nun OLG Schleswig, SchlHA 2007, 380 dort Rdn. 43.  
 42 WEINGARTNER, Family Law & Reform in Morocco – The *Mudawana*: Modernist Islam and Women's Rights in the Code of Personal Status, 82 (2005) University of Detroit Mercy Law Review, 687 ff. (701).  
 43 WEINGARTNER, a. a. O., S. 695.  
 44 Zur Get-Scheidung vgl. COESTER-WALTJEN/MÄSCH, Übungen in IPR und Rechtsvergleichung, S. 193 ff.

vor 2004 damit an der Nämlichkeit der Streitgegenstände zweifeln können. Jedoch musste man bereits damals von Streitgegenstandsidentität ausgehen, da nach überwiegender Ansicht zum Streitgegenstandsbegriff nicht am Wortlaut der Anträge zu haften ist. Vielmehr kommt es darauf an, ob es im Kern der Sache, nach sachgerechter Auslegung der Parteianträge, um dasselbe geht. Sowohl bei der deutschen Scheidung als auch beim marokkanischen Talaq ging es bereits vor 2004 im Kern um die Scheidung der Ehe. Irrelevant war dabei, ob sich der Parteiantrag auf Erlaubniserteilung und Eintragung der Scheidung oder auf konstitutive Scheidung durch das Gericht richtete.

Wie die Identität des Streitgegenstandes zu ermitteln ist, ist umstritten. Nach teilweise vertretener Ansicht wird dabei in drei Schritten vorgegangen. Zunächst wird der (1) *Streitgegenstand des ausländischen Verfahrens nach dessen lex fori* festgestellt, in Schritt zwei wird der (2) *Streitgegenstand nach inländischem Recht ermittelt* und letztlich in einer (3) *Gegenüberstellung beider Streitgegenstände* verglichen<sup>45</sup>. Stimmen die Ergebnisse von Schritt 1 und 2 überein, so ist Identität der Streitgegenstände gegeben. Mit diesem Vorgehen sind zwei grundlegende Nachteile verbunden. Zum einen müssen das ausländische Prozessrecht und die – oftmals stark abweichenden – Streitgegenstandskonzeptionen korrekt ermittelt werden, was meist mit erhöhten Kosten verbunden ist. Zum anderen ist die Durchführung dieser Methode recht zeitaufwendig und steht somit in Widerspruch zu einem prozessökonomischen Verfahrensablauf. Heiderhoff<sup>46</sup> schlägt daher eine funktionale Ermittlung des eigentlichen Gegenstandes des betreffenden Streits vor. Dabei soll – wenn auch nicht völlig vom ausländischen Prozessrecht loslösbar – ermittelt werden, um was es im Kern der Sache geht. Stimmt dies mit dem Streitgegenstand des deutschen Verfahrens überein, so liegt Streitgegenstandsidentität vor. Dies entspricht dem Verständnis des weiteren Streitgegenstandsbegriffs im autonomen deutschen Recht für Fälle mit Auslandsbezug und ist somit stringente Folge dieser Konzeption.

### 3. Rechtshängigkeit vor einem anderen Gericht

Des Weiteren ist Voraussetzung des Litispendenzinwandes, dass die Rechtssache bereits bei einem anderen Gericht rechtshängig geworden ist. Auch hier ergeben sich in internationalen Fällen Sonderkonstellationen, denen durch Modifikation der deutschen Rechtsbegriffe Rechnung zu tragen ist.

