

MATTHIAS KLÖPFER

Missbrauch im
Europäischen
Zivilverfahrensrecht

*Veröffentlichungen
zum Verfahrensrecht
124*

Mohr Siebeck

Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht
Band 124

herausgegeben von
Rolf Stürner



Matthias Klöpfer

Missbrauch im Europäischen
Zivilverfahrensrecht

Mohr Siebeck

Matthias Klöpfer, geboren 1985; Studium der Rechtswissenschaft in Konstanz; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Konstanz.

e-ISBN PDF 978-3-16-154593-1

ISBN 978-3-16-154255-8

ISSN 0722-7574 (Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Für Paša

Vorwort

Die Idee zu vorliegender Arbeit entstand im Laufe meines Studiums an der Universität Konstanz. Das Fehlen eines konsistenten dogmatischen Ansatzes zum Umgang mit missbräuchlichem Verhalten im Europäischen Zivilverfahrensrecht und die methodische Hilflosigkeit in Rechtsprechung und Literatur, forderten eine Arbeit zu diesem Thema geradezu heraus. Im Wintersemester 2014/2015 wurde die Arbeit vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand Frühjahr 2015. Erfreulich war, dass der EuGH in seinem Urteil vom 21.5.2015, Rs. C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide* zu erkennen gab, dass er die Kernthesen der Arbeit in der Sache vollumfänglich stützt.

Mein ganz besonderer Dank gilt meiner Doktormutter, Frau Prof. Dr. Astrid Stadler, die mein Interesse für das Rechtsgebiet weckte und damit maßgeblichen Anteil am Entstehen dieser Arbeit hat. Ihre fachliche Expertise und ihre herzliche Art haben mich den kompletten Schreibprozess über begleitet. Ebenfalls zu Dank verpflichtet bin ich dem Zweitgutachter der Arbeit, Herrn Professor Dr. Michael Stürner, M.Jur. (Oxford), nicht nur für die zeitnahe Begutachtung, auch für seine stete Diskussionsbereitschaft, die ich immer zu schätzen wusste. Für die Aufnahme der Arbeit in die vorliegende Schriftenreihe danke ich Herrn Professor Dr. Dres. h.c. Rolf Stürner. Für die finanzielle Unterstützung des Drucks bin ich der Studienstiftung *ius vivum* und Herrn Professor Dr. Haimo Schack LL.M. (Berkeley) zu Dank verpflichtet.

Stets fruchtbar war die Diskussion mit Freunden und Kollegen. Wertvolle Anregungen für vorliegende Arbeit und heitere Stunden an der Universität verdanke ich insbesondere Herrn Alexander Eggers, Herrn Dr. Julian L. Garritzmann, Herrn Dr. Hugo Z. Hackenbusch, Herrn Jonas Kotzur, Herrn Dr. Christoph Wendelstein und dem gesamten Lehrstuhlteam.

Schließlich danke ich meiner gesamten Familie, allen voran meinen lieben Eltern, Christa und Hermann R. Klöpfer, für ihre immerwährende, gütige Unterstützung und Förderung. Gewidmet ist die Arbeit schließlich einer außergewöhnlichen Person, die mich immer wieder neu begeistert und beeindruckt und der ich nicht genug danken kann.

Konstanz, im Dezember 2015

Dr. Matthias Klöpfer

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung.....	1
§ 1 Ausgangslage	2
A. Harmonisierung des Europäischen Zivilverfahrensrechts.....	6
B. Diskrepanzen	8
C. Bisherige Ansätze	11
§ 2 Methodik.....	13
A. Untersuchungsgegenstand.....	13
I. Begrifflicher Ansatz	13
II. Ansetzen an der Reichweite des unionsrechtlichen Missbrauchs- verbots.....	14
III. Missbrauch als Problem der Rechtsanwendung.....	15
1. Simulation	15
2. Betrügerisches Vorverhalten	17
3. Missbrauchsverhinderung und Billigkeit	18
IV. Europäisches Zivilverfahrensrecht.....	19
V. Interparteilicher Missbrauch	20
B. Notwendigkeit der Rechtsvergleichung.....	20
§ 3 Gang der Darstellung.....	22
Kapitel 1: Missbrauchsverhinderung im nationalen Recht und im Unionsrecht	23
§ 4 Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung im nationalen Recht	24
A. Rechtsmissbrauch	25

I.	Rechtsgeschichtliche Grundlagen	26
1.	Exceptio doli, (bona) fides und aequitas im römischen Recht.....	26
2.	Geltung der exceptio doli generalis unter dem BGB.....	28
3.	Die Rechtsmissbrauchslehre in der Zeit des National- sozialismus.....	29
II.	Das Rechtsmissbrauchsverbot und § 242 BGB	30
1.	Struktur	31
a)	Abgrenzung zu anderen Fragenkomplexen und Subsidiarität des Rechtsmissbrauchsverbots.....	32
b)	Interessenabwägung	34
c)	Relevanz subjektiver Elemente	35
d)	Innentheorie.....	36
e)	Individueller und institutioneller Rechtsmissbrauch.....	36
2.	Fallgruppen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens	38
a)	Unredlicher Rechtserwerb/Vereiteln des Rechtserwerbs des anderen Teils.....	38
b)	Fehlendes schutzwürdiges Eigeninteresse	39
c)	Grobe und rücksichtslose Rechtsverfolgung.....	41
d)	Venire contra factum proprium bzw. sonstige Widersprüch- lichkeit zu vorangegangenem Verhalten.....	41
3.	Rechtsfolge	42
III.	Rechtsmissbrauch in anderen europäischen Rechtsordnungen	43
1.	Frankreich	43
a)	Ausschluss bestimmter droits absolus?	45
b)	Voraussetzungen und Rechtsfolgen eines abus de droit.....	47
c)	Verhältnis des abus de droit zur Auslegung	49
d)	Verhältnis zur anderen Lösungsansätzen.....	49
2.	England.....	51
a)	Individualistischer Ansatz des Common Law.....	52
b)	Funktionale Äquivalente zu einem Rechtsmissbrauchs- verbot.....	53
IV.	Zusammenfassung	55
B.	Gesetzesumgehung	57
I.	Struktur von Umgehungsvorgängen.....	59
1.	Umgehen und Erschleichen von Rechtsnormen	60
2.	Erschleichen von Rechtsnormen.....	60
3.	Gesetzesumgehung als Frage der Rechtsgeltung.....	61
4.	Umgehungsubjekte.....	62
5.	Rechtsbereiche	63
II.	Auflösung von Umgehungssachverhalten in der deutschen Methodenlehre	64
1.	Auslegung und Analogie als Lösungsansatz	64
a)	Prüfungsschritte	65

b)	Abgrenzung zwischen erlaubter Tatbestandsplanung und unzulässiger Gesetzesumgehung	66
c)	Bedeutung von Umgehungsverboten für die Lösung von Umgehungsfällen	67
d)	Missbräuchlichkeit des Umgehungsverhaltens irrelevant; Konkurrenz von Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauchsverbot.....	68
2.	Umgehungsabsicht	71
a)	Umgehungsabsicht als Abgrenzungskriterium zwischen zulässigem und unzulässigem Verhalten?.....	73
b)	Absicht zur Verwirklichung eines sog. Gesamtplans und Umgehungsabsicht	74
c)	Modifikation von Auslegung und Analogiebildung aufgrund subjektiver Momente?.....	76
d)	Restwert des Subjektiven in Umgehungsfällen.....	78
3.	„Rechtsfolge“ einer Gesetzesumgehung	79
III.	Gesetzesumgehung in anderen europäischen Rechtsordnungen	80
1.	Frankreich	80
a)	Anwendungsvoraussetzungen der fraude à la loi	81
b)	Einheitliche Betrachtungsweise des Umgehungsvorgangs.....	82
c)	Verhältnis der fraude à la loi zur Auslegung	83
d)	Abgrenzung zu anderen Lösungsansätzen	86
2.	England.....	87
a)	Struktur des Common Law und Gesetzesumgehung.....	87
b)	Der zweckorientierte Ansatz bei der Auslegung von statutory law	89
c)	Public policy als Schranke	91
IV.	Zusammenfassung	91
	<i>§ 5 Missbrauchsverhinderung im Unionsrecht.....</i>	<i>93</i>
A.	Unionsrechtliches Missbrauchsverbot als allgemeiner Rechtsgrundsatz	94
I.	Induktive Ableitung des Missbrauchsverbots	95
1.	Analogie und Induktion.....	96
2.	Induktionsgrundlage.....	96
II.	Rechtsprechung des EuGH	98
1.	Umgehungsfälle	100
2.	Erschleichungsfälle	103
3.	Missbräuchliche Rechtsausübung.....	106
III.	Primär- und Sekundärrecht	108
1.	Ableitung aus geschriebenem Unionsrecht	108
2.	Wettbewerbsregeln, Art. 101 ff. AEUV.....	109

3. Nichtigkeitsklage wegen Ermessensmissbrauchs, Art. 263 Abs. 2 AEUV	110
4. Richtlinien und Verordnungen	111
IV. Analyse des Fallmaterials: Allgemeingültiges Missbrauchsverbot ..	113
1. Ableitung durch den EuGH	113
a) Abstrakt-genereller Missbrauchsbegriff	114
b) Verweisungstechnik	115
c) Anerkennung des Missbrauchsverbots in der Praxis	117
d) Unionsrechtliches Missbrauchsverbot als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts	117
2. Terminologische Vielfalt in der EuGH-Rechtsprechung	118
V. Zwischenergebnis	121
B. Erscheinungsformen von Missbrauch in der Rechtsprechung des EuGH	122
I. Vermeiden nationalen Rechts unter Berufen auf Unionsrecht	122
II. Vermeiden von Unionsrecht	123
III. Erschleichen	126
IV. Missbräuchliche Rechtsausübung	126
C. Voraussetzungen des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots	128
I. Formales Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen	129
1. Grundlagen der Auslegung von Unionsrecht	130
a) Der sog. teleologische Ansatz des EuGH	131
b) Die politische Dimension des teleologischen Ansatzes	133
2. ‚Eindeutiger‘ Wortlaut und Hierarchie von Auslegung und Missbrauchsverbot hinsichtlich dessen Anwendungs- voraussetzungen	135
3. Zusammenspiel von Auslegung und Missbrauchsverbot	138
a) Effet utile und Anwendungsvorrang von Unionsrecht als limitierende Faktoren missbrauchsorientierter Auslegung	140
b) Trennung von allgemeingültiger Auslegung und einzelfall- bezogener Rechtsanwendung	144
c) Kompetenzverteilung zwischen EuGH und mitgliedstaatlichen Gerichten	146
4. Zwischenergebnis	148
II. Zweckwidrigkeit der Rechtsanwendung	149
1. Einbeziehung primärrechtlicher Wertungen und Strukturprinzipien	150
2. Die Bedeutung des Zweckwidrigkeitskriteriums für die Fälle missbräuchlicher Rechtsausübung	150
3. Die Bedeutung des Zweckwidrigkeitskriteriums in Fällen des Umgehens und des Erschleichens von Rechtsnormen	151
III. Missbrauchsabsicht	152
1. Ableitung der Missbrauchsabsicht aus objektiven Umständen	153

a) Künstlichkeit der Gestaltung und weitere Indizien	154
b) Interessenabwägung	157
2. Ermittlungsschwierigkeiten?	157
3. Subjektives Element als Schutz vor ausschweifender Anwendung	158
4. Verbindungslinien zwischen Zweckwidrigkeit und Künstlichkeit	159
5. Unterschiedliche Bedeutung der Missbrauchsabsicht	160
IV. Beweislastfragen	161
D. Abwägung mit widerstreitenden Prinzipien	162
E. Wirkungen des Missbrauchsverbots	165
I. Sachlicher Wirkungsbereich	165
1. Unmittelbare Wirkung im Gleichordnungssystem	166
2. Public/private-divide und Europäisches Zivilverfahrensrecht	167
3. Zwischenergebnis	168
II. Persönlicher Wirkungsbereich	169
1. Subjektiv-rechtliche Dimension	169
2. Reichweite erga omnes?	170
III. Wirkungsweise	171
1. Verhältnis zu nationalen Ansätzen der Missbrauchs- verhinderung	171
2. Referenzmodell: Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch ..	172
F. Zusammenfassung	174

