

used as counter-performance. One could argue that the consent isn't of voluntary nature, if the performance of the contract is conditional on it. In the present decision the Italian Supreme Court took a different view. In its opinion the link established between the contractual performance and the consumers' consent to the processing of his data doesn't exclude the voluntary nature of the data subject's statement.

## Résumé

En pratique, les rédactions de contrat „ prestation contre données „ arrivent de plus en plus souvent. Ils deviennent de plus en plus l'objet de discussions scientifiques. Il est inexplicable dans quelle mesure les données personnelles peuvent être révélés. Si une prestation est dépendant d'une approbation d'un consentement au traitement de données personnelles, cela

pourrait déroger à l'interdiction de couplage au droit de la protection des données. Dans la décision examinée ici, la Cour de cassation italienne s'est prononcée sur les points présents. Selon la Cour, coupler la prestation avec le consentement au droit de la protection des données ne s'oppose pas au consentir bénévolement à ce dernier.

## Dr. Tereza Pertot

Ist Postdoc-Stipendiatin am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Bayreuth. Sie ist als Rechtsanwältin in Italien zugelassen.



Univ.-Ass. Sebastian Schwamberger, LL.M., Wien

# Reichweite des datenschutzrechtlichen Koppelungsverbots nach alter und neuer Rechtslage

Anmerkung zu OGH 31.8.2018 – 6 Ob 140/18h

## I. Einleitung

Der österreichische Oberste Gerichtshof (OGH) hat – soweit ersichtlich – als erstes europäisches Höchstgericht zur Reichweite des Koppelungsverbots der DS-GVO<sup>1</sup> entschieden. Durch das in Kraft treten der DS-GVO kurz nach der zweitinstanzlichen Entscheidung, hatte das Höchstgericht in dem Verbandsverfahren die Klauseln aber auch nach der alten Rechtslage zu beurteilen. Nach Art. 7 Abs. 4 DS-GVO muss bei der Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung „dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden“, ob die Erfüllung eines Vertrages von der Einwilligung in eine Datenverarbeitung abhängig gemacht wird, die für die Vertragserfüllung nicht erforderlich ist. In ErwGr. 43 DS-GVO ist sogar ein „absolutes“ Koppelungsverbot angeordnet – dem Umstand soll nämlich bei der Beurteilung der Freiwilligkeit nicht nur in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, sondern im Falle der Koppelung schon überhaupt keine freiwillige Einwilligung vorliegen. Demgegenüber war bis zum in Kraft treten der DS-GVO sowohl in § 4Z 14 DSG 2000 sowie Art 2 lit. h der Datenschutz-RL<sup>2</sup> angeordnet, dass eine Einwilligung bzw. Zustimmung insbesondere nur dann gegeben ist, wenn sie „ohne Zwang“ abgegeben wurde. Das Koppelungsverbot steht sohin in einem Spannungsverhältnis mit dem in der Praxis gängigen Geschäftsmodell „Dienst gegen Daten“. Umso wichtiger also, dass der Umfang des Koppelungsverbots gerichtlich geklärt wird – leider hat der OGH aber die Gelegenheit nicht genutzt, hier eine erste Entscheidung des EuGH herbeizuführen.

## II. Sachverhalt

Der OGH hatte in dem Verbandsverfahren u.a. zwei Klauseln zur datenschutzrechtlichen Einwilligung in den AGB eines TV-Anbieters zu beurteilen.

In den Klauseln stimmte der Kunde u.a. zu, dass die von ihm angegebenen Daten vom Verantwortlichen verwendet werden, um dem Kunden Informationen über das Produktportfolio des Verantwortlichen sowie über Angebote der Kooperationspartner des Verantwortlichen per Post, E-Mail, Telefon, SMS, Fax oder über soziale Netzwerke zukommen zu lassen.

## III. Entscheidung des OGH

Das Erstgericht und das Berufungsgericht beurteilten die Klauseln als gröblich benachteiligend bzw. missbräuchlich, da sie den Vertragsabschluss von der Zustimmung zu einer (für die Vertragserfüllung nicht erforderlichen) Datenverwendung (nämlich zu Werbezwecken) abhängig machen, womit es an einer Freiwilligkeit der Zustimmung nach § 4 Z. 14 DSG 2000

1 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

2 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

(„ohne Zwang“) fehle. Dagegen erhob die Beklagte Revision, welcher aber auch der OGH nicht Folge gab.

Da sich die Rechtslage durch das in Kraft treten der DS-GVO seit der zweitinstanzlichen Entscheidung geändert hatte, beurteilte der OGH die Klausel sowohl nach der neuen, als auch nach der alten Rechtslage, da ein Verbot nur möglich ist, wenn das beanstandete Verhalten auch nach neuer Rechtslage unzulässig ist und sonst keine Wiederholungsgefahr besteht. Zur neuen Rechtslage führte das Höchstgericht aus, dass die Stellungnahmen in der Literatur zur Frage, ob nun ein unbedingtes Koppelungsverbot besteht (oder ob etwa – im Vergleich mit altem deutschem Recht: weiterhin – auf die Monopolstellung des Vertragspartners abzustellen ist), nicht immer eindeutig seien. Das Spannungsverhältnis zwischen Art. 7 Abs. 4 und ErwGr. 43 DS-GVO sei aber offensichtlich dahin aufzulösen, dass an die Beurteilung der „Freiwilligkeit“ der Einwilligung strenge Anforderungen zu stellen sind. Bei der Koppelung der Einwilligung zu einer Verarbeitung vertragsunabhängiger personenbezogener Daten mit einem Vertragsschluss sei grundsätzlich davon auszugehen, dass die Erteilung der Einwilligung nicht freiwillig erfolgt, wenn nicht im Einzelfall besondere Umstände für eine Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung sprechen. Solche Umstände seien im vorliegenden Fall jedoch nicht vorgebracht worden.

Zur Vorlage an den EuGH habe kein Anlass bestanden, weil sich das vorstehende Ergebnis bereits aus dem Wortlaut der DS-GVO und dem zitierten ErwGr. ergebe. Auf konkrete Umstände, aus denen sich im Einzelfall ausnahmsweise eine Zulässigkeit der Koppelung ergeben könnte, habe sich die Beklagte nicht berufen, so dass im vorliegenden Fall auch kein Raum für die Klärung der Frage besteht, in welchen Fällen ausnahmsweise trotz des grundsätzlichen Verbots eine derartige Koppelung zulässig sein könne.

Damit seien die Klauseln aber nach neuem Recht unzulässig, weil sie gegen Art. 6 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 4 Z. 11 i.V.m. Art. 7 Abs. 4 DS-GVO verstoßen. Zum gleichen Ergebnis führe die Sichtweise, dass diese Regelungen intransparent sind, weil sie keine wirksame Einwilligung herstellen könnten.

Hinsichtlich der alten Rechtslage schloss sich der erkennende Senat der von der Datenschutzbehörde und der Literatur vertretenen herrschenden Auffassung an, wonach sich aus teleologischen Erwägungen ergebe, dass an die „Freiwilligkeit“ einer Einwilligung hohe Anforderungen zu stellen sind. Diese Anforderungen seien, wenn der Vertragsschluss offensichtlich mit der Abgabe einer derartigen Zustimmung gekoppelt wird, nicht erfüllt.

#### IV. Würdigung

Der OGH unterwirft die vorformulierten Einwilligungserklärungen zu Recht der AGB-Kontrolle.<sup>3</sup> Zuerst ist aber schon überhaupt fraglich, ob Art. 7 Abs. 4 DS-GVO auf Koppelungen im Vertragsabschlusszeitpunkt anwendbar ist. Immerhin spricht der Wortlaut nur davon, dass die „Erfüllung eines Vertrags“ von der Einwilligung abhängig gemacht wird. Der OGH geht in der Entscheidung stillschweigend von einer Anwendbarkeit der Bestimmung aus. Tatsächlich spricht dafür auch dessen Sinn und Zweck, muss doch, wenn die Erfüllung des

Vertrages vom Anwendungsbereich erfasst ist, diesem auch schon der Abschluss des Vertrages unterliegen.<sup>4</sup>

Ist das Koppelungsverbot anwendbar, so ist mit dem OGH grundsätzlich davon auszugehen, dass die Einwilligung nicht bzw. nicht freiwillig erteilt wurde. Denn schließlich hat der Verantwortliche gem. Art. 7 Abs. 1 DS-GVO zu beweisen, dass eine (freiwillige) Einwilligung vorliegt.<sup>5</sup> Aus der DS-GVO ergibt sich jedoch nicht zweifelsfrei, dass bei einer Koppelung an die Beurteilung der Freiwilligkeit strenge Anforderungen zu stellen sind, sondern bloß, dass diesem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung zu tragen ist.