#### a) Anforderungen an das Gericht

Fraglich ist zunächst, welche Anforderungen an ausländische Gerichte zu stellen sind. Auch hier divergieren die Rechtssysteme anderer Staaten und das deutsche System. Beispielsweise könnte sich die Konstellation ergeben, dass eine Scheidungssache sowohl vor einem deutschen Familiengericht als auch vor einem kanonischen Gericht in Italien anhängig ist. Bei einem kanonischen Gericht handelt es sich um ein religiöses Gericht, nicht um ein staatliches. Die Voraussetzungen, die Art. 92 GG an ein staatliches Gericht stellt, sind damit nicht erfüllt. Prinzipiell kann bzgl. der Gerichtsdefinition nichts anderes gelten als bezüglich des Streitgegenstandsbegriffs dargelegt wurde. Sinn und Zweck der Regelung des § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO ist es zu verhindern, dass Gerichte doppelt in Anspruch genommen werden und somit divergierende Entscheidungen entstehen. Um dies zu gewährleisten, sind auch bei der Gerichtsdefinition andere Maßstäbe anzulegen als in innerstaatlichen Fällen. Ausreichend ist, dass eine mit *staatlicher Autorität versehene Stelle* handelt, die *befugt, ist über Rechtsstreitigkeiten abschließend zu entscheiden*<sup>47</sup>. Dies kann grundsätzlich auch bei einem religiösen Gericht der Fall sein<sup>48</sup>, sofern die staatliche Autorität die Urteile mit weltlicher Wirkung versehen hat. Im Falle des kanonischen Gerichts in Italien ist dies jedoch zu verneinen; die abschließende Entscheidung über die Aufhebung der Ehe wird erst durch das ita-

lienische (staatliche) Delibationsurteil gefällt<sup>49</sup>, das kanonische Gericht ist somit nicht zur abschließenden Entscheidung des Rechtsstreits befugt.

Vereinzelte wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass auch die justizförmige Ausgestaltung des Verfahrens und die Gewährung rechtlichen Gehörs entscheidend sind für die Frage, ob ein Gericht i. S. d. § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO gegeben ist<sup>50</sup>. Die Gewährung rechtlichen Gehörs und die Justizförmigkeit des Verfahrens sind jedoch für die Frage, ob man von einem Gericht sprechen kann, irrelevant; diese Gesichtspunkte gewinnen Bedeutung erst bei der Feststellung der Anerkennungsprognose.

#### b) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Rechtshängigkeit

Wann die Rechtshängigkeit vor dem ausländischen Gericht eintritt, bestimmt sich nach der wohl überwiegenden Meinung nach dessen *lex fori*<sup>51</sup>. In Beispielsfall 4 ist somit der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit vor dem marokkanischen Gericht nach marokkanischem Verfahrensrecht zu beurteilen. Diese Meinung ist allerdings nicht unproblematisch. Wenn nämlich nach der ausländischen *lex fori* die Rechtshängigkeit bereits mit Eingang der Klageschrift bei Gericht<sup>52</sup> oder mit einer vor Anrufung des Gerichts erfolgten Zustellung im Parteibetrieb eintritt<sup>53</sup>, während im deutschen Recht Eingang bei Gericht und anschließende Zustellung an den Beklagten erforderlich sind (s. o.), so kann möglicherweise das ausländische Verfahren als früher rechtshängig geworden einzuordnen sein, obwohl der Kläger des deutschen Verfahrens früher tätig geworden ist als der Kläger im ausländischen Verfahren. Aus dem *race to the courthouse* wird somit trotz Beachtung der ausländischen Rechtshängigkeit ein »*race to file*«. Deshalb sprechen sich verschiedene Autoren für eine anderweitige Bestimmung der Priorität aus, beispielsweise durch eine Doppelqualifikation<sup>54</sup> oder durch Vergleich des Verfahrensstandes<sup>55</sup>.

### 4. Internationale Zuständigkeit des ausländischen Gerichts nach dessen *lex fori*

In der Diskussion ist auch, ob die internationale Zuständigkeit des ausländischen Gerichts<sup>56</sup> und die Verbürgung der Gegenseitigkeit<sup>57</sup> Voraussetzungen des Rechtshängigkeitseinwandes darstellen. Dagegen wird eingewandt, dass diese Gesichtspunkte ohnehin in der Anerkennungsprognose zu prüfen sein können<sup>58</sup>. Coester-Waltjen<sup>59</sup> hält dem zu Recht entgegen, dass zwar im Rahmen der Anerkennungsprognose nach dem *Spiegelbildprinzip* (also nach dem deutschen Zuständigkeitsrecht) die Zustän-

45 Siehe beispielsweise SONNENBERGER, IPRax 1992, 154 (155).

46 HEIDERHOFF, Die Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit in Ehescheidungsverfahren, 1998, S. 216.

47 BGHZ 20, 323, 329.

48 STAUDINGER/SPELLENBERG, Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen, 2005, § 328 ZPO Rdn. 211 m. w. N.

49 GEIMER, IZPR, ebenda, sowie STAUDINGER/SPELLENBERG, Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen, 2005, § 328 Rdn. 214.

50 NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 11 Rdn. 141.

51 BÄUMER, Die ausländische Rechtshängigkeit und ihre Auswirkungen auf das internationale Zivilverfahrensrecht 1999, S. 180, 240. Zum Sonderproblem, wann die Rechtshängigkeit einer Scheidungsfolgensache eintritt, wenn im ausländischen Verfahren ein automatischer Verbund besteht vgl. LINKE, IPRax 1992, 159.

52 So z. B. in vielen US-Bundesstaaten.

53 So beispielsweise im französischen Recht, siehe Beispielsfall 2.

54 LINKE, IPRax 1982, 229.

55 GEIMER, IZPR, 2699 ff.

56 MUSIELAK/FOERSTE, ZPO, § 261 Rdn. 5; OLG Celle IPRax 1994, 209.

57 Dies insbesondere in Anlehnung an § 738 a HGB, vgl. GEIMER, NJW 1984, 527; heute allerdings nicht mehr bezüglich der Gegenseitigkeit, vgl. GEIMER, IZPR, Rdn. 2706.

58 RAUSCHER, IPRax 1994, 188.

59 COESTER-WALTJEN/MÄSCH, Übungen in IPR und Rechtsvergleichung, S. 189 dort Fn. 23.

digkeit der ausländischen Gerichte geprüft werde, es aber bereits für den Rechtshängigkeitseinwand bedeutsam sein kann, ob das ausländische Gericht nach seiner *lex fori* international zuständig ist. Sofern dies nicht der Fall ist, ist ohnehin lediglich ein Prozessurteil zu erwarten. Es macht daher keinen Sinn das deutsche Verfahren zu beenden. Vielmehr würde dies zu einer Rechtsschutzverkürzung führen. Die internationale Zuständigkeit des ausländischen Gerichts nach seiner *lex fori* ist daher ebenfalls Voraussetzung des Rechtshängigkeitseinwandes<sup>60</sup>.

### 5. Anerkennungsprognose

Wenn man die Beachtlichkeit ausländischer Rechtshängigkeit mit dem Verweis auf § 328 ZPO begründet, ist es folgerichtig, die Beachtung der ausländischen Rechtshängigkeit von einer Anerkennungsprognose abhängig zu machen<sup>61</sup>. Steht von vornherein fest, dass dem ausländischen Urteil die Anerkennung zu versagen ist, so macht es auch keinen Sinn die Rechtshängigkeit zu beachten, da dann die *res iudicata*-Wirkung nicht eintritt und das ausländische Urteil einem inländischen nicht entgegensteht. Je nach Sachverhaltskonstellation sind verschiedene Vorschriften heranzuziehen.

#### a) Anerkennung ausländischer Urteile nach § 328 ZPO

§ 328 Abs. 1 ZPO setzt zu allererst voraus, dass eine (1) *wirksame gerichtliche Sachentscheidung* vorliegt. Nicht ausreichend ist es, wenn lediglich ein Prozessurteil gegeben, beziehungsweise bei der Anerkennungsprognose zu erwarten ist. Dabei fallen unter den Anwendungsbereich des § 328 ZPO alle gerichtlichen Entscheidungen, die einen Rechtsstreit zwischen Parteien aufgrund eines justizförmig gestalteten Verfahrens in der Sache rechtskräftig entscheiden oder auf diese gestaltend einwirken<sup>62</sup>. Anerkennungsfähig sind damit auch klagabweisende Urteile, Entscheidungen, die in einem summarischen Verfahren oder in einem Verfahren ohne Beweiserhebung ergangen sind, Versäumnis-, Anerkenntnis- sowie (rechtskraftfähige) Vorbehaltsurteile<sup>63</sup>. Nicht anerkennungsfähig sind hingegen Prozessurteile<sup>64</sup>, denn die Feststellung des Fehlens von Prozessvoraussetzungen oder des Vorhandenseins von Prozesshindernissen kann Wirkungen immer nur innerhalb des Gerichtsbereichs der jeweiligen Prozessordnung entfalten; eine Wirkungserstreckung (= Anerkennung) kommt daher nicht in Betracht. Ein ausländisches Urteil, das in seinem Ursprungsstaat unwirksam ist, kann logischerweise ebenfalls keine Wirkungen in anderen Staaten entfalten. Ein nicht wirksames Urteil ist daher auch nicht anerkennungsfähig.

Eine Gerichtliche Entscheidung liegt vor, wenn ein mit *staatlicher Autorität versehener Spruchkörper* entschieden hat, *der nach seiner lex fori privatrechtliche Streitigkeiten entscheiden kann*. Für den Fall der Anhängigkeit bei einem religiösen Gericht kommt es darauf an, ob seinem Urteil Wirkung nach staatlichem Recht zukommt.

Umstritten ist, ob auch Entscheidungen von Verwaltungsbehörden in den Anwendungsbereich des § 328 ZPO fallen<sup>65</sup>. Nach § 42 des dänischen Ehegesetzes wird beispielsweise eine Ehe durch Administrativakt geschieden. *Spellenberg*<sup>66</sup> will auf diese Entscheidung § 328 ZPO anwenden, da aus deutscher Sicht die Ehescheidung ein gerichtlicher Akt ist. Dagegen spricht allerdings, dass es bei einer Administrativscheidung, anders als bei einer gerichtlichen Scheidung, meist an der Unabhängigkeit des Verwaltungsbeamten und darüber hinaus auch an einem prozessförmig ausgestalteten Verfahren fehlen wird<sup>67</sup>. § 328 ZPO passt daher hier von seiner Grundkonzeption schon nicht. Die hM<sup>68</sup> will allerdings § 328 ZPO jedenfalls dann heranziehen, wenn die Administrativscheidung in einem rechtlich geordneten, prozessförmigen Verfahren erlassen wurde. Sofern dies jedoch nicht der Fall ist, ist Art. 17 EGBGB heranzuziehen und nach dem anwendbaren Sachrecht zu entscheiden, ob die erfolgte Scheidung als wirksam anzuerkennen ist.

Des Weiteren muss (2) *das ausländische Gericht nach spiegelbildlicher Anwendung der deutschen Vorschriften über die gerichtliche Zuständigkeit international zuständig sein*<sup>69</sup>, § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Dabei werden die deutschen Vorschriften wie mit einer Schablone auf das ausländische Gericht angewandt. Dazu folgender

**Beispielsfall 5:** Der Mexikaner M und die Deutsche F sind Ehegatten und haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Mexiko. Dort erhebt M Scheidungsklage gegen F. F erhebt unmittelbar nach ihrer Rückkehr nach Deutschland ebenfalls Scheidungsklage bei dem zuständigen deutschen Familiengericht.

**Lösung:** Für die Anerkennungsprognose müsste das mexikanische Gericht international zuständig gewesen sein. Dies beurteilt sich nach der spiegelbildlichen Anwendung der deutschen Zuständigkeitsregelungen. Nach spiegelbildlicher Anwendung des § 606 a Abs. 1 Nr. 1 ZPO<sup>70</sup> sind die mexikanischen Gerichte international zuständig, da M die Staatsangehörigkeit Mexikos besitzt.

In vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist zu beachten, dass auch ein an sich unzuständiges Gericht über eine *rügelose Einlassung* nach § 39 ZPO international zuständig werden kann<sup>71</sup>.

60 Diese Frage ließe sich teilweise auch im Rahmen der Anerkennungsprognose abhandeln, da es im Falle eines Prozessurteils an einer anerkennungsfähigen Entscheidung des ausländischen Gerichts fehlen würde. Das gleiche gilt, wenn die dennoch ergangene Entscheidung in ihrem Ursprungsstaat als nicht wirksam eingeordnet wurde. Eine solche Prüfung wäre allerdings verschachtelt und unübersichtlich. Für die Klausur sollte man einen derartigen Aufbau daher vermeiden. Näher zu der Problematik COSTER-WALTJEN, FS für Buxbaum, 2000, S. 101.

61 GEIMER, IZPR, Rdn. 2688.

62 GEIMER, IZPR, Rdn. 2853.

63 Siehe Nachweise bei GEIMER, IZPR, Rdn. 2854 ff.

64 BGH NJW 1985, 552 (553).

65 Dagegen beispielsweise GEIMER, IZPR, Rdn. 2872.

66 STAUDINGER/SPELLENBERG, Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen, § 328 Rdn. 219; in den Mitgliedstaaten der EU werden dänische Administrativscheidungen in Ehe- und Sorgerechtsachen nach der Brüssel II a VO anerkannt.

67 NAGEL/GOTTWALD, IZPR, § 11 Rdn. 32.

68 Vgl. Nachweise bei STAUDINGER/SPELLENBERG, Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen, § 328 Rdn. 218.

69 GEIMER, IZPR, Rdn. 2896.

70 Entspricht § 98 Abs. 1 Nr. 1 FamFG. Mit dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) hat der Gesetzgeber das gerichtliche Verfahren in Familiensachen grundlegend reformiert. Das Gesetz soll am 1.9.2009 in Kraft treten.

Fräglich ist in diesem Zusammenhang auch der Weg über den man fortan zur Anwendung des § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO in Ehesachen gelangen wird, eine eigenständige Regelung der anderweitigen (ausländischen) Rechtshängigkeit enthält das FamFG nämlich nicht. Möglich erscheint hier die Regelung des § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG heranzuziehen, der für Ehesachen und Familienstreitsachen auf die Anwendbarkeit der Allgemeinen Vorschriften der ZPO und die in der ZPO enthaltenen Vorschriften über das Verfahren vor den Landgerichten, somit auch auf § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO, verweist. Die vielen Einzelverweisungen, die das FamFG beispielsweise in §§ 117 Abs. 5, 123, 124 enthält, sprechen jedoch gegen eine Auslegung des § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG als Generalverweis. Ebenso die Begründung des Entwurfs zu § 113 Abs. 1 scheint zu demselben Resultat zu führen. Dort heißt es, dass die Vorschriften der ZPO anstelle der »entsprechenden, ausdrücklich genannten« Vorschriften treten. Verstünde man dies als Verweis auf § 113 Abs. 1 S. 1 FamFG, wäre eine direkte Anwendung des § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO ausgeschlossen, da die Regelungsmaterie in den in § 113 Abs. 1 S. 1 FamFG genannten Vorschriften keine Entsprechung findet.

Die Gesetzesbegründung geht jedoch in § 123 FamFG von einer generellen Geltung des § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO aus. Auch die Behauptung der bisherigen, streitigen Natur der Ehesachen, vgl. die Begründung zu § 121 FamFG, macht eine Beachtung der anderweitigen Rechtshängigkeit notwendig. § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG muss daher als Verweis in weiterem Sinne verstanden werden, der die Anwendbarkeit des § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO, unabhängig von den Regelungsmaterien des § 113 Abs. 1 S. 1 FamFG, umfasst. Eine anderweitige (ausländische) Rechtshängigkeit ist somit auch mit in Kraft treten des FamFG in Ehesachen beachtlich.

71 MUSIELAK/STADLER, ZPO, § 328 Rdn. 11.

Die Anerkennung gem. § 328 Abs. 1 Nr. 2 ZPO muss auf die Rüge des Beklagten (nicht von Amts wegen) jedoch dann versagt werden, wenn (3) *das verfahrenseinleitende Schriftstück dem Beklagten, der sich nicht auf das Verfahren eingelassen hat, nicht ordnungsgemäß oder nicht rechtzeitig zugestellt wurde*. Die Ratio dieser Regelung ist, dass dem Beklagten rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) und damit eine ordnungsgemäße Verteidigungsmöglichkeit gesichert wird<sup>72</sup>. Hat sich der Beklagte hingegen auf das Verfahren eingelassen, entfällt seine Schutzbedürftigkeit und § 328 Abs. 1 Nr. 2 scheidet als Anerkennungshindernis aus. Ob ein Schriftstück ordnungsgemäß zugestellt wurde, richtet sich nach der *lex fori* des ausländischen Gerichts<sup>73</sup>. Die Rechtzeitigkeit ist nach deutschem Recht unter Berücksichtigung des Auslandsbezugs zu beurteilen. Wurde der Zugang bewusst vereitelt, so gilt das Schriftstück als ordnungsgemäß zugestellt<sup>74</sup>.

Ferner muss die Anerkennungsprognose negativ ausfallen, wenn (4) *die zu erwartende Entscheidung mit einem bereits erlassenen deutschen oder anerkennenden ausländischen Urteil oder einem früher hier rechtshängig gewordenen Verfahren unvereinbar ist*, § 328 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. Das ist immer dann der Fall, wenn die bereits vorhandene Entscheidung denselben Streitgegenstand oder präjudizielle Feststellungen betrifft; letzteres ist beispielsweise dann gegeben, wenn das anzuerkennende Urteil A eine Schadensersatzpflicht gegenüber B aus einem Vertrag gewährt, das inländische Urteil aber bereits festgestellt hat, dass ein Vertrag zwischen A und B nicht besteht<sup>75</sup>.

Schließlich darf (5) *die zu erwartende Entscheidung nicht gegen den deutschen ordre public* verstoßen, § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO. Dabei ist hier sowohl ein Verstoß gegen materiellrechtliche als auch gegen verfahrensrechtliche Grundsätze zu beachten<sup>76</sup>. Maßstab für die Feststellung eines Verstoßes ist die Werteordnung des deutschen Rechts. Grundlegende Bedeutung kommt damit der Prüfung der Grundrechte zu, die durch die zu erwartende ausländische Entscheidung zumindest in ihrem Wesensgehalt unangetastet bleiben müssen<sup>77</sup>. Die Achtung der staatlichen Souveränität verbietet jedoch eine *révision au fond*<sup>78</sup>, weshalb ein *ordre public*-Vorbehalt als Ausnahmeregelung nur dann eingreifen kann, wenn das betreffende ausländische Urteil mit den Grundgedanken des deutschen Rechts in so starkem Widerspruch steht, dass eine Anerkennung nach deutscher Vorstellung untragbar ist<sup>79</sup>. Von einem verfahrensrechtlichen Verstoß kann man beispielsweise bei Nichtgewährung rechtlichen Gehörs ausgehen oder wenn es dem ausländischen Gericht an Unabhängigkeit oder Überparteilichkeit mangelt<sup>80</sup>. Nicht jedoch dann, wenn das ausländische Gericht ausschließlich mit Laienrichtern besetzt ist<sup>81</sup>. Auch eine mündliche Verhandlung ist nicht zwingend erforderlich<sup>82</sup>. Entscheidungen korrupter und befangener Richter werden hingegen nicht anerkannt, Voraussetzung dafür ist nach überwiegender Ansicht jedoch, dass die betreffende Partei auch alle Rechtsbehelfsmöglichkeiten im Urteilsstaat ausgeschöpft hat<sup>83</sup>. Materiellrechtlich gegen den *ordre public*-Vorbehalt verstößt beispielsweise die Haftung für Personenschäden einer nach §§ 104 ff. SGB VII von der Haftung freigestellten Person<sup>84</sup>. Eine abstrakte Schadensberechnung fällt hingegen grundsätzlich nicht unter den *ordre public*-Vorbehalt<sup>85</sup>. Ob auch überhöhte Ansprüche auf Schmerzensgeldzahlung i. S. v. *punitive damages* unter den *ordre public*-Vorbehalt fallen, muss je nach Einzelfall entschieden werden, gegebenenfalls ist die Höhe des Schadensersatzes auf das nach deutschem Recht erträgliche Maß zu reduzieren<sup>86</sup>. Sofern das Urteil hinreichende Nachweise für nicht schon anderweitig abgegoltene, schlecht nachweisbare Nachteile wirtschaftlicher Art enthält, die pauschal ausgeglichen werden sollen oder wenn etwa wirtschaftliche Gewinne des Schädigers, die aus einer unerlaubten Handlung herrühren, abzuschöpfen sind, kann es jedoch bei einer vollen Anerkennung bleiben<sup>87</sup>. Entscheidend ist, dass das Ausgleichsprinzip, das im deutschen Schadensersatzrecht vorherrschend ist, im Ergebnis den Strafcharakter überwiegt.

Schließlich verlangt § 328 Abs. 1 Nr. 5 ZPO (6) *die Verbürgung der Gegenseitigkeit*. Gemeint ist dabei, dass die Möglichkeit der Anerkennung und Vollstreckung eines entsprechenden deutschen Urteils im Ausland nicht ausnahmslos schlechter ausgestaltet sein darf als dies umgekehrt für Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile in Deutschland der Fall ist<sup>88</sup>. Eine komplett reziproke Verbürgung *expressis verbis* ist dabei jedoch nicht zu fordern<sup>89</sup> es genügt, wenn der Urteilsstaat in seiner tatsächlichen Rechtspraxis im Wesentlichen gleichwertige Bedingungen für die Anerkennung und Vollstreckung eines deutschen Urteils schafft<sup>90</sup>. Gegenseitigkeit ist beispielsweise dann zu verneinen, wenn durch den ausländischen Staat eine *révision au fond* durchgeführt wird<sup>91</sup>. Heute ist die Verbürgung der Gegenseitigkeit in der Regel gegeben.

Wichtig ist anzumerken, dass § 328 Abs. 2 auf das Erfordernis der Verbürgung der Gegenseitigkeit für diejenigen Urteile verzichtet, die einen nichtvermögensrechtlichen Anspruch zum Gegenstand haben und für die nach deutschen Gesetzen ein Gerichtsstand im Inland nicht begründet war. Ebenfalls sind Kindschafts- (§ 640 ZPO) und Lebenspartnerschaftssachen nach § 661 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ZPO ausgenommen.

Eine Besonderheit für Ehesachen regelt Art. 7 § 1 Abs. 1 S. 1 FamRÄndG, der für Anerkennungen von ausländischen Ehescheidungen ein förmliches Anerkennungsverfahren der zuständigen Landesjustizverwaltung vorschreibt<sup>92</sup>. Ausgenommen sind lediglich die Fälle, in denen beide Ehegatten zu der Zeit der Entscheidung dem Staat, dessen Gericht oder Behörde entschieden hat angehört, S. 3. Die Anerkennung vollzieht sich durch Justizverwaltungsakt. Nach S. 2 der Vorschrift wird die Verbürgung der Gegenseitigkeit ebenfalls nicht vorausgesetzt<sup>93</sup>.

Art. 7 § 1 Abs. 1 S. 1 FamRÄndG gilt auch für Privatscheidungen, bei denen zwingend eine Behörde oder ein Gericht mitgewirkt hat<sup>94</sup>. Ob auch reine Privatscheidungen hierunter fallen ist allerdings umstritten<sup>95</sup>. Ungeachtet der Monopolstellung der Landesjustizverwaltungen zur Anerkennung von Ehescheidun-

72 Näher dazu ZÖLLER/GEIMER, ZPO, § 328 Rdn. 153 ff.

73 Kritisch hierzu MUSIELAK/STADLER, ZPO, § 328 Rdn. 15.

74 OLG Zweibrücken FamRZ 2005, 997.

75 Zu weiteren Beispielen vgl. BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, ZPO, § 328 Rdn. 26 ff.

76 BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, ZPO, § 328 Rdn. 30.

77 ZÖLLER/GEIMER, ZPO, § 328 Rdn. 152, 153.

78 GEIMER, IPRax 1998, 175. Unter *révision au fond* versteht man die Überprüfung eines anzuerkennenden Urteils auf seine sachliche Richtigkeit im Rahmen der Anerkennung.

79 MUSIELAK/STADLER, ZPO, § 328 Rdn. 23.

80 ZÖLLER/GEIMER, ZPO, § 328 Rdn. 155 c.

81 MUSIELAK/STADLER, ZPO, § 328 Rdn. 26 f.

82 BGH NJW 99, 3189.

83 ZÖLLER/GEIMER, ZPO, § 328 Rdn. 155 b, BGH FamRZ 90, 869, a. A. MUSIELAK/STADLER, ZPO, § 328 Rdn. 29.

84 BGHZ 123, 268.

85 BGH NJW-RR 2000, 1372.

86 BGH NJW 92, 3096 (3100 f.) mit Anmerkung KOCH, S. 3073, sowie ZÖLLER/GEIMER, ZPO, § 328 Rdn. 169 b.

87 So ZÖLLER/GEIMER, ZPO, § 328 Rdn. 169 b; kritisch zu der Thematik MUSIELAK/STADLER, ZPO, § 328 Rdn. 25.

88 BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, ZPO, § 328 Rdn. 46.

89 BGHZ 52, 251.

90 MUSIELAK/STADLER, ZPO, § 328 Rdn. 30.

91 BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, ZPO, § 328 Rdn. 47.

92 JAYME/HAUSMANN, Nr. 191; die Regelung ist in § 107 FamFG übernommen worden.

93 Auch mit in Kraft treten des FamFG wird sich hieran nichts ändern, § 109 Abs. 1 FamFG sieht keine entsprechende Voraussetzung der Verbürgung der Gegenseitigkeit vor. Kritisch zu der Beibehaltung des Anerkennungsverfahrens ANDRAE/HEIDRICH, FPR 2006, 222 ff.

94 STAUDINGER/SPELLENBERG, Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen, Art. 7 § 1 FamRÄndG Rdn. 31.

95 Zum Streit, vgl. COESTER-WALTJEN/MÄSCH, Übungen in IPR und Rechtsvergleichung, S. 192 f. dort Fn. 30.

gen, muss das Gericht im Rahmen der Anerkennungsprognose bei ausländischer Rechtshängigkeit nicht das Verfahren aussetzen und zunächst eine Prognose der Landesjustizverwaltung zur späteren Anerkennungsfähigkeit der ausländischen Entscheidung einholen. Es kann diese Prognose selbst erstellen.

*b) Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach § 16 a FGG<sup>96</sup>.*

Da § 328 ZPO lediglich Entscheidungen der streitigen Zivilgerichtsbarkeit umfasst, gilt für Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit § 16 a FGG. Dieser setzt im Gegensatz zu § 328 Abs. 1 ZPO keine Verbürgung der Gegenseitigkeit voraus und hat somit einen anerkennungsfreundlicheren Anwendungsbereich. Im Übrigen sind die Anerkennungshindernisse identisch.

*c) Materiellrechtliche Anerkennung*

Für reine Privatrechtsakte (Privatscheidungen, Privatadoptionen, etc.) gelten § 328 ZPO und § 16 a FGG nicht, da es an einer anerkennungsfähigen Entscheidung fehlt. Hier kommt es darauf an, ob der Privatrechtsakt nach dem aus deutscher Sicht anwendbaren Recht wirksam ist. Man spricht daher von einer materiellrechtlichen Anerkennung, die sich nach den Regeln über das Internationale Privatrecht richtet. Die Anerkennungsfähigkeit reiner Privatscheidungen richtet sich beispielsweise nach dem Scheidungsstatut Art. 17 EGBGB<sup>97</sup>.

#### D. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Behandlung der internationalen Rechtshängigkeit eine Reihe von Schwierigkei-

ten aufwirft. Insbesondere hinsichtlich des anwendbaren Rechts ist ein genaues Arbeiten unerlässlich. Von zunehmender Bedeutung sind dabei die europäischen zivilverfahrensrechtlichen Verordnungen, die einschlägige Regelungen dieser Fragen enthalten. Die Behandlung der internationalen Rechtshängigkeit nach autonomem deutschen Recht nach § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO macht einige Modifikationen der Begriffsbildung notwendig. Nicht nur hinsichtlich des Streitgegenstandsbegriffs ist ein großzügiger Maßstab erforderlich, auch die Frage, wann ein Gericht mit einer Sache befasst ist, muss im Hinblick auf die Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen beurteilt werden. Schließlich ist die ausländische Rechtshängigkeit nur dann beachtlich, wenn die zu erwartende Entscheidung in Deutschland auch anerkannt wird. Die Anerkennungsprognose für eine ausländische Entscheidung der streitigen Gerichtsbarkeit beurteilt sich nach § 328 ZPO, Entscheidungen aus dem Bereich der (nach deutschem Recht) freiwilligen Gerichtsbarkeit nach § 16 a FGG. Die Anerkennungsfähigkeit von Privatakten bestimmt sich nach dem auf sie anwendbaren Recht und nicht nach § 328 ZPO oder § 16 a FGG.

<sup>96</sup> Entspricht fortan § 109 FamFG, der sowohl § 16 a FGG, als auch § 328 ZPO für Familiensachen ersetzt. Dem in § 328 ZPO enthaltenen Erfordernis der Verbürgung der Gegenseitigkeit trägt § 109 Abs. 4 FamFG Rechnung.

<sup>97</sup> Dies ist für Privatscheidungen, die unter zwingender Mitwirkung einer staatlichen Stelle, z. B. eines Gerichts vollzogen werden, umstritten. Siehe zum Streitstand ausführlich mit überzeugender Lösung COESTER-WALTJEN/MÄSCH, Übungen in IPR und Rechtsvergleichung, S. 194 f.