Kapitel 2: Missbrauch im Europäischen Zivilverfahrensrecht .. 175

§ 6 Geltung des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots im Europäischen Zivilverfahrensrecht

A. Das unionsrechtliche Missbrauchsverbot als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts	176
B. Hinweise in Rechtsprechung und geschriebenem Recht zur Vereinbarkeit von Missbrauchsverhinderung und Europäischem Zivilverfahrensrecht	178
I. Rechtsprechung des EuGH	178
1. MSG, Réunion européenne, Kalfelis, AS-Autoteile, Kiesel Baumaschinen, Solvay, Painer, Rinau und Agguire Zarraga	179
2. Die Gasser-Entscheidung des EuGH als bedingungsloser Ausschluss von Missbrauchserwägungen im Europäischen Zivilverfahrensrecht?	180
a) Beschränkte Wirkung von Obiter dicta	181
b) Klägerverhalten in Gasser kein offensichtlicher Missbrauch ..	183

c) Vorbehalte gegenüber einer willkürlichen Abweichung von Unionsrecht.....	183
II. Vorschriften des Europäischen Zivilverfahrensrechts	185
C. Praxistauglichkeit: Rückschlüsse aus der Behandlung von Verfahrensmissbrauch in einigen europäischen Zivilverfahrensrechten	187
I. Deutsches Recht	188
1. Verhinderung von Gesetzesumgehung.....	189
2. Individueller Rechtsmissbrauch.....	189
II. Andere europäische Zivilverfahrensrechtsordnungen.....	191
1. Frankreich	192
2. England.....	194
D. Notwendigkeit der Übertragung.....	195
I. Anwendung nationaler Missbrauchsverhinderungsmechanismen? ..	196
1. Regelungsanspruch des Unionsrechts und effet utile	196
2. Ausdrückliche Vorbehalte zugunsten der lex fori	198
3. Kein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip.....	200
II. Anwendung einer europäischen Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis?	200
1. Kein belastbares Konzept einer unionsrechtlichen Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis	201
2. Unterschiedliche Zielrichtung von Missbrauchsverbot und Rechtsschutzbedürfnis.....	201
III. Anwendung von EMRK und Grundrechte-Charta ausreichend?.....	202
E. Zusammenfassung.....	205
<i>§ 7 Vereinbarkeit des Missbrauchsverbots mit Grundprinzipien des Europäischen Zivilverfahrensrechts</i>	<i>207</i>
A. Prüfungsmaßstab und Möglichkeit kontextbezogener Anwendung von Verfahrensgarantien	208
I. Effet utile kein Prüfungsmaßstab	209
II. Relativität verfahrensrechtlicher Rechte in der neueren EuGH-Rechtsprechung	211
1. Gambazzi – Hypoteční banka – de Visser.....	211
2. Bewertung der neueren EuGH-Rechtsprechung.....	213
3. Interessenjurisprudenz und Internationales Zivilverfahrensrecht	214
B. Rechtssicherheit.....	217
I. Rechtssicherheit im allgemeinen unionsrechtlichen Diskurs	219
II. Verfahrensrechtliche Notwendigkeit klarer Strukturen und der Zweck des Zivilverfahrens	221
III. Der Rang der Rechtssicherheit im deutschen Zivilverfahrensrecht...223	
1. Die sog. ‚Formenstrenge‘ im deutschen Zivilverfahrensrecht.....	224

2. Das Konzept ‚strenger‘ Rechtsnormen und das Rechtsmissbrauchsverbot.....	225
IV. Die Abkopplung des Europäischen Zivilverfahrensrechts	227
1. Verwerfungen zwischen mitgliedstaatlichem und Europäischem Zivilverfahrensrecht	228
2. Verwerfungen im Unionsrecht selbst: Steuerrecht.....	229
V. Unterfall des Rechtssicherheitsgrundsatzes: Vorhersehbarkeit gerichtlicher Zuständigkeiten.....	231
1. Maßstab für vorhersehbare Zuständigkeiten: Die Handte-Entscheidung des EuGH.....	232
2. Friktionen von Missbrauchsverhinderung und vorhersehbaren Zuständigkeiten.....	232
3. Missbrauchsvarianten im Zuständigkeitsrecht	233
a) Motive für Zuständigkeitsmissbrauch	235
b) Missbräuchliches forum shopping.....	237
c) Zuständigkeitserschleichung	241
d) Fehlende Präzision in der gebräuchlichen Abgrenzung beider Phänomene.....	247
4. Kontextbezogene Aktualisierung des Vorhersehbarkeitsarguments.....	251
5. Ablehnung der forum non conveniens-Lehre durch den EuGH als Argument gegen die Anwendung des Missbrauchsverbots? ..	252
a) Gefahr uneinheitlicher Anwendung und effet utile.....	253
b) Argument der Rechtssicherheit aus Owusu kein Hindernis für Anwendung des Missbrauchsverbots	256
6. Forum non conveniens-Erwägungen im geltenden Europäischen Zivilverfahrensrecht	256
7. Die tatsächliche Vorhersehbarkeit von Gerichtsständen nach der Rechtsprechung des EuGH.....	258
a) Die Rechtssache Gruber.....	259
b) Die sog. Tessili-Formel.....	259
c) Erfüllungsort im Sinne des Art. 7 Nr. 1 EuGVVO	260
d) Persönlichkeitsrechtsverletzungen über das Internet	260
8. Öffentliches Interesse an vorhersehbaren Zuständigkeiten?	261
9. Verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Aspekt.....	262
VI. Zwischenergebnis	263
C. Gegenseitiges Vertrauen	265
I. Positive Komponente.....	268
II. Negative Komponente	269
1. Verbot der Pauschalisierung	270
a) Überlange Verfahrensdauer in einem bestimmten Mitgliedstaat	270

b) Auswirkungen auf die Anwendung des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots.....	271
2. Einmischungs- bzw. Bevormundungsverbot.....	272
a) Verbot sog. anti-suit injunctions als spezielle Ausprägung....	273
b) Auswirkungen auf die Anwendung des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots.....	275
III. Gegenseitiges Vertrauen als Postulat	278
1. Wirkung des Grundsatzes zum Nachteil von Verfahrens- beteiligten?.....	280
a) Völkerrechtliche Verpflichtung zu Lasten von Privatrechts- subjekten?.....	281
b) Gegenseitiges Vertrauens kein Selbstzweck.....	282
2. Vertrauen durch Kontrolle.....	283
IV. Relativierung bzw. Modifikation des Vertrauensgrundsatzes	286
1. Legislatives	286
a) Art. 31 Abs. 2 und 3 EuGVVO	287
b) Beibehaltung bzw. Ausweitung der Rügemöglichkeiten bei der Vollstreckung ausländischer Titel unter der reformierten EuGVVO	289
2. Judikatives	291
a) Die Entscheidung in Sachen Gothaer Allgemeine	291
b) Entscheidung in der Rechtssache Weber und die Vorlage in der Rechtssache Weitkämper-Krug	293
V. Zwischenergebnis	300
D. Vermeidung von Parallelverfahren und unvereinbarer Entscheidungen	303
I. Streitpunkt: Torpedoklagen	304
II. Die Risikobereitschaft von Gerichtshof und Gesetzgeber	305
III. Zwischenergebnis: Die Vereinbarkeit des unionsrechtlichen Miss- brauchsverbots mit Interesse an der Verhinderung von Parallelver- fahren und unvereinbarer Entscheidungen	306
1. Das zuerst angerufene Gericht ist unzuständig	307
2. Das zuerst angerufene Gericht ist an sich zuständig	307
E. Einheitliche Anwendung von Unionsrecht	309
I. Allgemeingültigkeit des Gebots und Notwendigkeit einheitlicher Methodik	309
II. Besonderes Bedürfnis nach einheitlicher Anwendung im Euro- päischen Zivilverfahrensrecht	310
1. Status quo: Divergierende nationale Ansätze zur Verhinderung von Verfahrensmisbrauch	311
2. Vorzüge eines unionseinheitlichen Konzepts.....	312
III. Zwischenergebnis: Die Vereinbarkeit des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots mit dem Gebot einheitlicher Anwendung von Unionsrecht.....	313

F. Zusammenfassung: Die Vereinbarkeit des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots mit Grundprinzipien des Europäischen Zivilverfahrensrecht.....	313
Kapitel 3: Einzelne Missbrauchsgestaltungen	315
§ 8 Zuständigkeitserschleichung.....	316
A. Art. 8 Nr. 2 EuGVVO: Gerichtsstand der Gewährleistungs- und Interventionsklage.....	317
B. Art. 8 Nr. 1 EuGVVO: Gerichtsstand der Streitgenossenschaft.....	320
I. Missbrauchsverhinderung durch Konnexität?	321
II. Bedürfnis bzw. Möglichkeit für eine weitergehende Missbrauchsverhinderung?	322
1. Übertragung des Missbrauchsvorbehalts aus Art. 8 Nr. 2 EuGVVO?.....	326
2. Anwendung des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots	328
a) Zweckwidrigkeit	329
b) Missbrauchsabsicht	329
III. Zusammenfassung	330
C. Art. 7 Nr. 2 EuGVVO: Provokation eines Schadens	331
I. Die Linie der deutschen Rechtsprechung	332
1. Testbestellungen im materiellen Recht	332
2. Übertragung des materiell-rechtlichen Maßstabs auf § 32 ZPO	332
3. Unzulässig: Übertragung eines nationalen Maßstabs auf Art. 7 Nr. 2 EuGVVO.....	333
II. Die Entscheidung der Cour de cassation vom 25. März 2009.....	335
III. Anwendung des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots.....	336
1. Zweckwidrigkeit	337
a) Künstliche Gestaltungen	338
b) Die Funktion des Art. 7 Nr. 2 EuGVVO im Gesamtsystem der EuGVVO	338
c) Fehlende Schutzwürdigkeit des Klägers.....	339
d) Zwischenergebnis	340
2. Missbrauchsabsicht	342
IV. Zusammenfassung	342
D. Zuständigkeitserschleichung durch Verlegung anknüpfungsrelevanter Tatsachen in den Gerichtsstaat	342
I. Insolvenz- bzw. Restschuldbefreiungstourismus.....	343
II. Verschieben von Nachlassvermögen, Art. 10 EuErbVO	345
1. Art. 10 EuErbVO im Gesamtsystem der Verordnung	345
2. Unbeschränktheit des Vermögensbegriffs	347

a) Unbeschränktheit in zeitlicher Hinsicht.....	347
b) Unbeschränktheit in nomineller Hinsicht	348
3. Hinreichender Inlandsbezug als ungeschriebenes Tatbestands- merkmal?	349
4. Anwendung des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots	350
a) Zweckwidrigkeit	350
b) Missbrauchsabsicht	351
5. Zusammenfassung	352
 § 9 Missbrauch verfahrensrechtlicher Befugnisse und Rechte	354
A. Torpedoklagen.....	355
I. Alternative Lösungsvorschläge.....	356
1. Verteidigung vor dem zuerst angerufenen Gericht.....	356
2. Einstweiliger Rechtsschutz.....	357
3. Modifikation des Streitgegenstandsbegriffs im Europäischen Zivilverfahrensrecht	358
4. Lösungsvorschläge bei Verstoß gegen ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarungen	359
5. Verfahren nach Art. 31 Abs. 2 und 3 EuGVVO.....	359
6. Schadenersatzanspruch bei Verletzung einer ausschließlichen Gerichtsstandsvereinbarung.....	363
II. Anwendung des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots.....	365
1. Zweckwidrigkeit	366
2. Missbrauchsabsicht	367
III. Exkurs: Zulässigkeit von anti-suit injunctions in der reformierten EuGVVO?	367
IV. Zusammenfassung	369
B. Missbräuchliches forum shopping.....	370
I. Der Grundsatz freier Zuständigkeitswahl.....	370
II. Anwendungsfeld: beziehungsarme Gerichtsstände.....	371
III. Anwendung des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots.....	372
1. Zweckwidrigkeit	372
2. Missbrauchsabsicht	373
IV. Zusammenfassung	374
 Ergebnisse.....	375
 Conclusion.....	381
 Literaturverzeichnis.....	387
Entscheidungsverzeichnis.....	421
Stichwortverzeichnis	430