Einig ist man sich in der Literatur lediglich, dass die Freiwilligkeit dann gegeben ist, wenn von demselben Verantwortlichen eine vergleichbare Dienstleistung (gegen angemessenes Entgelt) angeboten wird, die keine Einwilligung in die Verwendung von Daten für zusätzliche Zwecke beinhaltet.<sup>6</sup> Strittig bleibt aber, ob die Freiwilligkeit nur bei einer derartigen Alternative vorliegt – von einer Ansicht wird dies etwa zwingend verlangt.<sup>7</sup> Nach einer anderen reicht es aber schon aus, wenn die Alternative von einem anderen Verantwortlichen angeboten wird. In diesem Fall würde das Koppelungsverbot deshalb grundsätzlich nur greifen, wenn der Betroffene auf die Leistung angewiesen ist bzw. der Verantwortliche eine Monopolstellung innehat.<sup>8</sup> Weiters wird argumentiert, dass die Monopolstellung nicht alleine ausschlaggebend, aber bei der Interessenabwägung im Einzelfall zu berücksichtigen ist.<sup>9</sup> Eine vierte Ansicht stellt bloß darauf ab, ob die für das Geschäft nicht erforderliche Datenverarbeitung hinreichend transparent als Leistung des Betroffenen

- 3 Vgl. ErwGr. 42 S. 2 DS-GVO; *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, 71; *Heckmann/Paschke* in Ehmman/Selmayr (Hrsg.), Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rz. 82; *Schulz* in Gola (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rz. 45; *Ingold* in Sydow (Hrsg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rz. 41; *Wendehorst/Graf v. Westphalen*, Das Verhältnis zwischen Datenschutzgrundverordnung und AGB-Recht, NJW 2016, 3745 (3748).
- 4 So iE auch *Schulz* in Gola (Fn. 3), Art. 7 Rz. 24; *Heckmann/Paschke* in Ehmman/Selmayr (Fn. 3), Art. 7 Rz. 98; *Ingold* in Sydow (Fn. 3), Art. 7 Rz. 31; DSB-D122.931/0003-DSB/2018 = ZIIR 2019, 39 (*Thiele*) = ZD-Aktuell 2019, 06436.
- 5 Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679 (WP259 rev.01), 10.
- 6 Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 5), 8; *Stemmer* in Brink/Wolff (Hrsg.), BeckOK DatenschutzR, 25. Ed. 1.5.2018, DS-GVO Art. 7 Rz. 43 f.; *Ingold* in Sydow (Fn. 3), Art. 7 Rz. 33; *Albrecht/Jotzo* (Fn. 3), 72; *Dammann*, Erfolge und Defizite der EU-Datenschutzgrundverordnung, ZD 2016, 307, 311; *Gierschmann*, Was „bringt“ deutschen Unternehmen die DS-GVO?, ZD 2016, 51, 54; *Golland*, Das Kopplungsverbot in der Datenschutz-Grundverordnung, MMR 2018, 130, 134 ff.; *Thiele*, DSB: Empfehlung zum Koppelungsverbot bei Online-Abonnements; jusIT 2018, 37. So jüngst auch die österreichische Datenschutzbehörde in einer mittlerweile rechtskräftigen Entscheidung: DSB-D122.931/0003-DSB/2018 = ZIIR 2019, 39 (*Thiele*) = ZD-Aktuell 2019, 06436.
- 7 *Albrecht/Jotzo* (Fn. 3), 72; *Golland* (Fn. 6), MMR 2018, 130, 134 ff.; so auch *Dammann* (Fn. 6), ZD 2016, 307, 311: praktisches Ergebnis; i.d.S. auch *Gierschmann* (Fn. 6), ZD 2016, 51, 54.
- 8 *Plath* in Plath (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 7 Rz. 19 f.; *Krohml/Müller-Peltzer*, Auswirkungen des Kopplungsverbots auf die Praxistauglichkeit der Einwilligung, ZD 2017, 551, 553 ff.; so wohl auch *Frenzel* in Paal/Pauly (Hrsg.), 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 7 Rz. 18 ff.; *Schulz* in Gola (Fn. 3), Art. 7 Rz. 27.
- 9 *Buchner/Kühling* in Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 7 Rz. 42 ff.; *Heckmann/Paschke* in Ehmman/Selmayr (Fn. 3), Art. 7 Rz. 98; *Engeler*, Auswirkungen des Kopplungsverbots auf die Praxistauglichkeit der Einwilligung – Das Aus für das Modell „Service gegen Daten“, ZD 2018, 51, 59.

