

## Verfahrensgang

**KG, Beschl. vom 03.02.2016 – 3 UF 78/15, [IPRspr 2016-275](#)**

## Rechtsgebiete

Verfahren → Berücksichtigung ausländischer Rechtshängigkeit und Rechtskraft  
Ehe und andere familienrechtliche Lebens- und Risikogemeinschaften → Scheidung, Trennung

## Rechtsnormen

EuEheVO 2201/2003 **Art. 3**; EuEheVO 2201/2003 **Art. 16**  
EuGVVO 1215/2012 **Art. 30**; EuGVVO 1215/2012 **Art. 32**  
EUGVVO 44/2001 **Art. 30**  
EuUntVO 4/2009 **Art. 9**  
FamFG **§ 109**; FamFG **§ 113**; FamFG **§ 142**  
HZÜ **Art. 5**  
IPRG (Schweiz) **Art. 9**  
VollstrAbk D-Schweiz **Art. 3**; VollstrAbk D-Schweiz **Art. 4**  
ZPO **§ 148**; ZPO **§ 253**; ZPO **§ 261**; ZPO **§ 328**  
ZPO 2008 (Schweiz) **Art. 138**

## Fundstellen

### Bericht

*Finger*, FamRB, 2016, 253, mit Anm.  
*Hilbig-Lugani*, NZFam, 2016, 384, mit Anm.

### LS und Gründe

FamRZ, 2016, 836, mit Anm. *Geimer*  
IPRax, 2018, 74

### Aufsatz

*Haidmayer*, IPRax, 2018, 35

## Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2016-275>

## Lizenz

Copyright (c) 2024 [Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht](#)



Dieses Werk steht unter der [Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz](#).

./. Janus Versand GmbH, Rs C-27/02, Slg. 2005 I-481 = NJW 2005, 811 Rz. 50). Dagegen sind deliktischer Natur nicht an einen Vertrag anknüpfende Klagen, mit denen eine Schadenshaftung geltend gemacht wird, zu denen auch Unterlassungsklagen zählen (EuGH, Urt. vom 1.10.2002 – Verein für Konsumenteninformation ./. Karl Heinz Henkel, Rs C-167/00, Slg. 2002 I-8111 Rz. 36).

[13] bb) Ausgehend von dieser Rspr. zu der im EuGVÜ und in der EuGVO angelegten Unterscheidung zwischen vertraglichen und deliktischen Ansprüchen (Art. 5 Nrn. 1 und 3 der jeweiligen Verordnungen) können auf einem Vergleich beruhende und damit vertragliche Ansprüche und deliktische markenrechtliche Ansprüche nicht als derselbe Anspruch im Sinne von Art. 27 EuGVO angesehen werden, auch wenn ihnen teilweise dasselbe tatsächliche Geschehen zugrunde liegt.

[14] (1) Zutreffend hat das Berufungsgericht darauf abgestellt, dass die Anspruchsvoraussetzungen für Ansprüche der Kl. aus dem von den Parteien im Jahr 2006 geschlossenen Vergleich und für deliktische Ansprüche der Kl. aus § 14 MarkenG nicht dieselben sind und die jeweiligen Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche ein unterschiedliches Schicksal haben können. So stehen zwischen den Parteien im Brüsseler Verfahren – anders als im Streitfall – der Bestand der Klagemarke 1 und die Verwechslungsgefahr zwischen der Klagemarke 1 und den angegriffenen Taschengestaltungen bei den Jeansmodellen der Bekl. nicht in Streit. Dagegen wird dort über einen Verzicht der Kl. auf ihre Ansprüche aus dem Vergleich gestritten. Dies ist eine Frage, die für den Streitfall ohne Bedeutung ist.

[15] (2) Da die Anspruchsvoraussetzungen in den beiden von der Kl. eingeleiteten Verfahren nicht identisch sind, besteht keine Gefahr, dass vor Gerichten verschiedener Vertragsstaaten Entscheidungen ergehen, die miteinander unvereinbar sind. Zutreffend hat das Berufungsgericht darauf abgestellt, dass der vertragliche Anspruch aus Gründen des Vertragsrechts ein anderes Schicksal haben kann als der deliktische Anspruch, um den es im Streitfall geht. Soweit die Gefahr besteht, dass die Bekl. aufgrund von Handlungen, die sowohl als Verletzung der Pflichten aus dem Vergleichsvertrag als auch als Verletzung der Markenrechte der Kl. angesehen werden können, in beiden Verfahren zum Schadensersatz verurteilt wird, hat das Berufungsgericht zutreffend darauf verwiesen, dass ein in Belgien rechtskräftig zugesprochener Schadensersatzbetrag in Deutschland im Betragsverfahren berücksichtigt werden kann.