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union/Gemeinschaften
Abs.	Absatz; Absätze(n)
AC	Appeals Cases (The Law Reports)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft
Ala.	Alabama State Reporter
All ER	All England Law Reports
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art./Artt.	Artikel; Article
Aufl.	Auflage
AUR	Agrar- und Umweltrecht
AW-Prax	Außenwirtschaftliche Praxis
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer; Begründerin
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Brüssel I-VO	siehe <i>EuGVVO</i>
Bull. civ.	Bulletin des Arrêts Chambre civiles
bzw.	beziehungsweise

Cass. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation française
CC	Code Civil des Français
CDE	Cahiers de Droit Européen
Ch	The Law Reports, Chancery Division
Civ.	Cour de cassation française
C.L.J.	The Cambridge Law Journal
C.L.S.Rev.	Computer Law & Security Review
C.L.P.	Current Legal Problems
Clunet	Journal de droit international
C.M.L.R.	Common Market Law Review
Cornell Int'l L.J.	Cornell International Law Journal
D.	Recueil (de jurisprudence) Dalloz
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe; dieselben
d.h.	das heißt
dms	der moderne staat
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStRE	DStR-Entscheidungsdienst
E.B.L.R.	European Business Law Review
EBOR	European Business Organization Law Review
ECJ	European Court of Justice
EC T.J.	EC Tax Journal
E.D. Ark.	Eastern District of Arkansas
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Europäische Gerichtshof für Menschenrechte
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Reporter
E.L.Rev.	European Law Review
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention 4.11.1950, zuletzt geändert durch Protokoll Nr. 14 vom 13.5.2004 m.W.v. 1.6.2010
E.R.P.L.	European Review of Private Law
ET	European Taxation
EU	Europäische Union
EuEheVO	Verordnung (EG) Nr. Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, ABl. L 338 v. 23.12.2003, S. 1
EuErbVO	Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und

	Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. L 201 v. 27.7.2012, S. 107
EuG	Europäisches Gericht
EuGFVO	Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, ABl. Nr. L 199 v. 11.7.2007, S. 1
EuGVÜ	Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968, BGBl. 1972 II, S. 774, in der Fassung des 4. Beitrittsübereinkommens vom 29. Dezember 1996, BGBl. 1998, S. 1412
EuGV(V)O a.F.	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen vom 22. Dezember 2000, ABl. L 12 v. 16.1.2000, S. 1
EuGVVO	Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 351 v. 20.12.2012, S. 1.
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuInsVO	Verordnung (EG) Nr. 1364/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, ABl. L 160 v. 30.6.2000, S. 1
EuLF	The European Legal Forum (Zeitschrift)
EuMahnVO	Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2016 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ABl. L 399 v. 12.12.2006, S. 1
EuKpFVO	Verordnung (EU) Nr. 655/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Einführung eines Verfahrens für einen Europäischen Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung im Hinblick auf die Erleichterung der grenzüberschreitenden Eintreibung von Forderungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 189 v. 27.6.2015, S. 59
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EuUnthVO	Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, ABl. L 7 v. 10.1.2009, S. 1
EUV	Vertrag über die Europäische Union, Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon, ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 13
euvr	Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht
EuVTVO	Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, ABl. L 143 v. 30.4.2004, S. 15

EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	Übereinkommen von Rom über das auf Schuldverträge anwendbare Recht vom 19. Juni 1980, konsolidierte Fassung, ABl. L 27 v. 26.1.1998, S. 34
EWCA Civ	Court of Appeal of England and Wales, Civil Division
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
f., ff.	folgende
F.Supp.	Federal Supplement
FG	Finanzgericht
Fn.	Fußnote; Fußnoten
fn	footnote; footnotes
Fordham Int'l L.J.	Fordham International Law Journal
FR	Finanz-Rundschau
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt; Generalanwältin
GG	Grundgesetz
GJA	Global Jurist Advances
GKG	Gerichtskostengesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmS-OGB	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
Grundrechte-Charta	Charta der Grundrechte der Europäische Union, ABl. C 364 v. 18.12.2000, S. 1.
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report
GS	Gedächtnisschrift
GSZ	Großer Senat in Zivilsachen
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
i.E.	im Ergebnis
IHR	Internationales Handelsrecht
IJPL	International Journal of Procedural Law
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
Ill.L.Rev.	University of Illinois Law Review
IPRax	Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts

IPRSpr	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts
i.R.d.	im Rahmen der; im Rahmen des
i.S.d.	im Sinne des
IStR	Internationales Steuerrecht
i.Ü.	im Übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbItalR	Jahrbuch für Italienisches Recht
JBPR	Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht
J.C.P.	Juris-Classeur périodique – La Semaine Juridique
JIR	Jahrbuch für Internationales Recht
J. Priv. Int. L.	Journal of Private International Law
I.R.L.C.T	International Review of Law, Computers & Technology
JRP	Journal für Rechtspolitik
JuS	Juristische Schulung
Jura	Juristische Ausbildung
JZ	Juristen Zeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
krit.	kritisch(e)(r)(en)
LAG	Landesarbeitsgericht
LCP	Law and Contemporary Problems
LG	Landgericht
L.I.E.I.	Legal Issues of Economic Integration
lit.	Litera/Buchstabe
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung
L.Q.R.	Law Quarterly Review
LS.	Leitsatz
m.	mit
m. (zust./krit.) Anm.	mit (zustimmender/kritischer) Anmerkung
McGill L.J.	McGill Law Journal
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
Merkourios-Utrecht J.Int'l & Eur. L.	Merkourios-Utrecht Journal of International and European Law
MMR	Multimedia und Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NIPR	Nederlands Internationaal Privaatrecht
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer(n)

NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report
N.Y.U.J.Int'l Law & Pol.	N.Y.U. Journal of International Law and Politics
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
OGH	(Österreichischer) Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
Ox.J.L.S.	Oxford Journal of Legal Studies
p., pp.	page, pages
Pace Int'l L.Rev.	Pace International Law Review
PPU	Procédure préjudicielle d'urgence
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für auslaändisches und internationales Privat- recht
RegE	Regierungsentwurf
Rev. crit DIP	Revue critique de droit international privé
Revenue LJ	Revenue Law Journal
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. L 177 v. 4.7.2008, S. 6
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ("Rom II"), ABl. L 199 v. 31.7.2007, S. 40
Rs.	Rechtssache(n)
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S.	Seite(n); Satz; Recueil Sirey bzw. Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit pu- blic
Slg.	Amtliche Entscheidungssammlung des Europäischen Gerichts- hofs
So.	Southern Reporter
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte(m)/(n)/(r)
Sp.	Spalte
s.u.	siehe unten
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung

StuW	Steuer und Wirtschaft
Trav. comité fr. DIP	Travaux du comité français de droit international privé
Tul.L.Rev.	Tulane Law Review
Tul.J.Int'l & Comp.L.	Tulane Journal of International and Comparative Law
TzBfG	Teilzeitbefristungsgesetz
u.	und
u.a.	unter anderem
Unterabs.	Unterabsatz
UR	Umsatzsteuer-Rundschau
Urt.	Urteil
UStG	Umsatzsteuergesetz
v(.)	vom; von; versus
verb. Rs.	verbundene Rechtsachen
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
vs.	versus
WLR	Weakly Law Reports
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
Yale L.J.	The Yale Law Journal
Yrbk.Priv.Int'l L.	Yearbook of Private International Law
YEL	Yearbook of European Law
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfZ	Zeitschrift für Zölle und Verbrauchsteuern
ZGB	Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
zust.	zustimmend
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZVI	Zeitschrift für Verbraucherinsolvenzrecht
ZVP	Zeitschrift für Zivilprozess bzw. vor dem 63. Jahrgang 1943: Zeitschrift für deutschen Zivilprozess
ZVPInt	Zeitschrift für Zivilprozeß International

Einleitung

„Andererseits muß jede Rechtsordnung, die den Anspruch auf ein Mindestmaß an Vollständigkeit erhebt, Maßnahmen, die ich als Selbstschutzmaßnahmen bezeichnen möchte, enthalten, um zu verhindern, daß die in ihr begründeten Rechte mißbräuchlich, exzessiv oder sachwidrig ausgeübt werden. Dieses Erfordernis ist dem Gemeinschaftsrecht keineswegs fremd, ist es doch in der Rechtsprechung des Gerichtshofes mehrmals anerkannt worden.“

Generalanwalt Tesouro, Schlussanträge v. 4.2.1998, Rs. C-367/96 (Alexandros Kefalas u.a. ./ Elliniko Dimosio u.a.), Slg. 1998, I-2843, 2856, Nr. 24.

§ 1 Ausgangslage

Wer nach der Missbrauchsanfälligkeit des Europäischen Zivilverfahrensrechts fragt, erhält in aller Regel eine positive Antwort. Bei der Erörterung des Status quo geizt man nicht mit Beispielen, in denen das Verhalten eines Verfahrensbeteiligten als missbräuchlich, arglistig, betrügerisch oder sonst wie ungehörig bezeichnet wird. Dabei geht der allgemeine Konsens dahin, dass Derartiges bei einer Inanspruchnahme der europäischen Vorschriften ebenso unzulässig sein müsse, wie dies nach dem Recht der Mitgliedstaaten der Fall sei. Wer daran anschließend nach einer Begründung für diese Einschätzung fragt, wird zu meist enttäuscht.

Ein oft genannter Klassiker für missbräuchliches Verhalten im Europäischen Zivilverfahrensrecht ist die sog. Torpedoklage^{1,2} Um die Rechtsverfolgung durch einen Gläubiger im Inland zu verzögern, erhebt der Schuldner prä-

¹ Der Begriff geht zurück auf *Franzosi*, 7 EIPR (1997) 382: „Worldwide Patent Litigation and the Italian Torpedo“.

