# SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS G. FEDERICO MANCINI VOM 11. APRIL 1984 [1]

*Herr Präsident,*
*meine Herren Richter!*

1. In dieser Vorabentscheidungssache geht es um die Auslegung von Artikel 21 des Übereinkommens vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen. Es soll festgestellt werden, aufgrund welcher Kriterien das zuerst angerufene Gericht zu bestimmen ist, wenn die Parteien in derselben Streitsache zwei Gerichte verschiedener Mitgliedstaaten angerufen haben. Deutlicher gesagt: Der Gerichtshof soll das dem Übereinkommen zugrundeliegende Konzept der Rechtshängigkeit definieren und sich somit für eine der beiden möglichen Auslegungen des Artikels 21 entscheiden, nämlich diejenige, die ihm den Charakter einer einheitlichen Regel für die Definition der Rechtshängigkeit zu erkennen, oder diejenige, die darin eine Konfliktnorm erblickt, eine Vorschrift also, die auf die Rechtsordnung eines der beiden Gerichte verweist, um von Fall zu Fall das in dem jeweiligen Rechtsstreit anwendbare Konzept der Rechtshängigkeit zu bestimmen. Die letztere Auffassung führt natürlich dazu, daß es eine den Regelungen der Vertragsstaaten entsprechende Zahl von Begriffen der Rechtshängigkeit gibt.

Der Kaufmann Siegried Zelger, Inhaber der gleichnamigen Firma mit Sitz in München (Bundesrepublik Deutschland), erhob vor dem Landgericht München I gegen den Kaufmann Sebastiano Salinitri, der seinen Firmensitz in Mascali (Italien) hat, Klage auf Rückzahlung eines Darlehensrestbetrages aus den Jahren 1975 und 1976. Zur Begründung der internationalen Zuständigkeit des deutschen Gerichts führte er an, die Vertragsparteien hätten mündlich München als Erfüllungsort für die Rückzahlungsverpflichtung vereinbart. Der Beklagte bestritt sowohl die Verpflichtung als auch das Bestehen einer solchen Vereinbarung. Das Landgericht wies die Auffassung des Klägers zurück und erklärte sich für unzuständig: Die Vereinbarung sei zwar zustande gekommen, lasse jedoch keine Abweichung von den allgemeinen Zuständigkeitskriterien zu, da sie nicht die nach Artikel 17 des Übereinkommens erforderliche Schriftform aufweise. Der Bundesgerichtshof, den der Kläger nach erfolgloser Berufung zum Oberlandesgericht München angerufen hatte, setzte dann allerdings das Verfahren aus und ersuchte den Gerichtshof darum zu entscheiden, ob eine ohne Beachtung der Formvorschriften des Artikels 17 geschlossene Vereinbarung über den Ort, an dem eine Verpflichtung zu erfüllen ist, genügt, um dort einen Gerichtsstand nach den Artikeln 5 Nr. 1 und 17 des Übereinkommens zu begründen.

Mit Urteil vom 17. Januar 1980 (Slg. S. 89) antwortete der Gerichtshof, daß es darauf ankommt, ob die Vereinbarung, in der die Parteien den Ort bestimmen, an dem eine vertragliche Verpflichtung zu erfüllen ist, nach dem auf den Vertrag anwendbaren innerstaatlichen Recht wirksam ist; ist dies der Fall, so ist das Gericht dieses Ortes aufgrund von Arti-

1 — Aus dem Italienischen übersetzt.

kel 5 Nr. 1 für die Entscheidung über den die Verpflichtung betreffenden Rechtsstreit unabhängig davon zuständig, ob die Formvorschriften des Artikels 17 beachtet sind. Da die streitige Vereinbarung nach deutschem Recht wirksam war, ergab sich aus diesem Urteil die Zuständigkeit des Landgerichts München im Ausgangsverfahren. Dementsprechend hob der Bundesgerichtshof die auf Unzuständigkeit erkennenden Urteile der Vorinstanzen auf und verwies die Sache zur anderweitigen Verhandlung an das Landgericht München zurück.