dargestellt wird und die Funktion als Gegenleistung Teil der in der Einwilligung enthaltenen Zweckbestimmung ist.<sup>10</sup>

Der OGH geht zwar zur neuen Rechtslage davon aus, dass an die Beurteilung der Freiwilligkeit strenge Anforderungen zu stellen sind<sup>11</sup> und das Nichtvorliegen einer Monopolstellung für sich allein genommen kein besonderer Umstand ist, der die Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung bewirkt.<sup>12</sup> Die Ausführungen des Höchstgerichts zur alten Rechtslage lassen allerdings Fragen offen:

Zum einen schließt sich der OGH der von der Datenschutzbehörde (DSB) schon als ständige Rechtsprechung bezeichneten herrschenden Auffassung an, stellte jedoch gleichzeitig an die Einwilligung bloß „hohe Anforderungen“. In den Entscheidungen führte die DSB aber nicht nur aus, dass die Unmöglichkeit, einen Vertrag abzuschließen, ohne gleichzeitig die Zustimmungserklärung abzugeben, ihrer Ansicht nach „mit dem Erfordernis der Freiwilligkeit iSd § 4 Z 14 DSG 2000 und § 8 Abs. 1 Z. 2 DSG 2000 nicht vereinbar“ sei. Sondern auch, dass dem Kunden die gesonderte Möglichkeit gegeben werden müsse, den angestrebten Vertrag ohne die Abgabe der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung abzuschließen.<sup>13</sup> Ob die „hohen Anforderungen“ nun so zu verstehen sind, dass eine Koppelung nur zulässig ist, wenn vom selben Verantwortlichen eine Alternative ohne Einwilligung angeboten wird, oder es ausreicht, dass – wie bei der neuen Rechtslage – besondere Umstände vorliegen, bleibt fraglich; der Wortlaut („Auch nach der alten Rechtslage [...]“) spricht eher für letzteres.

Zum anderen nimmt der OGH zwar zur neuen Rechtslage an, dass sich das Ergebnis bereits aus dem Text der Verordnung ergibt und es deshalb keiner Befassung des EuGH bedurfte. Ausführungen, inwieweit das zur alten Rechtslage erzielte Ergebnis in Einklang mit der Datenschutz-RL steht, finden sich jedoch nicht in der Entscheidung. M.E. lassen sich die Ergebnisse des OGH – was auch aus dem oben angeführten Meinungsstand ersichtlich wird – jedenfalls nicht eindeutig aus dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 4 sowie ErwGr. 43 DS-GVO und auch nicht aus Art 2 lit. h Datenschutz-RL erzielen. Vielmehr hätte es, auch angesichts der Bedeutung dieser Fragen für das Modell „Dienst gegen Daten“, sowohl zur alten, als auch zur neuen Rechtslage einer Vorlage an den EuGH bedurft.

Was das Höchstgericht möglicherweise hinsichtlich der neuen Rechtslage<sup>14</sup> von einer Vorlage abgehalten hat, war die mangelnde Entscheidungsrelevanz. Denn die Klausel ist neben einem möglichen Verstoß gegen das Koppelungsverbot auch „intransparent“ nach Art. 7 Abs. 2 DS-GVO, was der OGH zumindest angedeutet hat („Zum gleichen Ergebnis führt die Sichtweise, dass diese Regelungen intransparent sind, weil [?] sie keine wirksame Einwilligung herstellen können“). Die Bestimmung enthält spezielle Vorgaben für die Nutzung schriftlicher Einwilligungserklärungen, die noch andere Sachverhalte betreffen. Demnach muss das Einwilligungensuchen in solchen Fällen von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden sein und kann daher nicht einfach durch einen – nicht hervorgehobenen – Absatz in AGB erfolgen.<sup>15</sup>

## V. Fazit

Nach Ansicht des OGH sind an die Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung nach der DSGVO strenge Anforderungen zu stellen. Ist das Koppelungsverbot anwendbar, so ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Erteilung der Einwilligung nicht freiwillig erfolgt ist, wenn hierfür nicht besondere Umstände sprechen – das Nichtvorliegen einer Monopolstellung stellt für sich genommen keinen derartigen besonderen Umstand dar. Wünschenswert wäre gewesen, diese Frage nicht auf nationaler, sondern auf europäischer Ebene einer Klärung durch den EuGH zuzuführen.

## Summary

Article 7(4) GDPR indicates that, inter alia, the situation of “bundling” consent with acceptance of terms or conditions, or “tying” the provision of a contract or a service to a request for consent to process personal data that are not necessary for the performance of that contract or service, is considered highly undesirable. According to a recent decision of the Austrian Supreme Court, in the situation of bundling, the consent is presumed not to be freely given, unless certain circumstances speak for it – the mere absence of a monopoly position does not constitute such circumstances. It would have been desirable not to raise this issue for clarification on national but European level by the ECJ.

## Résumé

L'article 7, paragraphe 4, du RGPD indique entre autres que le «couplage» du consentement à l'acceptation de conditions générales et la «subordination» de la fourniture d'un contrat ou d'un service à une demande de consentement au traitement de données à caractère personnel non nécessaires à l'exécution dudit contrat ou service ne sont en aucun cas souhaitables. La Cour suprême autrichienne a décidé qu'en cas de «couplage» le consentement est présumé ne pas avoir été donné librement, à moins que des circonstances particulières ne le justifient – l'absence de monopole ne constitue pas une telle circonstance. Il aurait été souhaitable de ne pas soulever cette question à des

10 Schmidt-Kessel/Grimm, Unentgeltlich oder entgeltlich? – Der vertragliche Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten, ZIPW 2017, 84, 91; Langhanke, Daten als Leistung (2018) 136 f.; Kurzpapier der Datenschutzkonferenz vom 29.6.2017, S. 2, abrufbar unter [https://www.ld a.bayern.de/media/dsk\\_kpnr\\_3\\_werbung.pdf](https://www.ld a.bayern.de/media/dsk_kpnr_3_werbung.pdf); Buchner/Kühling in Kühling/Buchner (Fn. 9), Art 7 Rz. 51; vgl. auch Krohm/Müller-Peltzer (Fn. 8), ZD 2017, 551, 554 f.; Schulz in Gola (Fn. 3), Art 7 Rz. 30.

11 Vgl. Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 5), 10: „absolute Ausnahme“; i.d. S. auch Feiler/Forgo, EU-DSGVO, 2017, Art. 7 Rz. 7.

12 So auch Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 5), 11.

13 Empfehlung der Datenschutzbehörde vom 22.5.2017, DSB-D216-396/0003-DSB/2017; Empfehlung der Datenschutzkommission vom 13.7.2012, K212.766/0010-DSK/2012.

14 Selbiges gilt wohl auch für die alte Rechtslage, vgl. Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung (WP187) 41; Empfehlung der Datenschutzbehörde vom 22.5.2017, DSB-D216-396/0003-DSB/2017; Empfehlung der Datenschutzkommission vom 13.7.2012, K212.766/0010-DSK/2012.

15 Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 5), 17 ff.; Kastelitz in Knyrim (Hrsg.), DatKomm, Stand 1.10.2018, Art. 7 DS-GVO Rz. 23; Schulz in Gola (Fn. 3), Art 7 Rz. 44 ff.

fins de clarification au niveau national mais au niveau européen par la CJUE.

### Mag. Sebastian Schwamberger, LL.M.

Studium und Gerichtspraxis in Wien, seit 2016  
Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht  
bei Professorin Wendehorst.



## Internationales Privat- und Verfahrensrecht

Prof. Dr. Alexander R. Markus, Bern\*

# Rechtshängigkeit und Schlichtungsverfahren nach EuGH – C-467/16, Schlömp

### I. Sachverhalt und prozessuale Ausgangslage

Das AG Stuttgart hatte sich mit einer negativen Feststellungsklage der in der Schweiz wohnhaften Antragstellerin, *Brigitte Schlömp*, gegen das Landratsamt Schwäbisch Hall zu befassen.<sup>1</sup> Hintergrund war, dass das Landratsamt gegen Schlömp als nach BGB unterhaltspflichtige Tochter via den Regressweg Sozialhilfeleistungen geltend machen wollte, die der pflegebedürftigen Mutter gezahlt worden waren. Die Tochter Schlömp beehrte also die Feststellung, dass sie dem Landratsamt keinen Eltern-Unterhalt aus übergegangenem Recht schulde.

Die weitere Prozessgeschichte lässt sich mit folgenden Schritten umreißen:

- Das Landratsamt reichte am 16.10.2015 bei der Schlichtungsbehörde des Friedensrichteramts Kreis Reiat, Schweizer Kanton Schaffhausen, ein Schlichtungsgesuch gegen Frau *Schlömp* ein.
- Die Schlichtungsbehörde stellte am 25.1.2016 dem Landratsamt die Klagebewilligung aus (dem Kläger zugestellt am 26.1.2016), zumal sich die Parteien nicht einigen konnten.
- Am 11.5.2016 reichte das Landratsamt beim zuständigen Schaffhauser Kantonsgericht Klage auf Zahlung des Mindestunterhaltsbeitrags und Erteilung einer Auskunft ein.
- Am 22.2.2016 ging der negative Feststellungsantrag von Frau *Schlömp* beim AG (Familiengericht) Schwäbisch Hall (Deutschland) ein. Dieses Gericht verwies die Klage wegen Unzuständigkeit an das AG (Familiengericht) Stuttgart, wo das Verfahren am 21.3.2016 einlangte. Die negative Feststellungsklage erfolgte mithin *nach* Eingang des Schweizer Schlichtungsbegehrens, jedoch *vor* Eingang der Schweizer Klage.

Das Landratsamt, dem die Klage am 26.4.2016 zugestellt wurde, beantragte Abweisung des Antrags wegen anderweitiger Rechtshängigkeit. Das deutsche Gericht habe das Verfahren nach Art. 27 Abs. 1 LugÜ<sup>2</sup> auszusetzen. Die Antragstellerin *Schlömp* widersprach diesem Antrag im Wesentlichen mit der

Begründung, dass die Schaffhauser Schlichtungsbehörde kein „Gericht“ im Sinne des LugÜ sei, weshalb das Schlichtungsverfahren keine Rechtshängigkeit in der Schweiz begründet habe.

### II. Erwägungen des vorlegenden Gerichts

Das AG Stuttgart stellte fest, dass die beiden Verfahren über einen identischen Streitgegenstand verfügen.<sup>3</sup> Vor diesem Hintergrund zog es Art. 27 und Art. 30 LugÜ heran, wonach das später angerufene Gericht das Verfahren auszusetzen hat, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts festgestellt wird. Die entscheidende Frage bestand für das deutsche AG darin, ob mit der Anrufung der Schlichtungsbehörde Reiat bereits Rechtshängigkeit begründet wurde. Dabei erachtete es als relevant, ob Schlichtungs- und nachfolgendes Klageverfahren zusammen als einheitliches Verfahren zu beurteilen sind, so dass die Anrufung der Schlichtungsbehörde Rechtshängigkeit ohne weiteres auch für das Klageverfahren bewirkt.

Das AG befürwortete die Einheitlichkeit des Verfahrens, zumal nach Schweizer Zivilprozessrecht eine gerichtliche Beurteilung i.d.R. nur erfolgen kann, wenn zuvor eine Klagebewilligung durch die Schlichtungsbehörde ausgestellt wurde. Gleichzeitig verwies das AG auf ein *obiter dictum* des Schweizerischen Bun-

\* Den Damen MLaw Martina Engel, RAin, und MLaw Ketzia Pathy sei für ihre Unterstützung bestens gedankt.

1 AG Stuttgart, Beschl. v. 8.8.2016 – 28 F 618/16; zu Sachverhalt und Prozessgeschichte s. auch *Alexander R. Markus/Frauке Renz*, *Schlichter sind nach LugÜ Richter, Rechtshängigkeit nach Rechtssache Schlömp, C-467/16*, AJP 11/2017, S. 1350 ff., S. 1350 f.; *Alexander R. Markus/Melanie Huber-Lehmann*, *Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (2017)*, Swiss Review of International and European Law (SRIEL) 2018, S. 78 ff.; *Jolanta Kren Kostkiewicz/Zina Conrad/Tea Gelbhaus/Alejandro Morales Sancho*, *Internationales Zivilprozessrecht – Entwicklungen 2017*, Bern 2018, S. 14 ff.

2 Lugano-Übereinkommen vom 30.10.2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ, SR 0.275.12).

3 „Kernpunkttheorie“, so z.B. EuGH, 8.12.1987 – C-144/86 – *Gubisch Maschinenfabrik*, ECLI:EU:C:1987:528, E. 6.