² Vgl. aus der Vielzahl an Monographien und Aufsätzen: *Carl*, Torpedoklagen, passim; *Schmehl*, Parallelverfahren und Justizgewährung, passim; *Andrews*, GPR 2005, 8; *Fentiman*, 42 C.M.L.R. (2005) 241; *Grothe*, IPRax 2004, 205; *ders.*, IPRax 2004, 205; *Leitzen*, GRUR Int. 2004, 1010; *Nuyts*, in: de Vareilles-Sommières, Forum Shopping, S. 55; *Otte*, ZZPInt 8 (2003), 521; *Véron*, IIC 2004, 638.

ventiv eine negative Feststellungsklage vor einem überlasteten, langsam arbeitenden – unzuständigen – Gericht im Ausland.³ Wegen des weiten Streitgegenstandsbegriffs im Europäischen Zivilverfahrensrecht⁴ sperrt die Rechtshängigkeit dieser Klage eine legitime Leistungsklage des Gläubigers im Inland im Regelfall auf mehrere Jahre. Der auf den Gläubiger hierdurch aufgebaute Vergleichsdruck ist erheblich.⁵ Ein ebenfalls häufig angeführtes Beispiel für missbräuchliches Verhalten ist auch die sog. Zuständigkeitserschleichung. Dabei werden im Gerichtsstaat die Anknüpfungsmomente einer Zuständigkeitsregel verändert oder geschaffen, um gezielt eine Zuständigkeit zu begründen.⁶ Die Unzulässigkeit derartigen Verhaltens wird im Europäischen Zivilverfahrensrecht gewöhnlich in Zusammenhang mit Art. 8 Nr. 1 EuGVVO⁷ erörtert. Diese

³ Als besonders attraktiv haben sich in der Vergangenheit die Gerichte Italiens erwiesen. Auch wenn man in der Diskussion aus deutscher Sicht Vorsicht walten lassen muss (vgl. *G.-P. Calliess*, *Der Richter im Zivilprozess*, S. A 53 ff.), zeigt sich in Gerichtsentscheidungen doch immer wieder, dass schon eine bloße Zuständigkeitsprüfung vor italienischen Gerichten erhebliche Zeit in Anspruch nehmen kann: So wurde im Fall des OLG Hamburg, *Beschl. v. 8.8.2012*, 13 W 33/12, BeckRS 2013, 411 das Verfahren vor deutschen Gerichten durch die in Mailand anhängig gemachte Torpedoklage vom 2.12.2010 zunächst bis zur Klageabweisung mangels Unzuständigkeit am 8.5.2012 in erster Instanz verzögert. Die Torpedoklägerin ging hiergegen in Berufung. Das Verfahren in Italien dauerte zumindest bis zum 18.9.2013, dem Tag der Vorlageentscheidung des BGH an den EuGH, vgl. BGH, v. 18.9.2013, V ZB 163/12, WM 2013, 2160, 2160, Nr. 2, also mehr als 2 Jahre und 9 Monate.

⁴ Es gilt die sog. Kernpunkttheorie, vgl. *Stadler*, in: Musielak, Art. 27 EuGVVO Rn. 5 und grundlegend EuGH, *Urt. v. 8.12.1987*, Rs. 144/86 (*Gubisch Maschinenfabrik KG ./.* Giulio Palumbo), Slg. 1987, 4861.

⁵ *Bogdan*, 51 *Scandinavian Studies in Law* (2007) 89, 93; *Fentiman*, 42 *C.M.L.R.* (2005) 241, 253.

⁶ Vgl. etwa *Ionescu*, *L'abus de droit*, S. 219 ff.; *Köckert*, *Die Beteiligung Dritter im Internationalen Zivilverfahrensrecht*, S. 81 ff.; *Reuß*, *Forum Shopping*, S. 270 ff.; *Winter*, *Gerichtsstand des Sachzusammenhangs*, S. 56 f., 73 ff.; *Althammer*, *IPRax* 2008, 228, 231; *ders.*, in *GS Konuralp*, S. 103, 119 ff.; *Briggs*, in: *de la Feria/Vogenauer*, *Prohibition of Abuse of Law*, S. 279, 283 ff.; *Coester-Waltjen*, in: *FS Kropholler*, S. 747, 747 ff.; *Lüttringhaus*, *ZZP* 127 (2014), 29, 33 f.; *Metzger*, in: *de la Feria/Vogenauer*, *Prohibition of Abuse of Law*, S. 235, 244; *Nuyts*, 3 *GJA* (2003) 1, 11 f.; *Sujecki*, *NJW* 2007, 3706; *Thole*, *ZZP* 122 (2009), 423, 426 f.; *Würdinger*, *RIW* 2008, 71, 72; *ders.*, *ZZPInt* 11 (2006), 180, 186 f.

⁷ Verweise auf die *EuGVVO* beziehen sich, soweit dies nicht anderweitig kenntlich gemacht wird, auf die Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen, *ABl. L* 351 v. 20.12.2012, S. 1. Soweit dies für das bessere Verständnis der Ausführungen angezeigt erscheint, werden die jeweiligen Parallelnormen bezeichnet, wobei auf Unterschiede im Detail nur bei entsprechender Relevanz hingewiesen wird. Bei der zitierten Kommentarliteratur ist der jeweilige, im Literaturverzeichnis wiedergegebene Bearbeitungsstand zu beachten, ohne dass ein Hinweis auf die a.F. oder die n.F. erfolgt.

Vorschrift ermöglicht es einem Kläger, durch die Klage gegen einen sog. Ankerbeklagten⁸ einen weiteren Beklagten vor inländische Gerichte zu ziehen. Vor allem, wenn die Klage gegen den Ankerbeklagten offensichtlich nur zur Zuständigkeitsbegründung vorgeschoben wurde, ist man der Auffassung, dass eine Zuständigkeit auf Grundlage der Vorschrift zu verneinen sei.⁹

Weitere Fälle, in denen in Schrifttum und Rechtsprechung mittels eines nicht näher definierten Begriffs des (Rechts-)Missbrauchs operiert wird, sind zahlreich und äußerst verschieden: die gezielte Verlegung des sog. *comi* im Anwendungsbereich der Europäischen Insolvenzverordnung, um einen günstigen Gerichtsstand für die Liquidation einer Gesellschaft oder eines Privatvermögens zu erlangen¹⁰, das Aufspalten einer Klagesumme in mehrere Teilklagen, um die Vorzüge der Europäischen Bagatellverordnung nutzen zu können¹¹, die widersprüchliche Ausübung des Rechts der Zuständigkeitsrüge¹², die Vereinbarung eines sog. abstrakten Erfüllungsortes, um über Art. 7 Nr. 1 EuGVVO eine subjektiv günstige Zuständigkeit zu schaffen und die Formvorschriften über Gerichtsstandsvereinbarungen zu umgehen¹³, die Provokation eines Schadens, um einen inländischen Klägergerichtsstand auf Grundlage des Art. 7 Nr. 2 EuGVVO zu schaffen¹⁴, die Auswahlentscheidung zwischen mehreren alternativen Zuständigkeiten, wenn dies durch verfahrensfremde Motive getragen ist, etwa der Absicht, einen anderen zu schädigen¹⁵ und das Beantragen einer vorläufigen Kontosperrung auf zweifelhafter Grundlage, um einen potentiellen Schuldner zu einem ungünstigen Vergleich oder Ähnlichem zu nötigen¹⁶.

⁸ Nach *Würdinger*, ZZPInt 11 (2006), 180, 181 geht der Begriff zurück auf die Entscheidung des *House of Lords in Canada Trust Co v Stolzenberg (No.2)* [2000] UKHL 51, [2000] 4 All ER 481, [2000] 3 WLR 1376 per Lord Steyn at 1386: „anchor defendant.“

⁹ Vgl. *Geimer*, in: Zöllner, Art. 6 EuGVVO Rn. 2; *Kropholler/von Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht, Art. 6 EuGVVO Rn. 15 f.; *Leible*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 6 EuGVVO Rn. 21; *Stadler*, in: Musielak, Art. 6 EuGVVO Rn. 2a; *G. Wagner*, in: Stein/Jonas, Art. 6 EuGVVO Rn. 41 ff., 57 f.

¹⁰ Vgl. *Reuß*, Forum shopping, passim; *Haubold*, IPRax 2003, 34, 38; *Rotstegge*, ZIP 2008, 955, 961.

¹¹ Vgl. *Kropholler/von Hein*, Art. 2 EuGFVO Rn. 11 m.w.N.

¹² Vgl. Hoge Raad, 7 mei 2010, nr. 09/011115, JBPR 2010, 509 ff. m. Anm. *Freudenthal*, S. 517; zust. *Wais*, IPRax 2012, 91 ff.

¹³ Vgl. EuGH, Urt. v. 20.2.1997, Rs. C-106/95 (Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) / Les Gravières Rhénanes SARL), Slg. 1997, I-911 und unten, S. 183.

¹⁴ Vgl. Cass. civ., 25 mars 2009, N°08-14119, Bull. civ. 2009, N°64 m. Anm. *Delpêche*, D. 2009, 1014 f. und *Reinmüller/Bücken*, IPRax 2013, 185, 185 f.; allgemein: *Geimer*, in: *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Art. 5 EuGVVO Rn. 266 f. und unten, S. 335 ff.

¹⁵ Vgl. *Althammer*, in: GS Korunalp, S. 103, 110 ff.

¹⁶ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 14 und 17 der EuKpFVO.

In der Sache wird demnach erstaunlich einmütig die Notwendigkeit bejaht, in derartigen Fällen regelnd einzugreifen. Wie dies jeweils geschehen soll, darüber herrscht allerdings keinesfalls Einigkeit. Es ist auch nicht unüblich, sich über den methodischen Ansatz einfach auszuschweigen. Zwar versucht man in der Regel durch Auslegung der missbräuchlich in Anspruch genommenen Vorschrift interessengerechte Ergebnisse zu erreichen.¹⁷ Es sind aber häufig gerade diejenigen Fälle außerhalb des Wirkungsbereichs der Auslegung, die als besonders problematisch, missbräuchlich und damit regelungsbedürftig empfunden werden. Darüber hinaus sind die Möglichkeiten der Auslegung in Missbrauchsfällen durch Judikate des EuGH erheblich eingeschränkt.¹⁸ Leitet man das Missbrauchsverdict aus den Intentionen des Handelnden ab, versagen die Möglichkeiten der Auslegung gänzlich.¹⁹

Wird ausnahmsweise einmal eine konkrete Lösung vorgeschlagen, verläuft sich diese schnell in allgemeinplatzartigen Formulierungen von der Art, dass zur Verhinderung von missbräuchlichem Verhalten im Europäischen Zivilverfahrensrecht der ‚Gedanken des Rechtsmissbrauchs‘ oder ein wie auch immer geartetes ‚Missbrauchsverbot‘ angewandt oder angeprüft werden könne.²⁰ Wo-

¹⁷ Vgl. z.B. unten, S. 325 ff.

¹⁸ So etwa in dem Fall einer unzulässigen Ankerklage im Rahmen des Art. 8 Nr. 1 EuGVVO, vgl. unten, S. 325 ff.

¹⁹ Vgl. unten, S. 145.

²⁰ So etwa für das Problem sog. Torpedoklagen, *Althammer*, Streitgegenstand und Interesse, S. 722, der die Durchbrechung der Rechtshängigkeitssperre des Art. 27 EuGVVO a.F. mittels des „allgemein anerkannte(n) Missbrauchsverbot(s)“ befürwortet, womit zwar eine gewisse gemeineuropäische Grundlage adressiert wird, die aber nicht näher beschrieben wird; *ders.*, in: GS Konuralp, S. 103, 125 ff.; ebenso *Blobel/Späth*, 30 E.L.Rev. (2005) 528, 545; *Rauscher*, IPRax 2004, 405, 408; *Stauder*, in: FS Schrickler, S. 917, 928; *Tichý*, in: Lein, Brussels I Review Proposal, S. 179, 190 mit Forderungen *de lege ferenda*; *Försterling*, in: Geimer/Schütze, Internationaler Rechtsverkehr, Art. 27 EuGVVO Rn. 40. Für das Aufspalten einer Klagesumme, um in den Anwendungsbereich der EuGFVO zu gelangen, *Kropholler/von Hein*, Art. 2 EuGFVO Rn. 11, ohne nähere Ausführung. Für das Problem des sog. umgekehrten Torpedos, wenn also zur Verzögerung einer Sachentscheidung unter Ausnutzen der Wirkungen des Art. 31 Abs. 2 EuGVVO das Bestehen einer Gerichtsstandsvereinbarung missbräuchlich eingewandt wird, *Magnus/Mankowski*, ZVglRWiss 109 (2010), 1, 12. Allgemein zum Erschleichen einer Zuständigkeit, *G. Wagner*, in: Stein/Jonas, Einleitung vor Art. 2 EuGVVO Rn. 44, ohne nähere Ausführungen; zur speziellen Zuständigkeitsererschleichung im Europäischen Insolvenzrecht durch Verlegung des sog. *comi, d’Avoine*, NZI 2011, 310, 312, der sich auf einen nicht näher präzisierten „allgemeinen (Grundsatz) des Internationalen Zivilverfahrensrechts“ beruft, wonach Rechtsmissbrauch verboten sei; ohne jegliche Begründung *Schmehl*, Parallelverfahren und Justizgewährung, S. 348 f., zum missbräuchlichen *forum shopping*; *Geimer*, in: Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Art. 5 EuGVVO Rn. 266, der auf das Verbot widersprüchlichen Verhaltens als „gemeineuropäisches Rechtsprinzip“ verweist, um das Erschleichen des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO a.F. durch Provokation eines Schadens zu regulieren; im selben Zusammenhang auf

rin diese ihre Grundlagen finden, wird in aller Regel offen gelassen. Nicht selten hat man dabei den Eindruck, dass ohnehin mit einem nationalen Begriffsverständnis des Missbrauchs operiert wird und in der Folge nationale Rechtsfiguren zur Verhinderung von schädigendem, arglistigem und betrügerischem Verhalten eingesetzt werden sollen. Dieser Ansatz bedürfte aber wegen des Mehrebenencharakters des Unionsrechts einer Rechtfertigung, die in der Regel unterbleibt.²¹ Der Rechtsanwendung im Europäischen Zivilverfahrensrecht kann damit insgesamt attestiert werden, dass sie in Fragen des Missbrauchs verfahrensrechtlicher Befugnisse und Rechte entweder noch zu sehr am nationalen Recht orientiert ist oder ohne einen irgendwie präzisierten Missbrauchseinwand operiert.