Die Geschichte ist damit jedoch nicht zu Ende. Nach erneuter Beweiserhebung und Einholung eines Rechtgutachtens beim Institut für Rechtsvergleichung der Universität München erklärte sich das Landgericht wiederum für unzuständig; diesmal stützte es sich jedoch darauf, daß eine Klage mit demselben Streitgegenstand beim Tribunale Catania, am Wohnsitz des Beklagten, erhoben worden war (und noch anhängig war). Nach dem Grundsatz der Rechtshängigkeit wird die Zuständigkeit nämlich dem zuerst angerufenen Gericht zugesprochen. Es steht auch außer Zweifel, daß das italienische Gericht zum Zeitpunkt der Einleitung der Sache vor dem Landgericht München mit dieser bereits befaßt war, da die jeweiligen Zustellungen am 13. Januar 1977 und am 23. September 1976 erfolgt waren.

Der Kläger gab sich mit dieser abweisenden Entscheidung nicht zufrieden und legte Berufung ein, mit der er geltend machte, für die Ermittlung des zuständigen Gerichts komme es nicht auf den Zeitpunkt der Zustellung der Klageschrift, sondern auf den Zeitpunkt des Anhängigwerdens der Klage an. Das Oberlandesgericht hat daraufhin das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage vorgelegt: „Ist für die Entscheidung der Frage, welches Gericht eines Vertragsstaats mit einer Klage zuerst angerufen worden ist (Artikel 21 des Übereinkommens), der Zeitpunkt der Befassung des Gerichts (‚Anhängigkeit') oder der Zeitpunkt maßgebend, in dem das Verfahren — durch Zustellung der Klage an den Beklagten — vollständig eingeleitet ist (‚Rechtshängigkeit')?"

2. Das Brüsseler Übereinkommen sieht eine Reihe von (allgemeinen und besonderen) Gerichtsständen vor, so daß mehrere internationale Zuständigkeiten nebeneinander gegeben sein können und, wie es im Jenard-Bericht (ABl. C 59 vom 5. 3. 1979, S. 41) heißt, eine Regelung der Rechtshängigkeit geboten erscheint. Diese erfolgt durch Artikel 21, wonach sich die Gerichte eines Vertragsstaats von Amts wegen in einem Rechtsstreit für unzuständig zu erklären haben, wenn dieser bereits vor dem Gericht eines anderen Staates anhängig ist. Der Wortlaut dieser Vorschrift ist eindeutig:

„Werden bei Gerichten verschiedener ... Staaten Klagen wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien anhängig gemacht, so hat sich das später angerufene Gericht ... für unzuständig zu erklären."

Die Frage des vorlegenden Gerichts betrifft die Formulierung „später angerufene Gericht". Es geht darum, ob für die darin angesprochene Priorität die Einreichung der Klageschrift bei Gericht oder ihre Zustellung an den Beklagten maßgeblich ist. Der Zweifel erwächst daraus, da die deutsche Fassung des Artikels 21 von *Anhängigkeit* spricht. In der Terminologie der deutschen Literatur und Rechtsprechung zum Prozeßrecht bezeichnet dieser Begriff nämlich den Zustand, der mit der Einreichung der Klage eintritt (und bestimmte Wirkungen hat, etwa die Unterbrechung der Verjährung

nach § 270 Absatz 3 ZPO); der Zustand dagegen, der durch die Zustellung begründet wird und zur Unzuständigkeit des später angerufenen Gerichts führt, wird als *Rechtshängigkeit* bezeichnet. Nach Ansicht des vorlegenden Gerichts könnte man daraus schließen, daß Artikel 21 für die Bestimmung der zeitlichen Rangfolge (prevenzione) allein auf die Einreichung der Klageschrift habe abstellen wollen.