[16] e) Die Frage, ob auf demselben tatsächlichen Geschehen beruhende deliktische und vertragliche Ansprüche ‚denselben Anspruch‘ im Sinne von Art. 27 EuGVO darstellen, hat der EuGH bisher nicht entschieden. Es besteht jedoch keine Veranlassung, die Revision mit dem Ziel zuzulassen, diese Frage im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 267 AEUV zu klären. Im Streitfall bestehen keine vernünftigen Zweifel an der Auslegung des Unionsrechts, so dass ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH nicht geboten ist (vgl. EuGH, Urt. vom 6.10.1982 – S.r.l. CILFIT u. Lanificio di Gavardo S.p.A. ./. Ministero della Sanità, Rs C-283/81, Slg. 1982, 3415 = NJW 1983, 1257, 1258).“

**275.** *Die Frage, ob und wann Rechtshängigkeit eingetreten ist, richtet sich außerhalb einschlägiger europäischer Rechtsverordnungen [Art. 16 EuEbeVO, 30 Eu-*

GVO, 32 VO (EU) Nr. 1215/2012, 9 EuUnthVO] nach der *lex fori* des jeweils angerufenen Gerichts.

*Der in Fällen mit Auslandsbezug anzustrebende internationale Entscheidungseinklang und der verfahrensrechtliche Grundsatz der Rechtsklarheit verbieten eine Korrektur dieses Ergebnisses aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit auch dann, wenn die Beachtung des ausländischen Verfahrensrechts dazu führt, dass ein in Deutschland vor dem entsprechenden Antrag im Ausland anhängig gemachter Scheidungsantrag wegen der von Amts wegen zu beachtenden entgegenstehenden Rechtshängigkeit des ausländischen Verfahrens (§ 113 I FamFG in Verbindung mit § 261 III Nr. 1 ZPO analog) unzulässig wird, weil die Zustellung im Ausland erst bewirkt werden kann, nachdem ein konkurrierender Scheidungsantrag bei dem ausländischen Gericht eingereicht wurde (im Anschluss an BGH, 12.2.1992 – XII ZR 25/91<sup>1</sup>, FamRZ 1992, 1058).*

*Aus demselben Grund verbietet sich auch eine analoge Anwendung des Art. 16 EuEheVO oder entsprechender Vorschriften aus anderen EU-Verordnungen [Art. 16 EuEheVO, 30 EuGVO, 32 VO (EU) Nr. 1215/2012, 9 EuUnthVO]. Es ist Sache des Gesetzgebers, im Bereich des autonomen internationalen oder auch des inländischen Verfahrensrechts insoweit für eine Anpassung an europarechtliche Vorschriften zu sorgen.*

KG, Beschl. vom 3.2.2016 – 3 UF 78/15; FamRZ 2016, 836 mit Anm. Geimer; IPRax 2018, 35 Haidmayer; IPRax 2018, 74. Bericht in: FamRB 2016, 253 mit Anm. Finger; NZFam 2016, 384 mit Anm. Hilbig-Lugani.

Beide Eheleute sind deutsche Staatsangehörige und leben in der Schweiz. Sie haben im Februar 1995 vor einem deutschen Standesamt die Ehe miteinander geschlossen. Beide Ehegatten begehren die Scheidung. Sie leben spätestens seit Herbst 2012 dauerhaft voneinander getrennt. Im Januar 2014 nahmen beide Eheleute zwecks einvernehmlichen Regelung der Scheidungsfolgen, wie sie im schweiz. Verfahrensrecht vorgesehen ist, Kontakt zu dem für beide Parteien tätigen RA auf. Im März 2014 teilte der ASt. dem RA jedoch mit, dass er keine weiteren Gespräche wünsche und keine weiteren Kosten tragen werde.

Bereits zuvor, im Februar 2014, hatte der ASt. Antrag auf Scheidung der Ehe und Durchführung des Versorgungsausgleichs beim AG Schöneberg eingereicht. Gleichzeitig hatte er zu den Folgesachen Güterrecht und Nachehelichenunterhalt Stufenanträge auf Auskunft gestellt. Das Kreisgericht St. G. teilte auf das Rechtshilfeersuchen im Juni 2014 mit, dass die Zustellung von Gerichtsdokumenten per Post leider erfolglos geblieben und die Kantonspolizei St. G. daher um polizeiliche Zustellung gebeten worden sei. Auch von dort konnte die Zustellung zunächst nicht erfolgen, weil die AGg. von Mai bis Juli 2014 in ihrem Wohnort St. G. ortsabwesend gemeldet war. Ende August konnte sie bei ihrer neuen Arbeitsstelle ausfindig gemacht werden. Bei einem Anruf der Kantonspolizei im September 2014 teilte sie von dort aus mit, dass ihre Schweizer Anwälte ihr geraten habe, die Annahme der Gerichtsdokumente zu verweigern. Auf Nachfrage des AG Schöneberg im September 2014 bestätigte das Kreisgericht St. G. im September 2014, dass die Zustellung aufgrund des Verhaltens der AGg. nach Art. 138 III lit. b der Schweizer ZPO als am 1.9.2014 erfolgt zu betrachten sei. Die AGg. hat ihrerseits im Juni 2014 Scheidungsklage nebst Folgeanträgen beim Kreisgericht St. G. anhängig gemacht.

Das AG Schöneberg hat den Antrag des ASt. nebst Folgeanträgen als unzulässig verworfen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des ASt.

Aus den Gründen:

„II. Die ... Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Das AG hat zu Recht angenommen, dass dem deutschen Scheidungsverfahren der Einwand der doppelten Rechtshängigkeit gemäß § 261 III Nr. 1 ZPO entgegensteht, und daraus zutreffend die Rechtsfolge abgeleitet, dass Scheidungs- und Folgeanträge

<sup>1</sup> IPRspr. 1992 Nr. 211.

hier insgesamt als unzulässig zurückzuweisen sind. Der Senat hat die Beteiligten dazu mit Hinweis vom 4.11.2015 auf Folgendes hingewiesen:

„Die in jeder Lage des Verfahrens, mithin auch vom BeschwG von Amts wegen zu prüfende internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte (vgl. BGH, FamRZ 2007, 109<sup>2</sup>) ist gegeben. [...] Das ist hier der Fall, weil beide Ehegatten die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen.

Allerdings steht der Durchführung des deutschen Scheidungsverfahrens vorliegend die anderweitige Rechtshängigkeit des von der AGg. in der Schweiz anhängig gemachten Scheidungsverfahrens entgegen. [...] Das Verfahrenshindernis der entgegenstehenden Rechtshängigkeit eines drittstaatlichen Gerichts wie das von der Ehefrau in der Schweiz anhängig gemachte Verfahren beurteilt sich – so zutreffend das AG – nach § 113 I FamFG i.V.m. § 261 III Nr. 1 ZPO analog, der von Amts wegen zu beachten ist (BGH, FamRZ 2008, 1409 Rz. 19<sup>3</sup>; OLG Hamm, NJW-RR 1995, 510<sup>4</sup>; OLG Celle, FamRZ 1993, 439; OLG Saarbrücken 2004, 467). Danach steht die Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens der Rechtshängigkeit bei einem inländischen Gericht nach dem autonomen IZVR gleich, wenn Parteien und Streitgegenstand identisch sind und die ausländische Entscheidung hier anzuerkennen ist (BGH, Urt. vom 12.2.1992 aaO; NJW 1987, 3083<sup>5</sup>; OLG Köln, FamRZ 2003, 544<sup>6</sup>; OLG Hamburg, IPRax 1992, 38, 39<sup>7</sup>) ...

In beiden Verfahren sind die Eheleute Beteiligte; auf die Beteiligtenrolle kommt es nicht an, deshalb ist unerheblich, dass ASt. in hiesigem Verfahren der Ehemann, Klägerin in dem in der Schweiz anhängigen Verfahren die Ehefrau ist.

Beide Verfahren betreffen denselben Streitgegenstand. Dieser bestimmt sich nach deutschem Recht und ist enger gefasst als nach den europäischen Verordnungen und dem LugÜ (keine Identität von Eheaufhebung und Scheidung: OLG Karlsruhe, FamRZ 1994, 47<sup>8</sup>; OLG Düsseldorf, NJW 1986, 2202<sup>9</sup>). Hiervon kann nur ausgegangen werden, wenn aus demselben konkreten Lebenssachverhalt dieselbe Rechtsfolge abgeleitet wird, beiden Verfahren muss ein gleichartiger prozessualer Anspruch zugrunde liegen (OLG Karlsruhe, IPRax 1992, 171, 172)<sup>10</sup>. Das ist hier der Fall, weil in beiden Verfahren die Scheidung der Ehe begehrt wird.

Die Rechtshängigkeit der Scheidungsklage der AGg. vor dem Kreisgericht St. G. ist vor der des Scheidungsantrags des ASt. beim AG Schöneberg eingetreten.

Ob und wann Rechtshängigkeit eintritt, bestimmt sich mangels einheitlicher Regelung für jedes angerufene Gericht nach seinen verfahrensrechtlichen Vorschriften (BGH, NJW 1987 aaO; OLG München, FamRZ 2009, 2104 Rz. 11<sup>11</sup>). [...] Der am 18.2.2014 beim AG Schöneberg eingegangene Scheidungsantrag des Ehemanns ist nach deutschem Recht mit Zustellung an die Ehefrau rechtshängig geworden. Letztere ist am 1.9.2015 erfolgt.

Für die Zustellung gilt das HZÜ, dem sowohl die Bundesrepublik Deutschland (Bek. vom 21.6.1979, vgl. BGBl. II 779 und vom 23.6.1980, BGBl. II 907) als auch die Schweiz (seit 1.1.1995, BGBl. II 755) beigetreten sind. Auslandszustellungen zwischen diesen Staaten richten sich also nach diesem Abkommen.

<sup>2</sup> IPRspr. 2006 Nr. 52.

<sup>3</sup> IPRspr. 2008 Nr. 57.

<sup>4</sup> IPRspr. 1994 Nr. 156.

<sup>5</sup> IPRspr. 1987 Nr. 145.

<sup>6</sup> IPRspr. 2002 Nr. 179.

<sup>7</sup> IPRspr. 1990 Nr. 191.

<sup>8</sup> IPRspr. 1993 Nr. 163.

<sup>9</sup> IPRspr. 1985 Nr. 164.

<sup>10</sup> IPRspr. 1990 Nr. 196.

<sup>11</sup> IPRspr. 2009 Nr. 224.

Gemäß Art. 5 HZÜ erfolgt die Zustellung von der Zentralen Behörde des ersuchten Staats grundsätzlich in einer der Formen, die das Recht des ersuchten Staats für die Zustellung der in seinem Hoheitsgebiet ausgestellten Schriftstücke an dort befindliche Personen vorschreibt. So ist es auch im vorliegenden Fall geschehen.

Ausweislich der Mitteilung des Kreisgerichts St. G. vom 19.9.2014 ... ist die Zustellung an die AGg. als am 1.9.2014 erfolgt zu betrachten. Vorausgegangen waren mehrere vergebliche Zustellungsversuche. [...] Die gleichwohl vom Kreisgericht St. G. in seinem Schreiben vom 19.9.2014 auf den 1.9.2014 datierte Zustellung der Antragschrift in hiesigem Scheidungsverfahren beruht auf der Anwendung des Art. 138 III lit. b der schweizerischen Zivilprozessordnung (nachfolgend: ZPO-Schweiz). Danach gilt die Zustellung bei persönlicher Zustellung als erfolgt, ‚wenn die Adressatin oder der Adressat die Annahme verweigert und dies von der überbringenden Person festgehalten wird: am Tag der Weigerung.‘

Die Rechtshängigkeit der Scheidungsklage der Ehefrau beim Kreisgericht St. G. richtet sich nach Schweizer Recht. Es kommt auf das Verfahrensstadium an, das nach Schweizer Recht für die Priorität im IZVR, also im Verhältnis zu ausländischen und nicht zu Schweizer Gerichten gilt (*Andrae*, Internationales Familienrecht, 3. Aufl. [2014], § 2 Rz. 92). Für das Schweizer Recht bestimmt Art. 9 II des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18.12.1987 (BS 1, 3; nachfolgend: IPRG) den maßgebenden Zeitpunkt. Abzustellen ist deshalb auf den Zeitpunkt, zu dem die erste, für die Klageeinleitung notwendige Verfahrenshandlung erfolgte. Ausweislich des Schreibens des Kreisgerichts St. G. vom 19.9.2014 ... ist das mit Einreichung der Klage am 10.6.2014 und damit vor Eintritt der Rechtshängigkeit in hiesigem Scheidungsverfahren am 1.9.2014 der Fall gewesen.

Der von dem ASt. vertretenen Rechtsansicht, in Fällen wie dem vorliegenden mit Auslandsbezug, in denen die Rechtshängigkeit nach der ausländischen Rechtsordnung in einem früheren Verfahrensstadium als nach deutschem Recht eintrete, sei einer unzulässigen Benachteiligung des in Deutschland um gerichtliche Entscheidung nachsuchenden ASt. dadurch entgegenzuwirken, dass einem im Ausland eingeleiteten Verfahren eine prozesshindernde Wirkung gegenüber einem in Deutschland betriebenen Verfahren nur dann beizumessen sei, wenn gewährleistet sei, dass es sich um vergleichbare Verfahrensarten mit einander entsprechenden prozessualen Bedingungen handle und auch nach deutschem Recht Rechtshängigkeit gegeben sei, ist nicht zu folgen. Zwar wird in der Lit. u. Rspr. teilweise die Auffassung vertreten, in Fällen dieser Art sei eine Korrektur in Form einer ‚Doppelqualifikation‘ vorzunehmen (*Linke*, IPRax 1982, 229, 230; *ders.*, IPRax 1994, 17, 18) oder auf einen vergleichbaren Entwicklungsstand beider Verfahren abzustellen (*Geimer* NJW 1987, 3085; OLG Hamm, NJW 1988, 3102, 3103 mit Anm. *Geimer*<sup>12</sup>). Dieser Auffassung schließt sich der Senat aber im Einklang mit der Rspr. des BGH nicht an. Sie ist mit dem das Verfahrensrecht beherrschenden Grundsatz der Rechtsklarheit und dem in Fällen mit Auslandsbezug anzustrebenden internationalen Entscheidungseinklang nicht vereinbar. Der BGH hat dazu in seiner bereits vom AG zitierten Entscheidung vom 12.2.1992 (aaO) ausgeführt:

‚Nach der Rechtsprechung des Senats, die sich in Übereinstimmung mit der in der Literatur überwiegend vertretenen Auffassung befindet (vgl. *Gottwald*, FamRZ

<sup>12</sup> IPRspr. 1988 Nr. 181.

1987, 582 m.w.N.; *Siehr*, IPRax 1989, 93, 94 m.w.N.; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 2006, § 60 I 2 b, 515 N. 3) und von welcher auch das Berufungsgericht ausgeht, ist nach der *lex fori* des ausländischen Gerichts zu beurteilen, ob und wann Rechtshängigkeit im Ausland eingetreten ist. Auf diese Weise wird am ehesten erreicht, daß die Frage, bei welchem Gericht die Sache zuerst rechtshängig gemacht worden ist, von beiden Gerichten gleich beantwortet wird, wie es im Interesse des internationalen Entscheidungseinklangs wünschenswert ist. Diesem Ziel widerspricht es, wenn das nach der *lex fori* des ausländischen Gerichts gefundene Ergebnis einer Prüfung dahin unterzogen wird, ob der ›Entwicklungsstand‹ oder die ›prozessualen Bedingungen‹ beider Verfahren vergleichbar sind. Schon deshalb kann der abweichenden Meinung nicht gefolgt werden. Außerdem verlangt das Verfahrensrecht klare Kriterien. Auch daher kann der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit, der sich bei Beachtung der *lex fori* des ausländischen Gerichts ergibt, nicht aus Billigkeitsgesichtspunkten verschoben werden (Senatsurteile vom 18.3.1987, NJW 1987 aaO; vom 26.1.1983 – IVb ZR 335/81<sup>13</sup>, FamRZ 1983, 366, 367). [...] Sollte sich im Einzelfall bei Vorliegen besonderer Umstände durch die strikte Anwendung der ausländischen *lex fori* ein unzumutbarer Nachteil der deutschen Partei ergeben, so kann in Betracht kommen, aus diesem Grund die Rechtshängigkeit im Ausland nicht zu beachten (vgl. Senatsurteil vom 26.1.1983 aaO). Auch deshalb bedarf es in diesem Zusammenhang keiner Einschränkung des Grundsatzes über die Anwendung der *lex fori* des ausländischen Gerichts.‘

Aus denselben Gründen scheidet auch eine analoge Anwendung des Art. 16 EuEheVO oder entsprechender Vorschriften aus anderen EU-Verordnungen [Art. 30, 32 VO (EU) Nr. 1215/2012, Art. 9 EuUnthVO], die in ihrem Anwendungsbereich für die Frage, ob Rechtshängigkeit eingetreten ist, einheitlich auf den Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts abstellen, aus. Eine solche Lösung, wie der ASt. sie unter Berufung auf eine gutachterliche Stellungnahme von Professor Dr. *Hausmann* als anerkanntem Fachmann für IPR ... vertritt, würde zwar zur Einzelfallgerechtigkeit beitragen, denn der ASt. kann vor deutschen Gerichten nicht beeinflussen, wann letztlich der Antrag im Ausland zugestellt wird. Ihr ist trotzdem nicht zu folgen, denn sie lässt den wichtigen Zweck des Einwands der doppelten Rechtshängigkeit außer Acht. Solange der maßgebliche Zeitpunkt staatsvertraglich nicht einheitlich bestimmt ist, können Parallelprozesse mit einander widersprechenden Ergebnissen nur verhindert werden, wenn der Zeitpunkt nach dem geltenden Recht des jeweils angerufenen Gerichts bestimmt wird. Die Lösung kann deshalb weder in einer kumulativen Anknüpfung (Doppelqualifikation) noch in einer analogen Anwendung entspr. Regelungen aus hier nicht einschlägigen EU-Verordnungen oder anderen internationalen Abkommen, sondern de lege ferenda nur darin gesehen werden, dass auch im autonomen internationalen Verfahrensrecht für die Frage, wann ein Antrag in Deutschland rechtshängig gemacht wurde, auf ein früheres Verfahrensstadium abgestellt wird, ähnlich der Lösung in der VO (EU) 1251/2012, EuUnthVO und EuEheVO sowie dem LugÜ II (so auch *Andrae* aaO Rz. 93). Das aber ist Aufgabe des Gesetzgebers, nicht der Gerichte, die das Recht nur auszulegen und anzuwenden haben und nur in sehr engen Grenzen – nämlich bei Fehlen entsprechender gesetzlicher Regelungen – auch fortbilden können.

<sup>13</sup> IPRspr. 1983 Nr. 165.

Auch die Ausführungen des AG dazu, dass die Sperrwirkung des Einwands der früheren Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens in der Schweiz vorliegend nicht zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung des Rechtsschutzes für den inländischen ASt. führt, sind nicht zu beanstanden. Eine solche käme hier allenfalls unter dem Gesichtspunkt der treuwidrigen Zustellungsvereitelung der Antragschrift durch die AGg. in hiesigem Scheidungsverfahren in Betracht. Indes liegen die Voraussetzungen für eine treuwidrige Zustellungsvereitelung mit der Rechtsfolge, dass die Zustellung des beim AG Schöneberg eingereichten Scheidungsantrags an die AGg. bereits vor dem 10.6.2014 – dem Tag der Anhängigmachung der Scheidungsklage in der Schweiz – anzunehmen wäre, weder nach schweizerischem noch nach deutschem Recht vor, so dass es einer abschließenden Entscheidung dazu, ob dieser Einwand nach deutschem oder nach schweizerischem Verfahrensrecht zu prüfen ist (für die Maßgeblichkeit des deutschen Rechts insoweit: OLG Stuttgart, Beschl. vom 31.3.2010 – 5 W 62/09<sup>14</sup>, juris, Rz. 21), nicht bedarf ...

Das AG hat auch die weiteren Prüfungsschritte der Annahme einer doppelten Rechtshängigkeit zutreffend vollzogen. Danach kann eine doppelte ausländische Rechtshängigkeit nur dann gemäß § 261 III Nr. 1 ZPO berücksichtigt werden, wenn das im ausländischen Verfahren ergehende Urteil hier voraussichtlich anzuerkennen sein wird (vgl. u.a. *Zöller-Geimer*, ZPO, 31. Aufl. [2016], § 328 Rz. 350). Das ist hier nach den zutreffenden Ausführungen des AG der Fall. Ob die Anerkennungsprognose positiv ausfällt, beurteilt sich vorliegend nach Art. 3 des Abkommens zwischen dem deutschen Reich und der Schweizer Eidgenossenschaft über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen vom 2.11.1929 (RGBl. II 1930, 1066), das weiterhin anzuwenden ist (vgl. auch OLG München, FamRZ 2009 aaO Rz. 12). Es geht lediglich um eine vorübergehende Bewertung nach dem gegebenen Verfahrensstadium, deshalb sind an die Anerkennungsprognose keine allzu hohen Anforderungen zu stellen (*Andrae* aaO Rz. 94). Gegen die Anerkennung der im schweizerischen Verfahren ergehenden Entscheidung bestehen – jedenfalls aufgrund einer vorausschauenden Betrachtung – keine durchgreifenden Bedenken. Bei ‚spiegelbildlicher‘ Anwendung des Art. 3 I lit. a Alt. 1 EuEheVO sind die schweizerischen Gerichte international zuständig, da beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz haben. Eine ausschließliche internationale Zuständigkeit für das Scheidungsverfahren nimmt die Bundesrepublik Deutschland für sich nicht in Anspruch. Dass dem hiesigen ASt. das verfahrenseinleitende Schriftstück nicht ordnungsgemäß oder nicht so rechtzeitig zugestellt worden ist, dass er sich gegen die in der Schweiz erhobene Scheidungsklage nicht verteidigen kann (Art. 4 III des Abkommens), wird von ihm nicht behauptet. Die Anerkennung würde voraussichtlich auch nicht zu einem Ergebnis führen, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist (Art. 4 I des Abkommens). Auf eine Verbürgung der Gegenseitigkeit im Sinne von § 328 I Nr. 5 ZPO kommt es in Ehesachen nicht an (§ 109 II FamFG).

Das AG hat den Scheidungsantrag des ASt. auch zu Recht nicht lediglich ausgesetzt (§ 148 ZPO analog), sondern als unzulässig zurückgewiesen. Eine Aussetzung in entspr. Anwendung des § 148 ZPO kommt vornehmlich dann in Betracht, wenn erhebliche Unsicherheiten bei der Anerkennungsprognose bestehen (vgl. BGH, Urt.

<sup>14</sup> IPRspr. 2010 Nr. 265.

vom 10.10.1985 – I ZR 1/83<sup>15</sup>, juris, Rz. 12). Letzteres ist hier aber – wie ausgeführt – gerade nicht der Fall. Auch die vom AG vorgenommene Zurückweisung der Folgeanträge ist nicht zu beanstanden, da die von dem ASt. anhängig gemachten Folgesachen zum Versorgungsausgleich, Nachehelichenunterhalt und Zugewinnausgleich mit Zurückweisung des Scheidungsantrags gegenstandslos geworden sind (§ 142 II FamFG).

Die dagegen mit Schriftsatz vom 23.12.2015 erhobenen Einwendungen des ASt. rechtfertigen keine andere Beurteilung der Sach- und Rechtslage.

Soweit der ASt. meint, die vom Senat in seinem Schreiben vom 4.11.2015 zitierte Entscheidung des BGH vom 12.2.1992 (aaO) finde keine Stütze im Gesetz und habe im Hinblick auf die mittlerweile in Kraft getretenen EU-Verordnungen, die in ihrem Anwendungsbereich für die Frage, ob Rechtshängigkeit eingetreten sei, einheitlich auf den Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts abstellten [vgl. Art. 16 EuEheVO, 9 EuUnthVO, 30, 32 VO (EU) Nr. 1215/2012] an Relevanz verloren, ist dem nicht zu folgen ...

Das deutsche Recht unterscheidet bisher für die Rechtshängigkeit nicht zwischen dem nationalen und internationalen Zivilprozessrecht. Für den Einwand der Rechtshängigkeit kommt es auf die Zustellung der Klage/des Antrags an die Gegenpartei an (§§ 253, 261 ZPO). Dabei handelt es sich nicht um einen durch Richterrecht geschaffenen Rechtsgrundsatz, sondern geltendes geschriebenes nationales Verfahrensrecht, das sowohl in rein inländischen Verfahren wie Verfahren mit Auslandsbezug Geltung beansprucht. Daran hat sich auch nach Erlass der EuEheVO, insbes. dessen Art. 16 und anderer europäischer Rechtsinstrumente mit vergleichbaren Regelungen zur entgegenstehenden anderweitigen Rechtshängigkeit, nichts geändert (vgl. etwa OLG München, FamRZ 2009 aaO). Zwischenstaatlichen Verträgen und europäischen Rechtsverordnungen zur Abgrenzung internationaler Zuständigkeiten und Rechtsvereinheitlichung ist immanent, dass deren Anwendung und Auslegung autonom und unabhängig von rein national geprägten Rechtsvorstellungen erfolgen muss. Dass der europäische Gesetzgeber sich mit Art. 16 EuEheVO und anderen europäischen Rechtsverordnungen für die Einreichung der Klage/des Antrags bei Gericht als maßgebenden Zeitpunkt für die Rechtshängigkeit entschieden hat, hat nichts damit zu tun, dass er die Zustellung der Klage/des Antrags als maßgebenden Zeitpunkt für die Rechtshängigkeit als ungeeignet oder minderwertig erachtet, sondern allein damit, dass er sich für einen Zeitpunkt entscheiden musste. Dessen einheitliche Bestimmung ist ebenso wie die einheitliche Auslegung anderer Vorschriften in europäischen Verordnungen innerhalb ihres definierten Anwendungsbereichs grundlegend für die Funktionsfähigkeit der Verordnung. Außerhalb ihres Anwendungsbereichs genießt sie indes keine Legitimation, jedenfalls so lange nicht, wie ihre (analoge) Anwendung geschriebenem nationalem Recht wie dem der §§ 253, 261 ZPO entgegensteht. Die vom ASt. unter Berufung auf *Hausmann* und andere Literaturmeinungen favorisierte Rechtsansicht, die zwecks Vermeidung der Benachteiligung von Antragstellern und Klägern vor deutschen Gerichten auf eine kumulative Anknüpfung zurückgreifen will, wonach der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit im ausländischen Verfahren sich zwar grundsätzlich nach ausländischem Verfahrensrecht richtet, aber nur dann zu beachten ist, wenn auch nach deutschem

<sup>15</sup> IPRspr. 1985 Nr. 167.

Recht Rechtshängigkeit gegeben ist (vgl. *Linke*, IPRax 1982 aaO; *ders.* IPRax 1994, 17, 18; *Geimer*, IZPR, 6. Aufl. [2009], Rz. 2699; *Linke*, Internationales Zivilprozessrecht, 4. Aufl. [2006], Rz. 204; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl. [2010], Rz. 204), führt faktisch dazu, dass die vorrangige internationale Zuständigkeit ausländischer Gerichte nur dann sicher beachtet wird, wenn sie für die Bestimmung des Zeitpunkts der Rechtshängigkeit entsprechend dem deutschen Recht auf die Zustellung der Klage/des Antrags abstellt, überlässt es hingegen dem Zufall, ob die internationale Zuständigkeit eines an sich zuständigen ausländischen Gerichts auch dann anerkannt wird, wenn es nach dortigem Verfahrensrecht für den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit auf die Einreichung der Klage/des Antrags ankommt. Eine solche Auslegung widerspricht dem internationalen Entscheidungseinklang. Sie führt zu Rechtsunsicherheiten und konkurrierenden und einander widersprechenden Entscheidungen, die es im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens zu vermeiden gilt.“

**276.** *Deutsche Gerichte sind nicht international zuständig, wenn ihrem Tätigwerden die Rechtshängigkeit eines ausländischen Verfahrens gemäß § 261 III Nr. 1 ZPO analog entgegensteht. Dies ist der Fall, wenn die Verfahrensgegenstände nach nationalem Verständnis identisch sind und die ausländische Entscheidung in Deutschland anzuerkennen sein wird. [LS von der Redaktion neu gefasst]*

OLG Bremen, Beschl. vom 7.3.2016 – 4 UF 6/16: FamRZ 2016, 1189 mit Anm. *Eicher*; MDR 2016, 891. Leitsatz in: FamRB 2016, 392; NJW-Spezial 2016, 326.

Der ASt., deutscher Staatsangehöriger, begehrt die Übertragung der Entscheidungsbefugnis für die Beantragung deutscher Reisepässe und Geburtsurkunden für seine Kinder X, geb. 2005, und Y, geb. 2006, auf ihn. Er war bis 2011 mit der AGg., einer amerikanischen Staatsangehörigen, verheiratet. Beide Kinder leben bei ihrer Mutter in den USA. Die Kinder haben laut ASt. sowohl die deutsche als auch die amerikanische Staatsangehörigkeit, sie besitzen aber keine deutschen Geburtsurkunden und gültigen deutschen Reisepässe. Am 12.12.2011 ist es vor dem 8. Bezirksgericht des Bundesstaats Montana zwischen den Kindeseltern zu einem gerichtlich genehmigten Vergleichsschluss hinsichtlich sorgerechter Streitpunkte gekommen. Unter Nr. 11 der Verfügung wird festgelegt, dass der gewöhnliche Aufenthalt der Kinder sich in ..., Montana, USA, befinde.

Der ASt. hat die vorstehende Verfügung vom AG Bremen – FamG – mit Beschluss vom 18.7.2012 (69 F 1882/12 SO) anerkennen lassen. Am 23.9.2014 beantragte er beim AG Bremen, die Entscheidungsbefugnis über die zwischen den Eltern bestehende Streitfrage – Beantragung deutscher Reisepässe und Geburtsurkunden für die gemeinsamen Kinder X und Y – auf ihn, den ASt., zu übertragen. Mit Beschluss vom 20.1.2015 hat das AG den Antrag des ASt. zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„2. Die Beschwerde ist ... unbegründet. Das AG hat im Ergebnis zu Recht den Antrag als unzulässig verworfen.

a) Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ergibt sich im vorliegenden Fall aus § 99 I Nr. 1 FamFG.

Zwar gehen gemäß § 97 I FamFG völkerrechtliche Vereinbarungen sowie Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft den Zuständigkeitsregelungen des FamFG für Verfahren mit Auslandsbezug vor. Im vorliegenden Fall scheitert die Anwendbarkeit der EuEheVO allerdings daran, dass die Kinder des ASt. zum Zeitpunkt der Antragstellung ihren gewöhnlichen Aufenthalt gemäß Art. 8 I EuEheVO nicht in einem Mitgliedstaat der EU hatten. Auch die gemäß Art. 8 II EuEheVO vorrangig