A. Harmonisierung des Europäischen Zivilverfahrensrechts

Dieser Befund ist unbefriedigend. Der teilweise ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Verweis auf nationales Recht für Fragen des Verfahrensmissbrauchs ist im Europäischen Zivilverfahrensrecht schon keine Lösung. Nicht nur muss ein derartiger Ansatz wegen der Notwendigkeit einheitlicher Anwendung von Unionsrecht und dem Gebot der Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit von Gerichtsständen kritisch gesehen werden²², ihm sind auch durch das Gebot praktischer Wirksamkeit von Unionsrecht enge Grenzen gezogen: So darf die Anwendung nationalen Rechts im Vollzug von Unionsrecht die

„Treu und Glauben“ verweisend, *Auer*, in: Gemier/Schütze, Internationaler Rechtsverkehr, Art. 5 EuGVVO Rn. 114. Zu widersprüchlichem Verhalten bei der Inanspruchnahme des Verbrauchergerichtsstands der EuGVVO, *Leible*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 15 EuGVVO Rn. 3, unter Verweis auf „das Verbot des Rechtsmissbrauchs“, das auch im Unionsrecht verankert sei. Zur widersprüchlichen Ausübung des Rügerechts bei nicht bestehender Zuständigkeit, *Wais*, IPRax 2012, 91, 94, unter Verweis auf einen Grundsatz, wonach Rechtsmissbrauch im Gemeinschaftsrecht verboten sei.

²¹ Dazu sogleich. Zur Anwendung nationaler Methodik, vgl. z.B. *Schmehl*, Parallelverfahren und Justizgewährung, S. 348 f., die dem Problem der Torpedoklagen mit einem offensichtlich an nationalen Kategorien orientierten Einwand von Treu und Glauben beikommen möchte; weiter *Collins*, 106 L.Q.R. (1990) 535, 538; *Simons*, in: unalexKomm, vor Artt. 27-30 EuGVVO, Rn. 32 f. Auch *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht, Art. 27 EuGVVO scheint das Rechtsschutzbedürfnis in nationaler Ausprägung im Sinn zu haben, wenn er Torpedoklagen unter Umständen hierrüber die Zulässigkeit versagen möchte. Ausdrücklich so: *Marongiu Buonaiuti*, 11 Yrbk.Priv.Int'l L. (2009) 511, 537 f. Für das missbräuchliche Erheben einer sog. umgekehrten Torpedoklage verweisen *Magnus/Mankowski*, ZVglRWiss 109 (2010), 1, 12 auf die Möglichkeiten des Richters, nach nationalem Recht regelnd einzugreifen.

²² Dazu ausführlich unten, S. 199 ff.

praktische Wirksamkeit des letzteren nicht aufheben.²³ Gerade dies ist aber die Folge einer Anwendung des deutschen Rechtsmissbrauchsverbots, der französischen *fraude à la loi* oder ähnlicher nationaler Ansätze in Fällen des Verfahrensmissbrauchs.²⁴ Darüber hinaus muss in Bereichen, die der Gesetzgeber abschließend zu regeln beabsichtigte, wegen des Anwendungsvorrangs von Unionsrecht gegenüber nationalem Recht ein Rückgriff sogar komplett unterbleiben.²⁵

Und diese Bereiche werden immer größer. Die Harmonisierungsbestrebungen der EU im Europäischen Zivilverfahrensrecht sind nicht mehr nur auf eine Rechtsangleichung zwischen den Mitgliedstaaten gerichtet. Mit der Zeit wurde mehr und mehr genuin europäisches Zivilverfahrensrecht geschaffen und nationales Recht verdrängt. Hierin zeigt sich der allgemeine politische Ansatz möglichst umfassender Integration, der den Übergang von Regelungskompetenzen auf die Union fordert.²⁶ Ein unionseigener Ansatz zur Verhinderung von Missbrauch im Europäischen Zivilverfahrensrecht scheint daher nicht nur notwendig zu sein, sondern auch die logische Konsequenz aus der Fortentwicklung des Rechtsbereichs, hin zu einem mehr und mehr konsistenten Rechtssystem. Das deckt sich mit der allgemein geforderten Vereinheitlichung und proaktiven Mitgestaltung der Methodik im Wirkungsbereich des europäischen Rechts²⁷ und spezieller, dem Europäischen Zivilverfahrensrecht²⁸. Die nationale Rechtswissenschaft hat hier die Aufgabe, gestaltend mitzuwirken; ein ohnehin nicht befriedigendes Aussitzen des Methodenproblems wird auf Dauer gar nicht mehr möglich sein.

Das zeigt ein historischer Abriss der Entwicklungsstufen des Europäischen Zivilverfahrensrechts. Hieran wird deutlich, wie sich dieses immer mehr vom nationalen Recht losgelöst und dieses Schritt für Schritt zurückgedrängt hat. Die Idee einer eigenständigen europäischen Verfahrensordnung hat in den letzten Jahren Gestalt angenommen.²⁹ So entwickelte sich das gesamte System von einer auf staatsvertraglicher Grundlage geschaffenen Zuständigkeits- und Anerkennungsordnung (EuGVÜ) über eine Ausdifferenzierung dieser Bereiche auf Grundlage einer europäischen Verordnung (EuGVVO a.F.) und einer Ausweitung der Urteilsfreizügigkeit (EuVTVO, EuUnthVO, reformierte EuG-

²³ Stellvertretend: EuGH, Urt. v. 15.5.1990, Rs. C-365/88 (Kongress Agentur Hagen GmbH ./ Zeehaghe BV), Slg. 1990, I-1845, 1866, Nr. 20.

²⁴ Vgl. unten, S. 212 ff.

²⁵ Vgl. dazu ausführlich unten, S. 199 ff.

²⁶ Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 3.

²⁷ Vgl. Fleischer, RabelsZ 75 (2011), 700, 708 f.; Höpfner/Rüthers, AcP 209 (2009), 1, 3; Vogenauer, ZeuP 2005, 234, 236.

²⁸ Vgl. Kramer, 2 IJPL (2011) 202, 223 ff.

²⁹ Geschichtlicher Abriss bei Oberhammer/Koller/Slonina, in: Enzyklopädie Europarecht III, S. 483, 492 ff.

VVO) parallel dazu in Teilen hin zu einem eigenständigen europäischen Zivilverfahrensrecht (EuGFVO, EuKPFVO).³⁰ Nach einem Zwischenstadium, in welchem durch den europäischen Gesetzgeber mit der EuMahnVO nur die Einhaltung gewisser Mindeststandards eingefordert wurde, steht mittlerweile originär europäisches Verfahrensrecht, beispielsweise in Form, der EuGFVO und der EuKPFVO. Die Bedeutung dieser Entwicklung darf nicht unterschätzt werden, denn nach den Plänen der der EU-Kommission soll der Anwendungsbereich des Europäischen Zivilverfahrensrechts auf Kosten des nationalen Rechts massiv ausgeweitet werden. So soll die Höhe einer ‚geringwertigen Forderung‘ im Rahmen der EuGFVO von ohnehin schon zweifelhaften 2.000 €³¹ auf 10.000 € angehoben werden³². Nach Zahlen der EU-Kommission sind mit der derzeitigen Beschränkung auf 2.000 € schon über die Hälfte aller Verbraucherstreitigkeiten erfasst,³³ mit der Anhebung auf 10.000 € würde die EuGFVO diesen Bereich wohl nahezu komplett besetzen. Daneben wird der Europäische Gesetzgeber mit der EuKPFVO zum ersten Mal auf dem Gebiet der Zwangsvollstreckung in Zivil- und Handelssachen tätig, das in der Vergangenheit aus Souveränitätsgesichtspunkten zugunsten der Mitgliedstaaten nicht angetastet wurde.³⁴

B. Diskrepanzen

Erscheint der Rückgriff auf nationales Recht damit aus einer Reihe von Gründen im Allgemeinen nicht ohne Weiteres als gangbarer Weg, stellt sich die Frage, ob die missbräuchliche Inanspruchnahme und Ausübung von Vorschriften des Europäischen Zivilverfahrensrechts auf Grundlage eines unionseinheitlichen Ansatzes gelöst werden kann. Wegen der Vielzahl unterschiedlicher Gestaltungen, die in Rechtsprechung und Schrifttum als missbräuchlich eingeord-

³⁰ Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, § 10 Rn. 1; Frattini, *ZEuP* 2006, 225, 232; Kern, *JZ* 2012, 389, 389; Kramer, *2 IJPL* (2011) 202, 224.

³¹ Vgl. dazu Kern, *JZ* 2012, 389, 393 m.w.N.

³² Vgl. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen und der Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens v. 19.11.2013, KOM(2013) 794 endgültig, S. 5.

³³ Europäische Kommission, *Spezial Eurobarometer 395, Das europäische Verfahren für geringfügige Forderungen*, 2013, S. 11, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_395_sum_de.pdf (zuletzt abgerufen am: 1.9.2015).

³⁴ Hess, in: FS Kaissis, S. 399, 400.

net wird und des dabei verwandten, (mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit) völlig uneinheitlichen Missbrauchsverständnisses, erscheint ein abstrakt-genereller und vor allem unionseinheitlicher Ansatz notwendig.

In den Zivilverfahrensrechten der Mitgliedstaaten hat die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze und Rechtsfiguren für Missbrauchsfälle außerhalb des Gewöhnlichen eine erhebliche Bedeutung. Nicht nur im deutschen Recht, sondern auch in den restlichen europäischen Rechtsordnungen finden sich entsprechende Bestrebungen, wenn die Grenzen der Auslegung erreicht sind.³⁵ Die Zahl der Beispiele ist Legion.