Diese Auslegung — für die der Begriff „später angerufene Gericht" offensichtlich auf der Vorstellung von einer einheitlichen Regelung beruht — werde schließlich durch Artikel 22 Absatz 1 bestätigt, der die Aussetzung des vor dem später angerufenen Gericht anhängigen Verfahrens für den Fall regele, daß die betreffende Klage im Zusammenhang mit einer anderen stehe, die vor dem Gericht eines anderen Staates erhoben worden sei. In der deutschen Fassung dieser Bestimmung werde das Partizip Perfekt „proposta" nämlich mit „erhoben" wiedergegeben, womit in der Prozeßrechtsterminologie die Erhebung einer Klage durch Zustellung der Klageschrift bezeichnet werde. Aus der Verwendung von zwei unterschiedlichen Begriffen ergibt sich nach Ansicht des Oberlandesgerichts, daß die Autoren des Übereinkommens abweichend von den dem deutschen Recht eigenen Vorstellungen zwei unterschiedliche Modelle der Rechtshängigkeit vertreten: einerseits in Artikel 21, bezogen auf die Einreichung der Klageschrift, andererseits in Artikel 22, bezogen auf deren Zustellung an den Beklagten.

3. Ich möchte sogleich feststellen, daß der vom vorlegenden Gericht vertretenen Auslegung des Artikels 21 nicht gefolgt werden kann. Insbesondere enthält die Vorschrift meines Erachtens nicht einen Begriff der Rechtshängigkeit, der für die Rechtsordnungen der sechs Vertragsstaaten Gültigkeit hätte, und umso weniger liegt diesem Begriff die Vorstellung zugrunde, daß das Verfahren mit der Einreichung der Klageschrift eingeleitet würde. Lassen wir für einen Augenblick das auf die deutsche Fassung des Übereinkommens gestützte Argument beiseite, das offensichtlich nur untergeordnete Bedeutung hat. Ein Problem wie das vorliegende läßt sich nur dadurch lösen, daß a) geklärt wird, was Artikel 21 unter Rechtshängigkeit versteht, und b) die sechs Rechtsordnungen geprüft werden, um festzustellen, ob diese das betreffende Rechtsinstitut einheitlich regeln und ob Artikel 21 von daher einen einheitlichen Rechtsgrundsatz aufstellt.

Beginnen wir also mit dem Punkt a). Der Begriff der Rechtshängigkeit setzt zum einen voraus, daß derselbe Rechtsstreit vor verschiedene Gerichte gebracht wird, und daß zum anderen ein Kriterium vorhanden ist, um zu entscheiden, welches der beiden Gerichte Herr des Verfahrens bleibt. Hier gibt es nun die verschiedenartigsten Kriterien. So können etwa die englischen Gerichte „die Rechtshängigkeit eines Verfahrens vor Gerichten des Auslands ... außer Betracht lassen" und sogar „Verfahren und Entscheidungen zur Sache ausnahmsweise ablehnen, wenn sie glauben, es sei besser, ein gleichermaßen zuständiges Gericht eines anderen Staates ... mit ihr zu befassen, weil dieses ... sinnvoller verfahren, insbesondere die Chancengleichheit der Parteien eher wahren könne" (siehe Schlosser-Bericht, ABl. C 59 vom 5. 3. 1979, S. 97). Wie festgestellt, bedient sich das Brüsseler Übereinkommen jedoch des Kriteriums der zeitlichen Rangfolge und löst damit das fragliche Problem zuungunsten des „später angerufenen" Gerichts. Dies ist daher die Regel,

an die sich die nationalen Gerichte zu halten haben.

Was aber bedeutet das „später angerufene Gericht"? Die Frage macht es erforderlich, den Zeitpunkt des Verfahrensbeginns zu bestimmen, und hierzu sind theoretisch zwei Wege denkbar: Die Ermittlung dieses Zeitpunkts ohne Berücksichtigung der vielen materiellen und prozessualen Wirkungen, die die verschiedenen Rechtsordnungen hieran knüpfen, oder seine Festlegung unter Abstellung auf die Wirkungen der Rechtshängigkeit, also im Hinblick darauf, daß das Verfahren dem später angerufenen Gericht entzogen wird.

Meines Erachtens führt es zu nichts, wenn man den ersten Weg einschlägt. Dieser will ein unabhängiges und neutrales Konzept des Verfahrensbeginns einführen; im Übereinkommen würde man jedoch vergeblich sachdienliche Anhaltspunkte hierfür suchen. Das Konzept des Artikels 21, das hinter der Formulierung „später angerufene Gericht" steht, ist vielmehr veränderlich und unterteilbar entsprechend den Wirkungen, die es erzielen soll und für die sich in den nationalen Rechtsordnungen so viele Beispiele finden. Nehmen wir etwa das deutsche Recht. Geht es um die Unterbrechung der Verjährung, so wird dort auf die bloße Einreichung der Klageschrift abgestellt; geht es um den Eintritt der Rechtshängigkeit, also um die Feststellung, welches Gericht Herr des Verfahrens bleibt, so ist dafür die Zustellung der Klageschrift maßgeblich. Zwei Wirkungen, zwei Wege, wie man den Verfahrensbeginn auffassen kann.

Ich habe darauf hingewiesen, daß man nach Ansicht des Oberlandesgerichts aufgrund der deutschen Fassung des Artikels 21 zu einem anderen Ergebnis gelangen kann. Dieser führt demnach, indem er als *anhängig* definiert, was in Artikel 22 *erhoben* genannt wird, ein eigenes Konzept des Verfahrensbeginns ein. Dem kann ich nicht zustimmen. Die Autoren des Übereinkommens verwendeten die beiden Begriffe nicht, um unterschiedliche Sachverhalte zu bezeichnen; mit der Verwendung des Begriffs *anhängig* wollten sie auch nicht die Vorstellung fördern, für die Zwecke der Rechtshängigkeit habe als Beginn des Verfahrens immer und überall die Einreichung der Klageschrift zu gelten. Gegen die Zweifel des vorlegenden Gerichts sprechen in der Tat drei Erwägungen. Die erste ist, daß die deutsche Unterscheidung keine Entsprechung in der französischen, italienischen und niederländischen Fassung findet. Die zweite ist, daß die Rechtshängigkeit in keinem der anderen fünf Länder vor Einleitung des kontradiktorischen Verfahrens begründet wird. Die dritte ist, daß das deutsche Recht selbst die Rechtshängigkeit, wie schon gesagt, mit Zustellung der Klageschrift entstehen läßt und auf den früheren Zeitpunkt der Einreichung der Klageschrift für andere Zwecke (etwa, in bestimmten Fällen), für die Unterbrechung der Verjährung) abstellt.

4. Nunmehr ist also geklärt, was Artikel 21 unter Rechtshängigkeit versteht. Gehen wir nun zum zweiten Teil unseres Programms über, so ist zu fragen, ob die Vorschrift des Artikels 21 auf einer einheitlichen, also allen Vertragsstaaten gemeinsamen Regelung beruht oder auf die Regelung der Rechtshängigkeit durch den jeweiligen Gesetzgeber verweist. Bekanntermaßen stehen beide Möglichkeiten offen (so für alle Rechtsbegriffe des Übereinkommens das Urteil vom 6. 10. 1976, Rechtssache 12/76, Tessili/Dunlup, Slg. 1976, 1473); um sich für die eine oder die andere zu entscheiden, läßt sich nichts anderes tun, als eine Prüfung

der sechs Rechtsordnungen vorzunehmen. Kann man sagen, daß diese ein gemeinsames Konzept der Rechtshängigkeit aufweisen? Oder besser, kann man sagen, daß sie denselben Zeitpunkt wählen, um den Verfahrenszeitpunkt zu definieren, der für die Bestimmung des zuständigen Gerichts maßgeblich ist, wenn verschiedene Gerichte zu verschiedenen Zeitpunkten mit der Klage befaßt worden sind?

Wie bereits am Ende von Punkt 3 meiner Schlußanträge festgestellt, haben diese Rechtsordnungen eines gemeinsam: *Keine* von ihnen legt diesen Zeitpunkt in das Stadium vor Zustellung der Klageschrift an den Beklagten. Gemäß Artikel 29 der belgischen Zivilprozeßordnung bestimmt sich das zuerst angerufene Gericht nach dem Zeitpunkt der Eintragung der Rechtssache in das Register (eine Handlung, wohlgemerkt, die der Einleitung des kontradiktorischen Verfahrens folgt und diese voraussetzt). Über die Lage in der Bundesrepublik ist bereits mehrfach gesprochen worden (vgl. jedoch §§ 253 Absatz 1 und 261 Absatz 1 ZPO). In Frankreich bestimmt Artikel 100 der neuen Zivilprozeßordnung: „Si le même litige est pendant devant deux juridictions ... également compétentes ..., la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir en faveur de l'autre". Darüber hinaus schreibt Artikel 54 vor: „La demande initiale" (die gemäß Artikel 53 „introduit l'instance") „est formée par assignation ou par remise d'une requête conjointe au secrétariat de la juridiction". Die Rechtshängigkeit wird jedoch nicht durch die bloße einseitige Einreichung der Klageschrift bei Gericht begründet; nach der Auslegung des Artikels 100 durch die Cour de cassation ist hierfür vielmehr erforderlich, daß die Klageschrift dem Beklagten zugestellt wird (Urteil vom 24. 4. 1981, Bulletin des Arrêts de la Cour de cassation — chambres civiles, II, Nr. 104).

Größere Klarheit bietet das italienische Recht: Gemäß Artikel 39 Absatz 3 des Codice di procedura civile wird „die zeitliche Rangfolge ... durch die Zustellung der Klageschrift bestimmt", dagegen kommt der Eintragung der Rechtssache in das Register, die nach der Zustellung und im Parteibetrieb erfolgt, hierfür keine Bedeutung zu. Ebenso ist es in Luxemburg: Die Rechtshängigkeit wird durch die Zustellung ausgelöst (Artikel 61 und 171 des Code de procédure civile), ohne daß die Eintragung der Rechtssache in das Register hierfür von Bedeutung wäre, wie dies vom Tribunal d'arrondissement Luxemburg und von der Cour supérieure de justice hervorgehoben wird (Urteile vom 21. 11. 1957 und vom 9. 11. 1964, Pasicrisie luxembourgeoise, Bd. 17, S. 207 und Bd. 19, S. 426). Auch die niederländische Regelung unterscheidet sich nicht hiervon. Nach der herrschenden Rechtsprechung zu Artikel 158 Absatz 1 des Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ist Rechtshängigkeit gegeben, wenn die Klageschrift dem Beklagten zugestellt ist. Auf die Eintragung, die spätestens am Tage vor der Sitzung erfolgen muß, auf die sich die mit der Klageschrift verbundene Ladung bezieht (Artikel 135 Absatz 1), kommt es nicht an.

5. Gleichartige Tendenzen also, jedoch keine übereinstimmende Regelung. Dies scheint mir — insbesondere aufgrund der belgischen Regelung und der Unklarheit der französischen Vorschriften — die Schlußfolgerung zu sein, zu der meine rechtsvergleichende Untersuchung führt. Wenn die Dinge aber so liegen, läßt sich ein für alle Rechtsordnungen gemeinsames und gültiges Konzept der Rechtshängigkeit nicht aufstellen. In diese Rich-

tung geht im übrigen auch der Jenard-Bericht. Der Sachverständigenausschuß, der den Entwurf des Übereinkommens ausarbeitete, hielt es — so heißt es dort —, „nicht für erforderlich, in ... (Artikel 21) genauer festzulegen, in welchem Zeitpunkt die Rechtshängigkeit eintritt" und entschied daher, daß sich „diese Frage ... nach dem innerstaatlichen Recht der Vertragsstaaten" regelt.