Im deutschen Recht häufig diskutiert sind die Fälle der Zuständigkeiterschleichung³⁶, in welchen die Rechtsprechung mit dem Verbot des Rechtsmissbrauchs operiert, etwa im Zusammenhang mit dem Verschieben von Vermögensgegenständen, um eine Zuständigkeit gemäß § 23 ZPO zu schaffen.³⁷ Daneben findet das Rechtsmissbrauchsverbot in den unterschiedlichsten Fällen Anwendung, so etwa bei Fragen der Beweisvereitelung außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 427, 441 Abs. 3 S. 3, 444, 446, 453 Abs. 2, 454 Abs. 1 ZPO,³⁸ in dem Fall, dass ein Gläubigervertreter bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks mit seinem Gebot im Versteigerungstermin eine Verschleuderung des Grundstücks unter der Wertgrenze des § 85a Abs. 1 ZVG anstrebt,³⁹ vor der Schaffung des § 72 Abs. 2 ZPO zur Verhinderung einer Streitverkündung gegenüber einem in Ungnade gefallenem gerichtlichen Sachverständigen⁴⁰, bei der Verweigerung der Zustimmung zum Widerruf einer Klagerücknahme unter besonderen Umständen⁴¹ und, um Abtretungskonstellationen unberücksichtigt lassen zu können, mit welchen lediglich die Ausländersicherheit des § 110 ZPO vermieden werden sollte^{42, 43}

Im französischen Recht wird das gezielte Schaffen eines Gerichtsstands zur Schädigung Dritter auf Grundlage der *fraude à la loi* für unbeachtlich erklärt⁴⁴, daneben operiert man auch mit dem Einwand des *abus de droit*, etwa, um einer

³⁵ Vgl. Taruffo, in: Taruffo, Abuse of Procedural Rights, S. 3 f.

³⁶ Ausführlich, unten, S. 247 f. und H. Roth, in: Stein/Jonas, § 1 ZPO Rn. 12 m.w.N.

³⁷ Vgl. RG, Urt. v. 26.5.1886, I 121/86, RGZ 16, 391, ein Fall, in dem mit besonderem Einfallsreichtum durch die Erhebung einer bewusst unzulässigen Klage ein Kostenerstattungsanspruch des Beklagten geschaffen wurde, der dann als ‚Vermögen‘ im Sinne des § 23 ZPO weitestgehend entsprechenden § 24 CPO von 1877 fungieren sollte.

³⁸ Gedanke des *venire contra factum proprium*, ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. Urt. v. 23.11.2005, VII ZR 43/05, NJW 2006, 434, 436 Nr. 23; vgl. darüber hinaus Brehm, in: Stein/Jonas, vor § 1 ZPO Rn. 230, Fn. 525.

³⁹ BGH, Beschl. v. 10.5.2007, V ZB 83/06, BGHZ 172, 218, LS. 1.

⁴⁰ BGH, Beschl. v. 27.7.2006, VII ZB 16/06, BGHZ 168, 380, 383, Nr. 13.

⁴¹ OLG Stuttgart, Beschl. v. 27.7.1998, 20 W 22/97, BeckRS 1998, 16633.

⁴² LG Berlin, Urt. v. 29.10.2009, 33 O 433/07, IPRax 2011, 83; vgl. auch unten, S. 237

⁴³ Vgl. weiter die umfangreichen Nachweise bei Brehm, in: Stein/Jonas, vor § 1 ZPO Rn. 227 ff. und Looschelders/Olzen, in: Staudinger, § 242 BGB Rn. 1062 ff.

⁴⁴ Vgl. unten, S. 196 f.

von verfahrensfremden Motiven getragenen Wahl unter mehreren alternativen Zuständigkeiten entgegenzutreten⁴⁵.

Für das Europäische Zivilverfahrensrecht ist ein derart abstrakt-generelles Konzept erstaunlicherweise noch nicht entwickelt worden; im ‚besten‘ Fall begnügt man sich im Schrifttum mit den schon angesprochenen vagen Verweisen auf ein allgemeingültiges (Rechts-)Missbrauchsverbot. Abhilfe durch den europäischen Gesetzgeber ist nicht zu erwarten. Zwar erkennt dieser unter anderem mit der reformierten EuGVVO an, dass Maßnahmen zur Verhinderung von Verfahrensmissbrauch ein notwendiger Baustein des Europäischen Zivilverfahrensrechts sind.⁴⁶ Im Ergebnis begnügt er sich aber mit reiner Maßnahmen-gesetzgebung und schafft so bedenkliche Insellösungen, die eine (methodische) Erfassung des Problemfeldes in seiner Gänze eher behindern. So erstreckt sich der neu geschaffene Abhilfemechanismus nach Art. 31 Abs. 2 und 3 EuGVVO nur auf Torpedoklagen, die in Widerspruch zu einer ausschließlichen Gerichtsstandsvereinbarung erhoben wurden; alle sonstigen missbräuchlichen negativen Feststellungsklagen, und mögen sie erklärtermaßen zur Schädigung eines Gläubigers eingesetzt werden, bleiben unangetastet.⁴⁷ Da auch dem EuGH in diesen Fällen fehlendes Problembewusstsein attestiert werden muss⁴⁸ und die nationalen Gerichte sich – wenn überhaupt – mit bloßen Verlegenheitslösungen zu helfen versuchen⁴⁹, erscheint das Europäische Zivilverfahrensrecht einem neutralen Beobachter im Ergebnis als Rechtsbereich, der missbräuchliches und schädigendes Verhalten geradezu fördert.

Vor diesem Hintergrund ist ein Blick in das allgemeine Unionsrecht einigermassen verwunderlich: Dort findet schon seit mehr als 20 Jahren eine rechtswissenschaftliche Diskussion zu der Frage statt, wann und wie in Fällen einer missbräuchlichen Inanspruchnahme oder Ausübung von Unionsrecht korrigierend eingegriffen werden kann.⁵⁰ Der mittlerweile reichhaltige Bestand an Ent-

⁴⁵ Vgl. unten, S. 196.

⁴⁶ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 22 S. 1 EuGVVO.

⁴⁷ Schon 2006 hatte *Nuyts*, in: de Vareilles-Sommières, *Forum Shopping*, S. 55, 58 vor einem derartig einseitigen Reformvorschlag gewarnt; vgl. auch *Domej*, *RabelsZ* 78 (2014), 508, 532; *Magnus/Mankowski*, *ZVglRWiss* 109 (2010), 1, 12: „The illness is rooted in Arts. 27; 28.“; *Simons*, in: *unalexKomm*, vor Artt. 27-30 EuGVVO, Rn. 78: „Flickwerk“.

⁴⁸ Vgl. unten, S. 278 ff.

⁴⁹ Dazu gehörte etwa der Ausschluss neagtiver Feststellungsklagen aus dem Anwendungsbereich des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO a.F., um dem Problem der Torpedoklagen Herr zu werden. Der EuGH hat diese Praxis in seiner Entscheidung *Folien Fischer* richtigerweise nicht gebilligt, vgl. dazu unten, S. 315 f. Weitere Beispiele bei *Schmehl*, *Parallelverfahren* und *Justizgewährung*, S. 348 und *Sujecki*, *GRUR Int.* 2012, 18, 19 ff.

⁵⁰ Geschichtlicher Abriss bei *Vogenaier*, in: de la Feria/Vogenaier, *Prohibition of Abuse of Law*, S. 521, 521 ff.

scheidungen des EuGH zu diesen Fragen, der bis in die 1970er-Jahre zurückreicht,⁵¹ wird im rechtswissenschaftlichen Schrifttum in aller Regel dahingehend interpretiert, dass im Unionsrecht unter den Voraussetzungen eines sog. *abuse test*⁵² die Inanspruchnahme oder Ausübung einer Rechtsposition als unzulässig, weil missbräuchlich einzustufen ist.⁵³ Der dahinter stehenden Rechtsfigur, die im Schrifttum als unionsrechtliches (Rechts-)Missbrauchsverbot bezeichnet wird⁵⁴, hat der Gerichtshof in neuerer Zeit die Qualität eines allgemeinen Grundsatzes des Unionsrechts zugesprochen.⁵⁵ Damit liegt es nahe, der Frage nachzugehen, ob dieser allgemeine Rechtsgrundsatz in das Europäische Zivilverfahrensrecht übertragen und hiermit Verfahrensmissbrauch reguliert werden kann. Dies ist das Anliegen vorliegender Arbeit.

C. Bisherige Ansätze

Die bisherigen Ansätze im rechtswissenschaftlichen Schrifttum zur Verhinderung von Missbrauch im Europäischen Zivilverfahrensrecht auf Grundlage des durch den EuGH geschaffenen Konzepts der Missbrauchsverhinderung sind überschaubar. Als einer der ersten hat *Nuyts* im Jahre 2003 die These von der Übertragbarkeit des Missbrauchsverbots in das Europäische Zivilverfahrensrecht aufgestellt, wobei er sich allerdings ausschließlich auf Fragen des Zuständigkeitsmissbrauchs bezog.⁵⁶ Gleiches gilt für den Aufsatz von *Cornut* aus

⁵¹ Vgl. ausführlich unten, S. 100 ff.

⁵² *De la Feria*, 45 C.M.L.R. (2008) 395, 409.

⁵³ Der Bestand an Literatur ist kaum noch zu überblicken, vgl. z.B. die Monographien von *Ionsecu*, *Abus de droit*, passim; *Ottersbach*, *Rechtsmissbrauch*, passim; *Schick*, *Gesetzesumgehung*, passim; *von Lackum*, *Gesetzesumgehung*, passim; *Zimmermann*, *Rechtsmissbrauch*, passim. Ausführlich behandelt wird das Thema im Sammelband von *de la Feria/Vogenauner*, *Prohibition of Abuse of Law*, passim. Aus der Flut an Aufsätzen seien genannt: grundlegend *Brown*, in: FS Schermers, S. 511; *Baudenbacher*, ZfRV 2008, 205; *Basedow*, in: FS Stathopoulos, S. 159; *Cerioni*, 21 E.B.L.R. (2010) 783; *de la Feria*, 45 C.M.L.R. (2008) 395; *Eidenmüller*, KTS 2009, 137; *Englisch*, StuW 2009, 3; *Fleischer*, JZ 2003, 865; *Karayannis*, CDE 1999, 521; *Kjellgren*, E.B.L.R. 11 (2000) 179; *Lenaerts*, 18 E.R.P.L. (2010) 1121; *Schmidt-Kessel*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, S. 61; *Sørensen*, 43 C.M.L.R. (2006) 423.

⁵⁴ Z.B. *Reuß*, *Forum Shopping*, S. 199.

⁵⁵ Vgl. grundlegend EuGH, Urt. v. 5.6.2007, Rs. C-321/05 (Hans Markus Kofoed /J. Skatteministeriet), Slg. 2007, I-5795, 5830, Nr. 38.

⁵⁶ *Nuyts*, „Forum Shopping et Abus du Forum Shopping dans l’Espace Judiciaire Européen“, 3 GJA (2003) 1; vgl. auch *ders.*, „The Enforcement of Jurisdiction Agreements Further to Gasser and the Community Principle of Abuse of Right“, in: Pascal de Vareilles-Sommières, *Forum Shopping in the European Judicial Area*, Oxford u.a. 2007, S. 55.

dem Jahre 2007⁵⁷. Für das deutsche Schrifttum kam *Thole* im Jahre 2009 zu dem ernüchternden Ergebnis, dass Missbrauchsfragen im Europäischen Zivilverfahrensrecht allenfalls in Zusammenhang mit Einzelproblemen überhaupt einmal im behandelt würden.⁵⁸

Diese themenspezifische Herangehensweise prägt auch die seither erschienenen Arbeiten von *Reuß*⁵⁹ aus dem Jahre 2009 zum Europäischen Insolvenzrecht und von *Meyer*⁶⁰ aus dem Jahre 2013 zur EuErbVO, wobei sich der verfahrensrechtliche Teil letzterer Arbeit wiederum nur Missbrauchsfragen im Anwendungsbereich des Zuständigkeitsrechts widmet. Neben einer kleineren Zahl an Aufsätzen, mit teils recht kritischem Fazit, was generelle die Vereinbarkeit von Missbrauchsverbot und Europäischem Zivilverfahrensrecht angeht,⁶¹ existiert keine monographische Arbeit, die sich allgemein mit den Möglichkeiten und Grenzen des besagten Ansatzes befasst. Die Notwendigkeit für eine tiefere Betrachtung des Problems ergibt sich darüber hinaus auch daraus, dass sich in der angeführten Literatur in aller Regel eine wenig überzeugende Einordnung des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots in den methodischen Gesamtzusammenhang zeigt und die Ableitung der Voraussetzungen des Missbrauchsverbots nicht die gewünschte dogmatische Tiefe aufweist. Vor allem fehlt es gewöhnlich an einem – für das Erfassen der Thematik meiner Ansicht nach unentbehrlichen – fundierten rechtsvergleichenden Ansatz.

⁵⁷ *Cornut*, „Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé“, *Clunet* 134 (2007), 27.

⁵⁸ *Thole*, *ZZP* 122 (2009), 423, 423 f.

⁵⁹ *Reuß*, „‘Forum Shopping‘ in der Insolvenz – Missbräuchliche Dimension der Wahrnehmung unionsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten“, Tübingen 2011.

⁶⁰ *Meyer*, „Die Gerichtsstände der Erbrechtsverordnung unter besonderer Berücksichtigung des *forum shopping*“, Frankfurt a.M. 2013.

⁶¹ *Briggs*, „The Rejection of Abuse in International Civil Procedure“, in: de la FERIA/Vogenauer, *Prohibition of Abuse of Law*, S. 261; *Cuniberti*, „The Discreet Influence of Abuse of Law in International Civil Procedure“, in: de la FERIA/Vogenauer, *Prohibition of Abuse of Law*, S. 219; *Metzger*, „Abuse of Law in EU Private Law: A (Re-)Construction from Fragments“, in: de la FERIA/Vogenauer, *Prohibition of Abuse of Law*, S. 235.

§ 2 Methodik

A. Untersuchungsgegenstand

Die Reichweite des Untersuchungsgegenstands der Arbeit hängt untrennbar mit der vorliegend gewählten Fragestellung bzw. der dadurch bedingten Methode zusammen. Zur Untersuchung von Fragen des Verfahrensmissbrauchs bieten sich prinzipiell zwei mögliche Herangehensweisen: ein begrifflicher Ansatz (unten, I.) oder das Ansetzen an der Reichweite des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots (unten, II.). Damit zusammenhängend soll schon zu Beginn der Arbeit klargestellt werden, dass das Problem des Missbrauchs eine Frage der Rechtsanwendung ist (unten, III.). Weiter klärungsbedürftig ist der Begriff des Europäischen Zivilverfahrensrechts (unten, IV.) und die personelle Reichweite der Untersuchung (unten, V.).

I. Begrifflicher Ansatz

Am Begriff des Missbrauchs anzusetzen, ist wenig zielführend. Zwar kann eine Definition von ‚Missbrauch‘ oder ‚Verfahrensmissbrauch‘ versucht werden und dasjenige in die Analyse einbezogen werden, was hiernach als missbräuchlich einzuordnen ist. Die Willkür eines solchen Ansatzes ist allerdings offensichtlich. Das Empfinden für das, was als missbräuchlich, arglistig etc. eingestuft wird, ist äußerst subjektiv,¹ was sich in internationalen Zusammenhängen noch potenziert.² So werden im schlimmsten Fall Problemkreise künstlich auseinandergerissen. Ein Beispiel für einen derart fehlerhaften Schluss von Begrifflichkeiten auf Regelungsprobleme liegt in der erstaunlicherweise weit verbreiteten unpräzisen Bewertung des sog. *forum shopping* und dessen Einordnung in den Kontext des Verfahrensmissbrauchs, was an anderer Stelle ausführlich dargestellt werden soll.³

¹ Vgl. zur Gefahr einer Rechtsfolgenableitung aus abstrakten Begriffen: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 263 ff, 282 ff.; *Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts, S. 61: Gefahr der „bei zunehmender Abstraktionshöhe gesteigerte(n) ‚Sinnentleerung‘ allgemeiner Begriffe“; *Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 190 ff.

² Vgl. etwa zum traditionell recht liberalen Verständnis des *Common Law* hinsichtlich der Ausübung von Rechten, unten, S. 51 ff.

³ Vgl. unten, S. 251 ff.

Ein Ansetzen am Begriff des Missbrauchs ist darüber hinaus schon wegen der Multilingualität des Unionsrecht zu hinterfragen: Die Arbeit wird in anderem Zusammenhang zeigen, dass das Wortlautargument im Unionsrecht wegen der Verbindlichkeit einer jeden der 24 verschiedenen Sprachfassungen einen schwachen Stand hat und eine Auslegung nach dem Wortlaut – die nicht durch andere Auslegungsmethoden abgesichert ist – per se nicht als maßgeblich bezeichnet werden kann.⁴ Einen wie auch immer gearteten Missbrauchs begriff als Ausgangspunkt für eine wissenschaftliche Untersuchung zu wählen, ist hiernach verfehlt. Um genuin europäische Methodik entwickeln zu können, ist es ohnehin notwendig, das nationale Begriffsverständnis hinter sich zu lassen und eine an den Bedürfnissen und Möglichkeiten des Mehrebenensystems der EU ausgerichteten Ansatz zu verfolgen.⁵

II. Ansetzen an der Reichweite des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots

Die Arbeit wählt daher einen anderen Ausgangspunkt: Unter Verfahrensmissbrauch oder dem Missbrauch von Unionsrecht wird nur das verstanden, was in den Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots fällt. Denn gerade dieses soll in das Europäische Zivilverfahrensrecht übertragen werden und dort als Grundlage für die Auflösung von missbräuchlichen Gestaltungen dienen. Damit erfasst die Arbeit vielleicht nicht alle diejenigen Fälle, welche auf Grundlage eines anderen Missbrauchsverständnisses gemeinhin als missbräuchlich eingeordnet werden. Hierin darf jedoch nicht die nur unvollständige Erfassung eines Rechtsproblems gesehen werden, sondern umgekehrt, ein Mehr an Präzision in einer ansonsten recht emotional und arbiträr geführten Debatte um das gerechte Maß an Billigkeit. Begreift man nur dasjenige als missbräuchlich und damit regelungsbedürftig, was einem bestimmten Regelungsmechanismus unterfällt, können zumindest über den hiervon erfassten Bereich definitive Aussagen getroffen werden.

In der Sache deckt das unionsrechtlichen Missbrauchsverbots im weitesten Sinne das ab, was nach deutschem Verständnis als individueller Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung bzw. nach französischem Recht als *abus de droit* und *fraude à la loi* eingeordnet wird.⁶ Es ist daher notwendig, den Fokus in der rechtsvergleichenden Untersuchung auf diese Erscheinung zu legen. Alle genannten Fälle eint, dass ein durch gewöhnliche Normauslegung erzieltetes Ergebnis aus übergeordneten oder am Einzelfall orientierten Erwägungen als nicht systemkonform hingenommen werden kann. Dies führt zu der nächsten Einschränkung des Untersuchungsgegenstands.

⁴ S. unten, S. 137.

⁵ *Fleischer*, *RabelsZ* 75 (2011), 700, 706 f.

⁶ Vgl. unten, S. 123 ff.

III. Missbrauch als Problem der Rechtsanwendung

Fragen des Missbrauchs nach hier interessierendem Verständnis sind nach dem oben Gesagten folglich Fragen der *Rechtsanwendung* im Einzelfall. Hiermit kann der Untersuchungsgegenstand zunächst von zwei ähnlichen aber letztlich anders strukturierten Konstellationen abgegrenzt werden, die man unbedarft dem unionsrechtlichen Missbrauchsverbot zuschlagen könnte: Fälle der Simulation und des betrügerischen Vorverhaltens. Diese sind deshalb von den hier interessierenden Missbrauchsfällen zu trennen, da sie jeweils kein Problem der Rechtsanwendung darstellen, sondern eines der Sachverhaltsermittlung. Die damit zusammenhängenden Probleme sind praktischer und tatsächlicher Natur und somit keine Rechtsprobleme.⁷ Der EuGH zieht die Grenzen des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots folgerichtig entsprechend.⁸

Des Weiteren ist die Verhinderung von Missbrauch in Bezug zu setzen zu einem Streben nach billigen Entscheidungen. Dass der Ansatz vorliegender Arbeit sich nicht in einer Rechtsfindung nach ‚freier Billigkeit‘ erschöpfen kann, ist klar – das Zusammenspiel von Rechte und Gesetz, von Gerechtigkeit und Einzelfallentscheidungen soll aus rechtstheoretischer Sicht dennoch kurz gestreift werden.

1. Simulation

Relativ einfach lassen sich Fälle des Missbrauchs von solchen der Simulation sondern. Von Simulation spricht man in der Terminologie des Internationalen Privatrechts, wenn die Voraussetzungen einer Rechtsnorm (bewusst) wahrheitswidrig behauptet werden.⁹ Da die Voraussetzungen der Rechtsnorm in Wirklichkeit nicht vorliegen, kann derjenige, der sich auf sie beruft, aus ihr (deshalb) kein Recht herleiten. Das liegt in der Natur der Sache. Hier stellen sich lediglich Fragen im Tatsächlichen, die über eine korrekte Ermittlung des Sachverhalts zu lösen sind.¹⁰

Es erscheint auf den ersten Blick geradezu überflüssig, diesen Umstand zu erwähnen. Schließlich ist jeder Rechtsanwendung eine (idealisiert korrekte) Sachverhaltsermittlung vorgeschaltet, auf deren Grundlage dann auch Korrekturmechanismen, wie etwa das Rechtsmissbrauchsverbot, operieren.¹¹ Es kann

⁷ Vgl. *Fleischer*, JZ 2003, 865, 870 m.w.N.

⁸ Vgl. dazu unten, S. 131: Die Forderungen des EuGH nach einem (formalen) Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der missbrauchten Rechtsnorm sondert Probleme der Rechtsanwendung gerade von solchen der Sachverhaltsermittlung.

⁹ Vgl. *Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 143; *Schurig*, in: FS Ferid, S. 375, 404.

¹⁰ *Schurig*, in: FS Ferid, S. 375, 386; *Schön*, in: FS Wiedemann, S. 1271, 1278.

¹¹ Das Konzept des EuGH ist hierauf abgestimmt: Eingangsvoraussetzung für das unionsrechtliche Missbrauchsverbot ist das (formale) Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der missbrauchten Rechtsnorm, vgl. unten, S. 131.

jedoch im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten, beide Problemkomplexe voneinander zu unterscheiden. Dies vor allem, wenn fraglich ist, ob Tatsachen im Vorfeld einer Rechtsanwendung verändert wurden und ob deshalb eine Rechtsanwendung auf Grundlage von Missbrauchserwägungen korrigiert werden muss.

Als verfahrensrechtliches Beispiel für die teilweise schwierige Grenzziehung zwischen beiden Fragenkomplexen bietet sich der sog. Insolvenz- oder Restschuldbefreiungstourismus¹² an. Im Anwendungsbereich der EuInsVO führt ein Wechsel des Mittelpunkts der hauptsächlichen Interessen – des sog. *comi* – dazu, dass hiermit, neben einer internationalen Zuständigkeit im Staat des *comi*, auch das für die Durchführung eines Insolvenzverfahrens anzuwendende Insolvenzstaut wechselt.¹³ Da bei nicht unternehmerisch tätigen Personen das *comi* an deren gewöhnlichem Aufenthalt zu lokalisieren ist,¹⁴ ist es diesen relativ einfach möglich, über ein Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts in einen Mitgliedstaat mit günstigeren Wohlverhaltensvorschriften schneller und einfacher zu einer Entschuldung zu gelangen.