Das Ergebnis, zu dem wir gelangt sind, enthält jedoch noch nicht die vollständige Antwort an das Vorlagegericht. Nachdem feststeht, daß es sich um eine Kollisionsnorm handelt, muß festgestellt werden, ob *jede* nationale Regelung der Rechtshängigkeit gemeinschaftsrechtlich zulässig und somit geeignet ist, der Verweisung des Artikels 21 Wirkung zu verleihen. Eben dies erscheint mir zweifelhaft. So würde ich keine Regelung als zulässig bezeichnen, die die Rechte der Verteidigung beeinträchtigt. Diesen Rechten mißt das Übereinkommen nämlich besondere Bedeutung bei, wenn es zu den Umständen, die der Anerkennung ausländischer Urteile entgegenstehen, auch den Fall rechnet, daß dem Beklagten, der sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat, das diese Verfahren einleitende Schriftstück nicht ordnungsmäßig und nicht so rechtzeitig zugestellt worden ist, daß er sich verteidigen konnte (Artikel 27 Nr. 2).

Nun besteht meines Erachtens aber die Gefahr, daß die Verteidigungsmöglichkeiten des Beklagten bei einer Anknüpfung der Rechtshängigkeit an eine Prozeßhandlung, die vor der Zustellung der Klageschrift liegt, unter zwei Gesichtspunkten beeinträchtigt werden. In erster Linie deswegen, weil der Beklagte nicht weiß, daß vor einem anderen Gericht Klage gegen ihn erhoben worden ist, so daß er nicht rechtzeitig die Einrede der Rechtshängigkeit erheben und somit kurzfristig die Aufnahme des Verfahrens vor dem zuerst angerufenen Gericht erreichen kann; ferner deswegen, weil der Kläger schon durch die Einreichung der Klageschrift daran gehindert wäre, noch vor Eröffnung des kontradiktorischen Verfahrens ein anderes, gleichermaßen zuständiges Gericht anzurufen. Artikel 21 läßt also nur Lösungen zu, nach denen der Zeitpunkt für die Begründung der Rechtshängigkeit *nicht* vor der Zustellung liegt. Einer Verschiebung dieses Zeitpunktes auf ein späteres Stadium (wie etwa die Eintragung der Rechtssache in das Register, Artikel 29 der belgischen Zivilprozeßordnung) steht er indessen offensichtlich nicht entgegen.

Dies ist jedoch noch nicht alles. Dem Ziel des Übereinkommens entsprechen meines Erachtens nur jene Regelungen, bei denen der Konflikt zwischen zwei mit derselben Rechtssache befaßten Gerichten einer automatischen Lösung zugeführt wird. Wollte man die Entscheidung nämlich dem Ermessen der Gerichte selbst oder der Parteien überlassen, so würde dies einen Zustand der Unsicherheit und der Konkurrenz verschiedener amtlicher Stellen begründen (was würde etwa gelten, wenn zwei Gerichte verschiedener Staaten sich gleichzeitig für zuständig bzw. unzuständig erklärten?); eben diese Situation soll durch das Institut der Rechtshängigkeit überwunden und durch das Übereinkommen beseitigt werden. Zweifelhaft erscheint mir allerdings, ob im Vereinigten Königreich nach Ratifizierung des Übereinkommens die Regelung beibehalten werden kann, die ich unter Punkt 3 dieser Schlußanträge angesprochen habe.

6. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die ihm vom Oberlandesgericht München mit Beschluß vom 22. Juni 1983 in der Rechtssache Siegried Zelger/Sebastiano Salinitri vorgelegte Frage wie folgt zu beantworten:

Artikel 21 des Übereinkommens vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen ist dahin auszulegen, daß für die Bestimmung der zeitlichen Rangfolge von zwei oder mehr Klagen, die bei Gerichten verschiedener Vertragsstaaten wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien anhängig gemacht werden, der Zeitpunkt maßgeblich ist, in dem die Rechtshängigkeit nach den für das angerufene Gericht geltenden Rechtsvorschriften begründet wird. Dieser Zeitpunkt muß jedoch anhand objektiver Kriterien bestimmbar sein und darf nicht vor der Zustellung der Klageschrift an den Beklagten liegen.