Bei der Frage der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens durch die Gerichte des Heimatstaats des Insolvenzschuldners oder bei der Verfahrenseröffnung durch die ausländischen Gerichte selbst, kann es jedoch äußerst schwierig sein, zu beurteilen, ob der Insolvenzschuldner seinen gewöhnlichen Aufenthalt *tatsächlich* im Ausland bzw. Inland besitzt. Diese Fragen stellen zunächst ein Problem korrekter Sachverhaltsermittlung dar: Es ist zu prüfen, ob überhaupt ein Umzug ins Ausland stattgefunden hat, oder dieser nur vorgetäuscht wurde.¹⁵ Fand ein Umzug gar nicht statt und kann sich so der anknüpfungsrelevante gewöhnliche Aufenthalt nicht verändert haben, erübrigen sich Missbrauchsfragen. Fand ein Umzug tatsächlich statt, muss geklärt werden, ob sich deswegen der gewöhnliche Aufenthalt geändert hat; hierbei verlässt man den Problembereich der Simulation. Dies ist in erster Linie eine Frage der Auslegung. Die dabei zu berücksichtigenden normativen Elemente dienen schon zu einem gewissen Maße der Verhinderung von Zuständigkeitsmissbrauch.¹⁶ Jedoch ist dieser Schritt der Auslegung nicht mit der selbständigen Anwendung weiterreichender Korrekturen zu verwechseln, da es bei der Frage, ob der gewöhnliche Aufenthalt tatsächlich verändert wurde, darum geht, das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen festzustellen. Demnach kommen in

¹² Vgl. Beck, ZVI 2011, 355, 364 (dessen Ausführungen allerdings im Ergebnis nicht zugestimmt werden kann, vgl. unten, S. 236 f. und Kap. 2 Fn. 151); Reinhart, NZI 2012, 304, 306.

¹³ Vgl. Art. 4 Abs. 1 EuInsVO, der an den Mittelpunkt der Interessen des Schuldners in Art. 3 Abs. 1 S. 1 EuInsVO anknüpft, das sog. *comi*.

¹⁴ Mankowski, NZI 2005, 368, 369 m.w.N.

¹⁵ Vgl. Mankowski, NZI 2005, 368, 372; Mäsch, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Art. 3 EG-InsVO, Rn. 35.

¹⁶ Dazu s.u., S. 248, zur Frage des ‚hinreichenden Inlandsbezugs‘ in § 23 ZPO.

den Fällen des Insolvenztourismus spezielle Missbrauchserwägungen auch erst dann zum Tragen, wenn eine Veränderung des gewöhnlichen Aufenthalts bejaht wurde.¹⁷

2. Betrügerisches Vorverhalten

Im Unterschied zur Simulation liegen im Falle betrügerischen Vorverhaltens die Anwendungsvoraussetzungen einer Rechtsnorm vor; diesen Umstand teilen sie mit Fällen des hier interessierenden Missbrauchs. Der entscheidende Unterschied ist aber, dass das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen auf ein betrügerisches Vorverhalten, eine nicht aufgedeckte Simulation zurückzuführen ist. Ein klarer Fall betrügerischen Vorverhaltens sind durch unrichtige Angaben erschlichene Urteile und andere Entscheidungen, die in nach deutschem Recht in den Grenzen des § 826 BGB Bestand haben,¹⁸ aber nicht Gegenstand der Arbeit sind.

Komplizierter in der Abgrenzung sind demgegenüber Fälle, in denen der aus einem ersten Teilakt betrügerisch erwirkte Vorteil in einem weiteren zum eigenen Vorteil eingesetzt werden soll. Wurde beispielsweise im Ausland ein Arzt durch Täuschung oder kollusives Zusammenwirken dazu bewegt, ein Attest auszustellen und wird dieses Attest beim Arbeitgeber eingereicht, was für Leistungen nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz Voraussetzung ist, stellt sich die Frage, ob dieses Attest Bindungswirkung gegenüber dem Arbeitgeber entfaltet, die an sich nach Unionsrecht besteht¹⁹, oder ob ein „Betrug alles zunichtemacht“²⁰. Hier einen Missbrauchsfall nach obigem Begriffsverständnis anzunehmen, fiel nicht schwer: Die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Entgeltfortzahlung liegen an sich vor, es widerspricht aber dem Zweck der Vorschrift bzw. übergeordneten Wertungsmaßstäben, wenn aus betrügerischem Vorverhalten letztlich Vorteile gezogen würden.²¹

Den Anknüpfungspunkt in Fällen betrügerischen Vorverhaltens bildet aber die Frage, ob der im Vorfeld begangene Betrug auf die jetzige Situation ‚durchschlägt‘, weniger, ob die Rechtsausübung als missbräuchlich einzustufen ist.²² Praktisch lassen sich derartige Situationen auch relativ einfach verhindern,

¹⁷ Brinkmann, ZIP 2014, 197; Klöhn, KTS 2006, 259, 281 m.w.N.

¹⁸ Hierzu ausführlich Hopt, Schadensersatz aus unberechtigter Verfahreseinleitung, passim.

¹⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 2.5.1996, Rs. C-206/94 (Brennet AG ./l. Vittorio Paletta), Slg. 1996, I-2357. Die Bindungswirkung des Attests ergab sich aus der Art. 18 Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. L 74 v. 27. 3. 1972, S. 1.

²⁰ Lat. ‚fraus omnia corrumpit.‘

²¹ Vgl. Lenaerts, 48 C.M.L.R. (2011) 1703, 1713.

²² Schön, in: FS Wiedemann, S. 1271, 1278.

nämlich durch eine korrekte Sachverhaltsermittlung im Vorfeld.²³ Hierin besteht die Verbindung zur Simulation, was zur Folge hat, dass Fälle betrügerischen Vorverhaltens für vorliegende Arbeit uninteressant sind. Entsprechende verfahrensrechtliche Fallgestaltungen, wie beispielsweise das Problem einer erschlichenen Entscheidung oder die Behandlung einer, wegen Vernebelungstaktiken des Klägers erst *ex post* festgestellten nicht gegebenen Zuständigkeit im Anerkennungs- oder Vollstreckungsstadium, werden demnach nicht erörtert.

3. Missbrauchsverhinderung und Billigkeit

Die Verhinderung von Verfahrensmissbrauch auf Grundlage des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots fördert im Ergebnis das Streben einer Rechtsordnung nach billigen Ergebnissen in der Rechtsanwendung. Das Ergebnis darf aber nicht als Produkt einer ‚Billigkeitsrechtsprechung‘ oder einer freien Wertentscheidung des Rechtsanwenders ohne konkreten Bezug zum staatlich legitimierte Recht gesehen werden. Damit sind die Grenzen von Recht und Moral berührt, die hier nur cursorisch und für die Zwecke der Arbeit nachgezogen seien.²⁴

Im Sinne der in der Rechtstheorie überwiegend²⁵ vertretenen Ansicht ist Billigkeit – als ein auf den Grundlagen der Moral zu verwirklichender Zustand von Gerechtigkeit in der Rechtsanwendung – jedenfalls kein dem Recht fremder Gegenspieler, sondern eine diesem eigene Anlage.²⁶ Die Wurzeln dieses Verständnisses gehen zurück auf *Aristoteles* und dessen *Nikomachische*

²³ *Fleischer*, JZ 2003, 865, 870.

²⁴ Ausführlich: *Alexy*, in: *Dreier*, Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts, S. 9 ff.; *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, 1137b, S. 229 ff.; *Behrends*, in: *Bydlinski/Mayer-Maly*, Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, S. 1 ff.; *Dreier*, in: *Alexy/Dreier/Neumann*, Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute, S. 55 ff.; *ders.*, NJW 1986, 890 ff.

²⁵ Vgl. *Dreier*, in: *Alexy/Dreier/Neumann*, Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute, S. 55, 55.

²⁶ *Behrends*, in: *Bydlinski/Mayer-Maly*, Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, S. 1. Anderer Ansicht sind naturgemäß die Anhänger eines positivistischen Rechtsbegriffs. Als Recht sind nach dieser Ansicht nur autoritativ gesetzte bzw. sozial wirksame Normen anzusehen. Der Rechtspositivismus spricht sich gegen einen notwendigen Zusammenhang von Recht und Moral aus, wobei Einzelheiten hier ausgeblendet werden sollen, vgl. ausführlich *Dreier*, NJW 1986, 890 ff. Zwei der bedeutendsten modernen Vertreter dieser Strömung sind *H.L.A. Hart* mit seinem Werk *The Concept of Law* (deutscher Titel: „Der Begriff des Rechts“) und *Hans Kelsen* mit seiner *Reinen Rechtslehre*. *Kelsen* bezog sich dezidiert auf *Kant*: Dieser vertrat einen strengen Formalismus, im Sinne eines Ausschlusses der *aequitas* aus dem gerichtlich durchsetzbaren Recht, was er auch darauf stützte, dass es einem Richter auf einer derart unbestimmten Grundlage nicht möglich sei, Recht zu sprechen, vgl. *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, S. 36 f.

Ethik²⁷ und kennzeichnen auch heute die moderne Rechtsethik. Setzt man voraus, dass jede zumindest minimal entwickelte Rechtsordnung einen Anspruch auf Richtigkeit hat, bedarf es im Recht angelegter Prinzipien, um diesen Anspruch durch eine – die Anwendung von Recht prägende – Abwägungen im Einzelfall zu verwirklichen.²⁸ Diese Integration von Billigkeitserwägungen in die Rechtsanwendung kann damit auch als „innerrechtlicher Ansatz“²⁹ bezeichnet werden. Einzelfallgerechtigkeit entsteht vor diesem Hintergrund gerade nicht durch eine außerrechtliche Billigkeitsentscheidung, sondern durch den Vollzug geltenden Rechts.³⁰

Bei der Anwendung des unionsrechtliche Missbrauchsverbots ist dieser Streit entschärft: Durch dessen gerichtliche Anerkennung im Sinne einer autoritativen Gesetztheit³¹ ist es staatlich legitimes Recht und damit Teil der Rechtsordnung. Die Arbeit versteht daher in den weiteren Untersuchungen Billigkeit und Missbrauchsverhinderung nicht als Gegenspieler, sondern als Größen, die in gegenseitiger Abhängigkeit stehen: Durch die Verhinderung von Verfahrensmissbrauch anhand des Missbrauchsverbots werden gerechte Ergebnisse angestrebt, in der Anwendung des Missbrauchsverbots gewinnen Billigkeitserwägungen Bedeutung. Ein selbstständiger Fokus der Arbeit auf Fragen einer abstrahierten Billigkeit erübrigt sich daher.

IV. Europäisches Zivilverfahrensrecht

In sachlicher Hinsicht ist der Untersuchungsgegenstand weiter durch den Begriff des Europäischen Zivilverfahrensrechts eingeschränkt. Hierunter versteht vorliegende Arbeit den Bestand des durch die Europäische Union geschaffenen Rechts, das zur Koordinierung und Durchführung von Verfahren, der Zuständigkeitsverteilung zwischen den Mitgliedstaaten, der Anerkennung, Vollstreckbarerklärung und Vollstreckung in grenzüberschreitenden Sachverhalten für den Bereich der Zivil- und Handelssachen geschaffen wurde. Der entsprechende Kompetenztitel ist damit insbesondere Art. 81 AEUV. Nicht erfasst wird das durch unionsrechtliche Vorschriften harmonisierte nationale Recht, freilich aber das zur Harmonisierung verpflichtende Unionsrecht. Der teilweise auch verwandte Begriff des Europäischen Zivilprozessrechts³² ist sprachlich

²⁷ Vgl. *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 1137b, S. 229 ff.

²⁸ *Alexy*, in: Dreier, Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts, S. 9, 23. Diesen Gedanken greift auch GA *Tesouro* auf, in seinen Schlussanträgen v. 4.2.1998, Rs. C-367/96 (Alexandros Kefalas u.a. / Elliniko Dimosio u.a.), Slg. 1998, I-2843, 2856, Rn. 24

²⁹ *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, S. 7.

³⁰ Vgl. dazu BGH, Urt. v. 6.5.1985, VIII ZR 119/84, NJW 1985, 2579, 2580; *Rümelin*, Die Billigkeit im Recht, S. 26.

³¹ *Dreier*, NJW 1986, 890, 896.

³² Vgl. z.B. die Titel der Werke von *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht; *Kropholler/von Hein*, Europäisches Zivilprozessrecht; *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht.