



**Erster Berichterstatter:** Prof. Dr. Gerald Mäsch  
**Zweiter Berichterstatter:** Prof. Dr. Bettina Heiderhoff  
**Dekan:** Prof. Dr. Janbernd Oebbecke  
**Tag der mündlichen Prüfung:** 07.11.2017

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Ende August 2016 berücksichtigt werden.

Ich möchte allen danken, die mich auf dem Weg begleitet haben.

Besonderer Dank gilt meiner Familie, die mich über alle Maßen und mit viel Geduld unterstützt hat.

Stadtlohn, im Dezember 2017

*Christian Volmer*

„[E]s ist das Mißbrauchsverbot, das verhindert, daß das summum ius scheinbar legitimer Rechtsstellungen sich zur summa iniuria verkehrt.“

Ludwig Raiser,

in:

Summum ius summa iniuria: Individualgerechtigkeit u.d. Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben. Ringvorlesung von Mitgliedern d. Tübinger Juristenfakultät im Rahmen d. Dies academicus, Wintersemester 1962/1963

Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, S. 145, 167.

## Literaturverzeichnis

- Adolphsen, Jens  
Intellectual Property im Heidelberg Report zur  
EuGVO  
in: Gürzumar, Osman B./Pekcanitez, Hakan u.a.  
(Hrsg.),  
Gedächtnisschrift für Halûk Konuralp Band 1,  
S. 1 ff.  
Ankara 2009
- Adolphsen, Jens  
Europäisches Zivilverfahrensrecht  
2. Aufl.  
Heidelberg 2015  
(zit. als *Adolphsen*, EuZVR, Rn.)
- Adolphsen, Jens  
Perspektive der Europäischen Union –  
Gegenwartsfragen der Anerkennung im Interna-  
tionalen Zivilverfahrensrecht  
in Hess, Burkhard (Hrsg.)  
Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Ver-  
einigung für Internationales Verfahrensrecht e.V.  
Band 21  
Die Anerkennung im Internationalen Zivilpro-  
zessrecht – Europäisches Vollstreckungsrecht,  
S. 1 ff.  
Bielefeld 2014  
(zitiert als *Adolphsen*, Die Anerkennung, S.)
- Althammer, Christoph  
Arglistiges Klägerverhalten im Europäischen Zu-  
ständigkeitsrecht (EuGVVO) – Bedarf für ein all-  
gemeines Missbrauchsverbot  
in: Gürzumar, Osman B./ Pekcanitez, Hakan u.a.  
(Hrsg.),

- Gedächtnisschrift für Halûk Konuralp Band 1,  
S. 103 ff.  
Ankara 2009  
(zit. als *Althammer*, GS Konuralp, S.)
- Althammer, Christoph/Löhnig, Martin      Zwischen Realität und Utopie: Der Vertrauensgrundsatz in der Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Zivilprozessrecht  
ZZPInt 9 (2004), 23 ff.
- Arnull, Anthony      What is a General Principle of EU Law?  
In de la Feria, Rita/ Vogenauer, Stefan (Hrsg.)  
Prohibition of Abuse of Law  
A New General Principle of EU Law?  
Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law Volume 13  
S. 7 ff.  
Oxford 2011  
(zitiert als *Arnull*, Prohibition of Abuse of Law, S.)
- Bach, Ivo      Grenzüberschreitende Vollstreckung in Europa  
Tübingen 2008  
zugl. Dissertation Universität Mainz 2008
- Bamberger, Heinz-Georg/  
Roth, Herbert (Hrsg.)      Beck'scher Online Kommentar BGB  
39 Edition Stand 01.05.2016  
München 2016
- von Bar, Christian/Mankowski, Peter      Internationales Privatrecht  
Band I  
Allgemeine Lehren  
2. Aufl.  
München 2003

- Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./  
Zimmermann, Reinhard (Hrsg.)  
Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts  
Band II Kauf – Zwingendes Recht  
Tübingen 2009  
(zit. als Basedow u.a. (Hrsg.)/*Autor*, Handwörter-  
buch, S.)
- Baudenbacher, Laura Melusine  
Überlegungen zum Verbot des Rechtsmiss-  
brauchs im Gemeinschaftsrecht  
ZfRV 2008, 205 ff.
- Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/  
Albers, Jan/Hartmann, Peter  
Zivilprozessordnung  
74. Aufl.  
München 2016
- Baumgärtel, Gottfried  
Treu und Glauben, gute Sitten und Schikanever-  
bot im Erkenntnisverfahren  
ZZP (69) 1956, 89 ff.
- Baumgärtel, Gottfried  
Treu und Glauben im Zivilprozess  
Herrn Prof. Dr. Erich Schwinge zum 70. Geburt-  
stag,  
ZZP (86) 1973, 353 ff.
- Beaumont, Paul/Johnston, Emma  
Abolition of the Exequatur in Brussels I: Is a  
Public Policy Defence Necessary for the Protec-  
tion of Human Rights  
IPRax 2010, 105 ff.
- Becker, Ulrich  
Grundrechtsschutz bei der Anerkennung und  
Vollstreckbarerklärung im europäischen Zivilver-  
fahrensrecht  
Frankfurt a.M. 2004  
zugl. Dissertation Universität Köln 2004

- Benecke, Martina  
Gesetzesumgehung im Zivilrecht  
Tübingen 2004  
zugl. Habilitation Göttingen 2002  
(zit. als *Benecke*, Gesetzesumgehung, S.)
- Bork, Reinhard  
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs  
3. Aufl.  
Tübingen 2011
- Brown, L. Neville  
Is there a General Principle of Abuse of Rights in  
European Community Law  
in: Curtin, Deirdre/Heukels, Ton (Hrsg.),  
Institutional Dynamics of European Integration  
Essays in Honour of Henry G. Schermers, Vol. II  
Dordrecht 1994  
(zit. als *Brown*, Abuse in European Community  
Law, S.)
- Bruns, Alexander  
Der anerkennungsrechtliche ordre public in Euro-  
pa und den USA  
JZ 1999, 278 ff.
- Bydlinsky, Franz  
Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff  
2. Aufl.  
Wien 1991  
(zit. als *Bydlinsky*, Methodenlehre, S.)
- Byers, Michael  
Abuse of Rights: An old Principle, A New Age  
McGill Law Journal 2002 Volume 47, S. 389 ff.  
(zit. als *Byers*, 2002 (47) McGill L.J. 389)



- Carl, Ingemar  
Einstweiliger Rechtsschutz bei Torpedoklagen  
Frankfurt a.M 2007  
zugl. Dissertation Universität Hamburg 2007
- Coester-Waltjen, Dagmar  
Der Eskimo-Mantel aus Spanien  
in: Pfister, Bernhard/Will, Michael R. (Hrsg.)  
Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten  
Geburtstag, S. 298 ff.  
Tübingen 1991
- Collier, J.G.  
Fraud still unravels foreign judgments  
C.L.J. 1992, 441 ff.
- Cornu, Gérard  
Droit Civil  
Introduction, les personnes, les biens  
8. Aufl.  
Paris 1997
- Cuniberti, Gilles/Rueda, Isabelle  
Abolition of Exequatur  
Adressing the Commission's Concerns  
RabelsZ 75 (2011), 286 ff.
- Dajczak, Wojciech  
„Treu und Glauben“ im System des Gemeinsamen Referenzrahmens und die Idee einer „organisch vollzogenen“ Privatrechtsangleichung in Europa  
GPR 2009, 63 ff.
- d'Avoine, Marc  
Internationale Zuständigkeit des deutschen Insolvenzgerichts bei offenkundiger „Rückkehroption“ des ehemals selbstständig wirtschaftlich tätigen Schuldners (Unternehmer, Freiberufler, Arzt, Anwalt, Notar etc.) mit dem Ziel der Restschulden-

- befreiung – Wann wird forum-shopping unerlaubt und verstößt unter Umständen gegen den Ordre public?  
 NZI 2011, 310 ff.
- de la Feria, Rita  
 Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax  
 CML Rev. 2008, S. 395 ff.
- Dickinson, Andrew/ Lein, Eva (Hrsg.)  
 The Brussels I Regulation Recast  
 Oxford, 2015  
 (zitiert als *Bearbeiter* in The Brussels I Regulation Recast Rn.)
- Domej, Tanja  
 Die Neufassung der EuGVVO  
 Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht  
 RabelsZ 78 (2014), 508 ff.
- Domej, Tanja  
 Internationale Zwangsvollstreckung zwischen Territorialitätsprinzip, Gläubigerinteressen und Schuldnerschutz  
 in Hess, Burkhard (Hrsg.)  
 Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht e.V.  
 Band 21  
 Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht – Europäisches Vollstreckungsrecht,  
 S. 109 ff.  
 Bielefeld, 2014  
 (zitiert als *Domej*, Die Anerkennung, S.)

- Dutta, Anatol  
Die Durchsetzung öffentlichrechtlicher Forderungen ausländischer Staaten durch deutsche Gerichte  
Tübingen 2006  
zugl. Dissertation Universität Hamburg 2006
- Duursma-Kepplinger, Henriette-Christine/  
Duursma, Dieter/Chalupsky, Ernst  
Europäische Insolvenzordnung  
Wien 2002
- Ehricke, Ulrich  
Zur Anerkennung einer im Ausland einem Deutschen erteilten Restschuldbefreiung  
IPRax 2002, 505 ff.
- Eidenmüller, Horst  
Rechtsmissbrauch im Europäischen Insolvenzrecht  
KTS Zeitschrift für Insolvenzrecht, 2009, 137 ff.
- Eidenmüller, Horst  
Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law  
In de la Feria, Rita/ Vogenauer, Stefan (Hrsg.)  
Prohibition of Abuse of Law  
A New General Principle of EU Law?  
Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law Volume 13  
S. 137 ff.  
Oxford 2011  
(zitiert als *Eidenmüller*, Prohibition of Abuse of Law, S.)
- Enneccerius, Ludwig/  
Nipperdey, Hans Carl  
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts  
Ein Lehrbuch  
1. Band, 2. Halbband  
15. Aufl.  
Tübingen 1960

- Engsig Sørensen, Karsten Abuse of rights in community law: a principle of substance or merely rhetoric?  
CML Rev. 2006, S. 423 ff.
- Engsig Sørensen, Karsten What is a General principle of EU Law?  
A response  
In de la Feria, Rita/ Vogenauer, Stefan (Hrsg.)  
Prohibition of Abuse of Law  
A New General Principle of EU Law?  
Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law Volume 13  
S. 24 ff.  
Oxford 2011  
(zitiert als *Engsig Sørensen*, Prohibition of Abuse of Law, S.)
- Ferid, Murat/Sonnenberger, Hans Jürgen Das Französische Zivilrecht  
Band 1/1  
2. Aufl.  
Heidelberg 1994
- Fleischer, Holger Der Rechtsmißbrauch zwischen Gemeineuropäischem Privatrecht und Gemeinschaftsprivatrecht  
JZ 2003, 865 ff.
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts  
Zweiter Band  
Das Rechtsgeschäft  
4. Aufl.  
Berlin 1992

- Föhlisch Julia  
Der gemeineuropäische „ordre public“,  
Frankfurt a.M. 1997  
zugl. Dissertation Universität Freiburg (Breisgau)
- Gaul, Hans Friedhelm/Schilken,  
Eberhard/Becker-Eberhard,  
Ekkehard  
Zwangsvollstreckungsrecht  
12. Aufl.  
München 2010
- Gebauer, Martin/  
Wiedmann, Thomas (Hrsg.)  
Zivilrecht unter europäischem Einfluss  
Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und  
anderer Gesetze – Kommentierung der wichtig-  
sten EU-Verordnungen  
2. Aufl.  
Stuttgart 2010
- Geimer, Reinhold  
Internationales Zivilprozessrecht  
7. Aufl.  
Köln 2015  
(zit. als *Geimer*, IZPR, Rn.)
- Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf A.  
Europäisches Zivilverfahrensrecht,  
3. Aufl.  
München 2010  
(zit. als *Geimer/Schütze*, EuZVR, Art. Rn.)
- Geimer, Reinhold/Schütze, Rolf A.  
Internationale Urteilsanerkennung  
Band I, 2. Halbband,  
München 1984  
(zit. als *Geimer/Schütze*, Internationale Urteils-  
anerkennung, §, S.)
- Georganti, Philia  
Die Zukunft des ordre public-Vorbehalts im Eu-  
ropäischen Zivilprozessrecht

München 2006  
zugl. Dissertation Universität München 2006

Ghestin, Jacques/Goubeaux, Gilles

Traité de Droit Civil  
Introduction Générale  
Paris 1994

Goldmann, Michael

Die Berechnung des Schadensersatzanspruchs vor  
und nach Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie  
WRP 2011, 950 ff.

Gordley, James

The Abuse of Rights in the Civil Law Tradition  
In de la Feria, Rita/ Vogenauer, Stefan (Hrsg.)  
Prohibition of Abuse of Law  
A New General Principle of EU Law?  
Studies of the Oxford Institute of European and  
Comparative Law Volume 13  
S. 34 ff.  
Oxford 2011  
(zitiert als *Gordley*, Prohibition of Abuse of Law,  
S.)

Goslar, Björn

Annullierung englischer Insolvenz-  
eröffnungsentscheidungen nach sec. 282 Insol-  
vency Act (UK) – Verbesserte Rechtsschutzmög-  
lichkeiten durch aktuelle Entscheidung des High  
Court of Justice Birmingham  
NZI 2012, 912 ff.

Gottwald, Peter (Hrsg.)

Insolvenzrechtshandbuch  
5. Aufl.  
München 2015

- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/  
Nettesheim, Martin (Hrsg.)
- Das Recht der Europäischen Union  
57. Aufl.  
München 2015  
(zitiert als Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Bearbeiter*,  
Recht der EU, Art. Rn.)
- Grothe, Helmut
- Rechtswegverweisung und Rechtshängigkeitser-  
schleichung im Anwendungsbereich von Art. 21  
EuGVÜ/LugÜ und Art. 27 EuGVO  
IPRax 2004, 83 ff.
- Grothe, Helmut
- Zwei Einschränkungen des Prioritätsprinzips im  
europäischen Zuständigkeitsrecht: ausschließliche  
Gerichtsstände und Prozessverschleppung  
IPRax 2004, 205 ff.
- Grunsky, Wolfgang
- Zur Vollstreckung eines im Ausland erschliche-  
nen rechtskräftigen Urteils  
IPRax 1987, 219 ff.
- Haertel, Alexander
- Italienischer Torpedo 2.0  
Anmerkungen zu LG Düsseldorf, GRUR-RR  
2009, 402 – Italienischer Torpedo  
und OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2009, 401 –  
Torpedo  
GRUR-RR 2009, 373
- Haertlein, Lutz
- Exekutionsintervention und Haftung,  
Tübingen 2008  
zugl. Habilitation Bonn 2006  
(zit. als *Haertlein*, Exekutionsintervention, S.)

- Haferkamp, Hans-Peter  
Die heutige Rechtsmißbrauchslehre – Ergebnis  
nationalsozialistischen Rechtsdenkens?  
Berlin 1995  
zugl. Dissertation Humboldt-Universität Berlin  
1994  
(zit. als *Haferkamp*, Rechtsmißbrauchslehre, S.)
- Hailbronner, Kay  
Die Freizügigkeit von Unionsbürgern in der neue-  
ren Rechtsprechung  
JZ 2010, 398 ff.
- Haß, Detlef/Huber, Peter/  
Gruber, Urs/Heiderhoff, Bettina  
EU-Insolvenzverordnung  
München 2005
- Hau, Wolfgang  
Der Einwand des Prozessbetrugs im Brüssel I-  
Exequaturverfahren  
IPRax 2006, 20 ff.
- Hay, Peter  
Recognition of a Recognition Judgement Within  
the European Union - „Double Exequatur“ and  
the Public Policy Barrier -  
ELF 2009, 61 ff.
- Heinze, Christian  
Choice of Court Agreements, Coordination of  
Proceedings and Provisional Measures in the Re-  
form of the Brussels I Regulation  
RabelsZ 75 (2011), 581 ff.
- Heneweer, Jens Christoph Rainer  
Das Forum Shopping einer GmbH unter der deut-  
schen Insolvenzordnung und der Europäischen  
Insolvenzordnung  
Frankfurt a. M. 2010  
zugl. Dissertation Universität Düsseldorf 2009



- Hergenröder, Curt Wolfgang  
Die ewige Reform  
Der Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen  
DZWIR 2009, 221 ff.
- Hergenröder, Curt Wolfgang  
Entschuldung durch Restschuldbefreiungstourismus?  
DZWIR 2009, 322 ff.
- Hess, Burkhard  
Methoden der Rechtsfindung im Europäischen Zivilprozessrecht  
IPRax 2006, 348 ff.
- Hess, Burkhard  
Europäisches Zivilprozessrecht,  
Heidelberg 2010  
(zitiert als *Hess*, EuZPR, §, Rn.)
- Hess, Burkhard  
Abgestufte Integration im Europäischen Zivilprozessrecht  
in: Stürner, Rolf/Matsumoto, Hiroyuki/Lüke, Wolfgang/Deguch, Masahisa (Hrsg.)  
Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, S. 237 ff.  
Tübingen 2009  
(zit. als *Hess*, FS Leipold, S.)
- Hess, Burkhard  
Die Reform der EuGVVO und die Zukunft des Europäischen Zivilprozessrechts  
IPRax 2011, 125 ff.

Hess, Burkhard

ABUSE OF PROCEDURE IN GERMANY AND  
AUSTRIA

in: Michele Taruffo (Hrsg.),

ABUSE OF PROCEDURAL RIGHTS: COM-  
PARATIVE STANDARDS OF PROCEDURAL  
FAIRNESS, S. 151 ff.

Den Haag 1999

(zit. als *Hess*, in Taruffo, ABUSE, S.)

Hess, Burkhard/Pfeiffer, Thomas/  
Schlosser, Peter F.

Study JLS/C4/2005/03

Report on the Application of Regulation Brussels  
I in the Member States,  
final Version 2007

[http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_a  
pplication\\_brussels\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf)

(zuletzt abgerufen am 11.09.2016)

(zitiert als *Hess/Pfeiffer/Schlosser*, Report)

von Hoffmann, Bernd/Thorn, Karsten

Internationales Privatrecht

9. Auflage

München 2007

Hohloch, Gerhard

Zur Bedeutung des Ordre public-Arguments im  
Vollstreckbarerklärungsverfahren

in: Baetge, Dietmar/von Hein, Jan/von Hinden,  
Michael (Hrsg.)

Die richtige Ordnung

Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburts-  
tag, S. 809 ff.

Tübingen 2008

(zitiert als *Hohloch*, FS Kropholler, S.)

- Holthausen, Dagmar  
Theorie und Praxis einer allgemeinen Rechtsmissbrauchsschranke für Prozessparteien  
Frankfurt a.M. 2005  
zugl. Dissertation Universität Hannover 2005
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/  
Geiser, Thomas  
Baseler Kommentar  
Zivilgesetzbuch I  
Art. 1 – 456 ZGB  
5. Aufl.  
Basel 2014  
(zit. als BSK-ZGB I/Bearbeiter, Art. Rn.)
- Horn, Norbert  
Einwand des Rechtsmissbrauchs gegen eine Gerichtsstandsvereinbarung i.S.d. Art. 23 EuGVO?  
IPRax 2006, 2 ff.
- Hüßtege, Rainer  
Braucht die Verordnung über den europäischen Vollstreckungstitel eine ordre-public-Klausel?  
in: Mansel, Heinz-Peter/Pfeiffer, Thomas/Kronke, Herbert/Kohler, Christian/Hausmann, Rainer (Hrsg.)  
Festschrift für Erik Jayme Band I, S. 371 ff.  
München 2004
- Jacoby, Florian  
Der ordre public-Vorbehalt beim forum shopping im Insolvenzrecht  
GPR 2007, 200 ff.
- Jandoli, Vincenzo  
The „Italian Torpedo“,  
IIC 2000, 783 ff.

- Jarass, Hans Dieter Charta der Grundrechte der Europäischen Union  
2. Aufl.  
München 2013  
(zit. als Jarass, GrCH, Art.)
- Jauernig, Othmar (Hrsg.) Bürgerliches Gesetzbuch  
16. Aufl.  
München 2015
- Jauernig, Othmar/Hess, Burkhard Zivilprozessrecht  
30. Aufl.  
München 2011  
(zit. als *Jauernig/Hess*, ZPR, §, Rn.)
- Kegel, Gerhard/Schurig, Klaus Internationales Privatrecht,  
9. Aufl.  
München 2004
- Kindl, Johann/Meller-Hannich, Caroline/  
Wolf, Hans-Joachim (Hrsg.) Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung  
Handkommentar zur Zwangsvollstreckung,  
3. Aufl.  
Baden-Baden 2015  
(zit. als *HK-ZV/Bearbeiter*, § Rn.)
- Kindler, Peter Gerichtsstandsvereinbarungen und Rechtshängig-  
keitssperre:  
Zum Schutz vor Torpedo-Klagen nach der Brüssel  
Ia-Verordnung  
in: Hilbig-Lugani, Katharina/ Jakob, Dominique/  
Mäsch, Gerald/ Reuß, Philipp M./ Schmid, Chri-  
stoph (Hrsg.)  
Zwischenbilanz

Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70.  
Geburtstag am 11. Juli 2015  
485 ff.  
Bielefeld, 2015  
(zitiert als *Kindler*, FS Coester-Waltjen, S.)

Kirchhoff, Hans-Peter/Lwowski,  
Hans-Jürgen/Stürmer, Rolf (Hrsg.)

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung  
Band 3  
§§ 270 – 359  
Internationales Insolvenzrecht  
Insolvenzsteuerrecht  
2. Aufl.  
München 2011  
(zit. als MüKoInsO 2. Aufl./*Bearbeiter*, § Rn.)

Kirchhoff, Hans-Peter/Lwowski,  
Hans-Jürgen/Stürmer, Rolf (Hrsg.)

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung  
Band 4  
§§ 270 – 359  
Internationales Insolvenzrecht  
Insolvenzsteuerrecht  
3. Aufl.  
München 2016  
(zit. als MüKoInsO/*Bearbeiter*, § Rn.)

Kjellgren, Anders

On the Border of Abuse – The Jurisprudence of  
the European Court of Justice on circumvention,  
Fraud and Other Misuses of Community Law  
EBLR 2000, 179 ff.

- Klockenbrink, Ulrich Die Gläubigerstellung unter dem Einfluss der EuInsVO und des deutschen internationalen Insolvenzrechts  
Berlin 2007  
zugl. Dissertation Universität Münster (Westf.)  
(zit. als *Klockenbrink*, S.)
- Klöpfer, Matthias Missbrauch im Europäischen Zivilverfahrensrecht  
Tübingen 2016  
zugleich Dissertation Universität Konstanz  
(zit. als *Klöpfer*, Missbrauch, S.)
- Knof, Béla Der *Ordre-Public*-Vorbehalt nach Art. 26 EuInsVO – Eine Allzweckwaffe gegen *forum shopping* im europäischen Insolvenzrecht  
ZinsO 2007, 629 ff.
- Koch, Harald Europäisches Insolvenzrecht und Schuldbefreiungstourismus  
in: Mansel, Heinz-Peter/Pfeiffer, Thomas/Kronke, Herbert/Kohler, Christian/Hausmann, Rainer (Hrsg.)  
Festschrift für Erik Jayme Band I, S. 437 ff.  
München 2004
- Köhler, Helmut/ Bornkamm, Joachim Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb  
34. Aufl.  
München 2016
- Koziol, Helmuth PUNITIVE DAMAGES - A EUROPEAN PERSPECTIVE  
68 Louisiana Law Review [2008], 741  
(zit. als *Koziol*, 68 La. L. Rev. 741 ff.)

- Kropholler, Jan/ von Hein, Jan  
Europäisches Zivilprozessrecht  
9. Aufl.  
Frankfurt a.M. 2011
- Kropholler, Jan  
Internationales Privatrecht  
6. Aufl.  
Tübingen 2006
- Kühnen, Thomas  
Handbuch der Patentverletzung  
8. Aufl.  
Köln 2016  
(zit. als *Kühnen*, Hdb. der Patentverletzung, Kapitel Rn.)
- von Lackum, Jens  
Die Gesetzesumgehung im Europarecht unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Gesellschaftsrechts  
Köln 2009  
zugl. Dissertation Universität Heidelberg 2008  
(zit. als *v.Lackum*, S.)
- Larenz, Karl  
Methodenlehre der Rechtswissenschaft  
6. Aufl.  
Berlin 1991
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred  
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts  
9. Aufl.  
München 2004
- Laukemann, Björn  
Rechtshängigkeit im europäischen Insolvenzrecht  
RIW 2005, 104 ff.

- Laukemann, Björn  
Der ordre public im europäischen Insolvenzverfahren  
IPRax 2012, 207 ff.
- Laukemann, Björn  
Die ordre public-Kontrolle bei Erschleichung von  
Zuständigkeit und Restschuldbefreiung im Euro-  
päischen Insolvenzverfahren:  
Eine Gläubigerperspektive  
(zu AG Göttingen, 10.12.2012 – 74 IN 28/12)  
IPRax 2014, 258 ff.
- Leipold, Dieter  
Neue Erkenntnisse des EuGH und des BGH zum  
anerkennungsrechtlichen ordre public  
in: Hohloch, Gerhard/Frank, Rai-  
ner/Schlechtriem, Peter (Hrsg.)  
Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag,  
S. 625 ff.  
Tübingen 2001
- Leitzen, Mario  
Comeback des „Torpedo“  
GRURInt 2004, 1010 ff.
- Linke, Hartmut/Hau, Wolfgang  
Internationales Zivilverfahrensrecht  
6. Aufl.  
Köln 2015
- Mader, Peter  
Rechtsmißbrauch und unzulässige Rechtsaus-  
übung  
Wien 1994  
zugl. Habilitation Salzburg 1993



- Berg, Werner /Mäsch, Gerald (Hrsg.)  
Deutsches und Europäischen Kartellrecht  
2. Aufl.  
Münster 2015  
(zit. als *Bearbeiter* in Berg / Mäsch (Hrsg.) Kartellrecht)
- Mäsch, Gerald  
Vitamine für Kartellopfer – Forum shopping im europäischen Kartelldeliktsrecht  
IPRax 2005, 509 ff.
- Mäsch, Gerald  
The Opera Ain't Over Till the Fat Lady Sings - ein englisches scheme of arrangement vor dem BGH  
IPRax 2013, 234 ff.
- Magnus, Ulrich/ Mankowski, Peter  
Brussels I on the Verge of Reform  
- A Response to the Green Paper on the Review of the Brussels I Regulation –  
ZVglRWiss 2010, 1 ff.
- Mancini, Federico  
SHORT NOTE ON ABUSE OF PROCEDURE IN COMMUNITY LAW  
in: Michele Taruffo (Hrsg.), ABUSE OF PROCEDURAL RIGHTS: COMPARATIVE STANDARDS OF PROCEDURAL FAIRNESS,  
S. 151 ff.  
Den Haag 1999  
(zit. als *Mancini*, in Taruffo, ABUSE, S.)
- Mankowski, Peter  
Entwicklungen im Internationalen Privat- und Prozessrecht 2003/2004 (Teil 2),  
RIW 2004, 587 ff.
- Mankowski, Peter  
Der ordre public im europäischen und deutschen Internationalen Insolvenzrecht  
KTS 2011, 185 ff.  
XXV

- Mankowski, Peter  
Anmerkung zu LG Köln vom 14.10.2011 – 82 O  
15/08,  
NZI 2011, 958 f.
- Mankowski, Peter  
Der Schutz von Gerichtsstands vor abredewidri-  
gen Klagen durch Art. 31 Abs. 2 EuGVVO n.F.,  
RIW 2015, 17 ff.
- Martiny, Dieter  
Die Zukunft des europäischen ordre public im  
Internationalen Privat - und Zivilverfahrensrecht  
in: Coester, Michael/Martiny, Dieter/Prinz von  
Sachsen Gesaaphe, Karl August (Hrsg.)  
Privatrecht in Europa: Vielfalt, Kollision, Koope-  
ration.  
Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum  
70. Geburtstag,  
S. 523 ff.  
München 2004
- Martiny, Dieter  
Handbuch des Internationalen Zivilverfahrens-  
rechts  
Band III/1  
Tübingen 1984  
(zit. als *Martiny* in Hdb. IZVR III/1, S.)
- Martiny, Dieter/Waehler, Jan Peter  
Wolff, Marin K.  
Handbuch des Internationalen Zivilverfahrens-  
rechts  
Band III/2  
Tübingen 1984  
(Zit. *Autor* in Hdb. IZVR III/2, S.)

- Matscher, Franz  
Der verfahrensrechtliche ordre public im Spannungsfeld von EMRK und Gemeinschaftsrecht  
IPRax 2001, 428 ff.
- Mayr, Peter G.  
Europäisches Zivilprozessrecht  
Wien, 2011  
(zitiert als *Mayr*, EuZPR, Rn.)
- McGuire, Mary-Rose  
Forum Shopping und Verweisung  
Über die Vermeidung missbräuchlicher Prozess-  
taktiken im Europäischen Zivilprozessrecht  
ZfRV 2005, 82 ff.
- Medicus, Dieter  
Allgemeiner Teil des BGB  
10. Aufl.  
Heidelberg 2010
- Nagel, Heinrich/Gottwald, Peter  
Internationales Zivilprozessrecht  
7. Auflage,  
Köln 2013
- Netzer, Felix  
Status Quo und Konsolidierung des Europäischen  
Zivilverfahrensrechts: Vorschlag zum Erlass ei-  
ner EuZPO  
Tübingen 2011  
zugl. Dissertation Universität Augsburg  
2010/2011
- Oberhammer, Paul  
The Abolition of Exequatur,  
IPRax 2010, 197 ff.

- Palandt, Otto (Begr.)  
Bürgerliches Gesetzbuch  
75. Aufl.  
München 2016
- Pannen, Klaus  
Europäische Insolvenzordnung  
Berlin 2007  
(zit. als *Pannen*, EuInsVO, Art. Rn.)
- Parzinger, Josef  
Die neue EuInsVO auf einen Blick,  
NZI 2016, 63 ff.
- Paulus, Christoph G.  
Europäische Insolvenzordnung  
4. Aufl.  
Frankfurt am Main 2013  
(zit. als *Paulus*, EuInsVO, Art. Rn.)
- Pitz, Johann  
Patentverletzungsverfahren  
2. Aufl.  
München 2010
- Pohl, Miriam  
Die Neufassung der EuGVVO – im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle  
IPRax 2013, 109 ff.
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/  
Weinreich, Gerd  
BGB Kommentar,  
11. Auflage  
Köln 2016  
(zitiert als *PWW/Autor*, § Rn)
- Raiser, Ludwig  
Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht  
in: *Summum ius summa iniuria: Individualgerechtigkeit u.d. Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben. Ringvorlesung von Mitgliedern d.*

Tübinger Juristenfakultät im Rahmen d. Dies  
academicus, Wintersemester 1962/1963,  
S. 145 ff.  
(zit. als *Raiser*, Summum ius, S.)

Ranieri, Fillipo

Verbot des Rechtsmißbrauchs und Europäisches  
Gemeinschaftsprivatrecht  
Anmerkung zu: Entscheidung des Gerichtshofs  
der Europäischen Gemeinschaften  
vom 12. Mai 1998 (Rs. C-367/96),  
ZEuP 2001, 165 ff.

Krüger, Wolfgang/ Rauscher, Thomas  
(Hrsg.)

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung  
Band 1  
§ 1 – 354  
4. Aufl.  
München 2013

Band 2  
§§ 355 – 1024  
4. Aufl.  
München 2012

Band 3  
§§ 1025 – 1109  
EGZPO GVG EGGVG UKlaG  
Internationales Zivilprozessrecht  
4. Aufl.  
München 2013  
(zit. als *MüKoZPO/Bearbeiter*, Art. Rn.)

Rauscher, Thomas (Hrsg.)

Europäisches Zivilprozessrecht und Kollisionsrecht, EuZPR/EuIPR

Band I

Brüssel Ia-VO

4. Aufl.

München 2016

Band II

EG-VollstrTitelVO, EG-MahnVO, EG-BagatellVO, EU-KPfVO, HProrogÜbk 2005, EG-ZustVO 2007, EG-BewVO, EG-InsVO

4. Aufl.

München 2015

Band III

Rom I-VO, Rom II-VO

4. Aufl.

München 2016

(zit. als Rauscher/*Bearbeiter*, EuZPR)

Regen, Ekkehard

Prozessbetrug als Anerkennungshindernis

Jena 2008

zugl. Dissertation Universität Passau 2007/2008

(zitiert als: *Regen*, Prozessbetrug, Rn.)

Reinhart, Stefan

Die Überarbeitung der EuInsVO

NZI 2012, 304 ff.

Reuss, Philipp M.

„Forum Shopping“ in der Insolvenz

Tübingen 2011

zugl. Dissertation Universität München 2010

(zit. als *Reuss*, Forum Shopping, S.)

- Riesenhuber, Karl (Hrsg.)  
Europäische Methodenlehre  
3. Aufl.  
Berlin 2015  
(zit. als *Autor* in Riesenhuber (Hrsg.), Methodenlehre, §, Rn.)
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl-Heinz/  
Gottwald, Peter  
Zivilprozessrecht  
17. Aufl.  
München 2010
- Roth, Herbert  
Europäischer Rechtskraftbegriff im Zuständigkeitsrecht?  
IPRax 2014, 136 ff.
- Säcker, Franz Jürgen /  
Rixecker, Roland / Oetker,  
Hartmut / Limperg, Bettina (Hrsg.)  
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen  
Gesetzbuch  
Band 1  
Allgemeiner Teil  
§§ 1 – 240 ProStG AGG  
7. Aufl.  
München 2016  
Band 2  
Schuldrecht Allgemeiner Teil  
§§ 241 – 432  
7. Auflage  
München 2016

Band 5

Schuldrecht Besonderer Teil III

§§ 705 – 853 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz

Produkthaftungsgesetz

6. Aufl.

München 2013

Band 10

Internationales Privatrecht I

Europäisches Kollisionsrecht

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1 – 24)

6. Aufl.

München 2015

Band 11

Internationales Privatrecht II

Internationales Wirtschaftsrecht

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 25 – 248)

6. Aufl.

München 2015

(zit. als MüKoBGB/*Bearbeiter*, § Rn.)

Saenger, Ingo (Hrsg.)

Handkommentar Zivilprozessordnung

6. Aufl.

Baden-Baden 2016

(zitiert als HK-ZPO/*Bearbeiter*, Art. Rn.)

Saenger, Ingo

Zur Schadensersatzpflicht bei vorzeitigen Vollstreckungsmaßnahmen des materiell berechtigten Gläubigers

JZ 1997, 222 ff.



- Saenger, Ingo/Klockenbrink, Ulrich  
Neue Grenzen für ein forum shopping des Insolvenzschuldners?  
DZWIR 2006, 183 ff.
- Sander, Florian/Breßler, Steffen  
Das Dilemma mitgliedstaatlicher Rechtsgleichheit und unterschiedlicher Rechtsschutzstandards in der Europäischen Union  
ZZP (122) 2009, 157 ff.
- Schack, Haimo  
Internationales Zivilverfahrensrecht,  
6. Auflage  
München 2014  
(zit. als *Schack*, IZVR, Rn.)
- Schack, Haimo  
Die Entwicklung des europäischen Internationalen Zivilverfahrensrechts – aktuelle Bestandsaufnahme und Kritik  
in: Stürner, Rolf/Matsumoto, Hiroyuki/Lüke, Wolfgang/Deguch, Masahisa (Hrsg.)  
Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag,  
S. 317 ff.  
Tübingen 2009  
(zit. als *Schack*, FS Leipold, S.)
- Schick, Marius M.  
Die Gesetzesumgehung im Licht der nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Rechtsprechung  
Frankfurt a.M. 2008  
zugl. Dissertation Universität Düsseldorf 2007
- Schilling, Theodor  
Das Exequatur und die EMRK  
IPRax 2011, 31 ff.

- Schlosser, Peter F./ Hess, Burkhard      EU-Zivilprozessrecht,  
4. Aufl.  
München 2015  
(zit. als *Schlosser/Hess*, EU-ZPR)
- Schlosser, Peter F.      The Abolition of Exequatur Proceedings – In-  
cluding Public Policy Review?  
IPRax 2010, S. 101 ff.
- Schmehl, Christine      Parallelverfahren und Justizgewährung  
Tübingen 2011  
zugl. Dissertation Universität Frankfurt a.M.  
2010
- Schmidt, Andreas (Hrsg.)      Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht  
5. Aufl.  
Köln 2015  
(Zitiert als *HambKomm/Bearbeiter*, § Rn.)
- Schmidt-Kessel, Martin      Rechtsmissbrauch im Gemeinschaftsprivatrecht –  
Folgerungen aus den Rechtssachen *Kefalas* und  
*Diamantis*  
in: Jud, Brigitte/Bachner, Thomas u.a (Hrsg.),  
Prinzipien des Privatrechts und der Rechtsverein-  
heitlichung,  
Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler,  
S. 61 ff.  
Stuttgart 2000  
(zit. als *Schmidt-Kessel* in: Jahrbuch Junger Zivil-  
rechtswissenschaftler, 2000, S.)

- Schotten, Günther/  
Schmellenkamp, Cornelia  
Das Internationale Privatrecht in der notariellen  
Praxis,  
2. Aufl.  
München 2007
- Schroeders, Kathrin  
Anmerkung zu OLG Köln vom 28.02.2013  
NZI 2013, 512
- Schütze, Rolf A.  
Deutsches Internationales Zivilprozessrecht unter  
Einschluss des Europäischen Zivilprozessrechts  
2. Aufl.  
Berlin 2005  
(zit. als *Schütze*, DIZPR, Rn.)
- Schütze, Rolf A.  
Die Rechtsverfolgung im Ausland  
Prozessführung vor ausländischen Gerichten und  
Schiedsgerichten  
4. Aufl.  
Berlin 2009  
(zit. als *Schütze*, Rechtsverfolgung, Rn.)
- Schütze, Rolf A.  
Die Geltendmachung von § 826 BGB gegenüber  
ausländischen Zivilurteilen  
JR 1979, 184 ff.
- Schulze, Reiner (Schriftleitung)  
Bürgerliches Gesetzbuch  
Handkommentar  
8. Aufl.  
Baden-Baden 2014  
(zit. als HK-BGB/*Autor*, §, Rn.)
- Schurig, Klaus  
Die Gesetzesumgehung im Privatrecht  
in: Heldrich, Andreas/Sonnenberger, Hans Jür-  
gen,  
XXXV

Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag  
am 11. April 1988,  
S. 375 ff.  
Frankfurt a.M. 1988

Schuschke, Winfried/  
Walker, Wolf-Dietrich

Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz  
6. Aufl.  
Köln 2016  
(zit. als Schuschke/Walker, Vollstreckung, §,  
Rn.)

Schwemmer, Anja-Sophie

Die Verlegung des centre of main interests (CO-  
MI) im Anwendungsbereich der EuInsVO  
NZI 2009, 355 ff.

Schwimann, Michael (Hrsg.)

Praxiskommentar zum ABGB  
Band 7  
§§ 1293 – 1502 ABGB  
3. Aufl.  
Wien 2006  
(zit. als Schwimann/*Bearbeiter*, ABGB, § Rn.)

Soergel, Hans Theodor (Begr.)

Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgeset-  
zen und Nebengesetzen  
Band 2  
Schuldrecht I (§§ 241 – 432)  
13. Aufl.  
Stuttgart 1999

Solomon, Dennis

Haftung, Sicherheitsleistung und Undertakings  
im Internationalen Vollstreckungsrecht  
in Hess, Burkhard (Hrsg.)  
Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Ver-  
einigung für Internationales Verfahrensrecht e.V.

Band 21

Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht – Europäisches Vollstreckungsrecht,  
S. 173 ff.

Bielefeld, 2014

(zitiert als *Solomon*, Die Anerkennung, S.)

Splittgerber, Daniel

Die örtliche Zuständigkeit in Insolvenzverfahren  
konzernverbundener Unternehmen

Baden-Baden 2011

zugl. Dissertation Universität Münster (Westf.)  
2010

Stadler, Astrid

Das Europäische Zivilprozessrecht – Wie viel  
Beschleunigung verträgt Europa?

IPRax 2004, S. 2 ff.

Stauder, Dieter

Die internationale Zuständigkeit in Patentverletzungsklagen – „Nach drei Jahrzehnten“

in: Ohly, Ansgar/Bodewig, Theo/Dreier, Thomas/  
Götting, Horst-Peter/Haedicke, Maximilian/  
Lehmann, Michael (Hrsg.)

Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts

Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag,

S. 917 ff.

München 2005

(zit. als *Stauder*, FS Schricker, S.)

Staudinger, Ansgar

Der ordre public-Einwand im Europäischen Zivilverfahrensrecht

ELF 2004, 273 ff.

von Staudinger, Julius (Begr.)

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

§§ 164 – 240

(Allgemeiner Teil 5)

Neubearbeitung 2014

Berlin 2014

Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241 – 243

(Treu und Glauben)

Neubearbeitung 2015

Berlin 2015

§§ 362 - 396

(Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung)

Neubearbeitung 2011

Berlin 2011

§§ 397 - 432

(Erläss, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit  
von Schuldner und Gläubigern)

Neubearbeitung 2012

Berlin 2012

§§ 826 – 829; ProdHaftG

(Unerlaubte Handlung 2, Produkthaftung)

Neubearbeitung 2014

Berlin 2014

Art. 3 - 6 EGBGB

(IPR - Allgemeiner Teil)

Neubearbeitung 3

Berlin 2013

Art. 38 – 42 EGBGB  
(Internationales Recht der außervertraglichen  
Schuldverhältnisse)  
Neubearbeitung 2001  
Berlin 2001

Stein, Andreas  
Neuere Entwicklungen bei der gegenseitigen An-  
erkennung und Vollstreckung von zivilrechtli-  
chen Urteilen in Europa  
WiRO 2003, 289 ff.

Stein, Andreas  
Der Europäische Vollstreckungstitel für unbestrit-  
tene Forderungen tritt in Kraft – Aufruf zu einer  
nüchternen Betrachtung  
IPRax 2004, 181 ff.

Stein, Friedrich/Jonas, Martin (Begr.)  
Bork, Reinhard / Roth, Herbert (Hrsg.)  
Kommentar zur Zivilprozessordnung  
Band 1  
Einleitung §§ 1 – 77  
232. Aufl.  
Tübingen 2014  
  
Band 5  
§§ 328 – 510 c  
23. Aufl.  
Tübingen 2015  
  
Band 10  
EuGVVO, GVG  
22. Aufl.  
Tübingen 2011  
(zit. als Stein/Jonas/Bearbeiter, §, Rn.)

- Stolz, Gerald Die Ordre Public-Klausel des EuGVÜ in der  
Rechtsprechung des EuGH – EuGH, NJW 2000,  
1853  
JuS 2002, 541 ff.
- Streinz, Rudolf Europarecht  
9. Aufl.  
Heidelberg 2012
- Streinz, Rudolf (Hrsg.) EUV/AEUV  
Vertrag über die Europäische Union und Vertrag  
über die Arbeitsweise der Europäischen Union  
2. Aufl.  
München 2012  
(zit. als *Streinz/Bearbeiter*, EUV/AEUV, Art.  
Rn.)
- Stürner, Rolf Inländischer Rechtsschutz gegen ausländische  
Urteile  
RabelsZ 71 (2007), 597 ff.
- Stürner, Rolf Rechtsschutz gegen fehlerhafte Europäische  
Vollstreckungstitel  
GPR 2010, 43 ff.
- Sujecki, Bartosz Torpedoklagen im europäischen Binnenmarkt –  
zgl. Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 1. Fe-  
bruar 2011, KZR 8/10  
GRURInt 2012, 18 ff.
- Sujecki, Bartosz Anmerkung zu EuGH Urteil vom 25.10.2012 –  
C-133/11 (Folien Fischer AG u. a./ Ritrama SpA)  
EuZW 2012, 952 f.



- Tamm, Marina Die 28. Rechtsordnung der EU: Gedanken zur Einführung eines grenzüberschreitenden B2C-Vertragsrechts  
GPR 2010, 281 ff.
- Teichmann, Arndt Die Gesetzesumgehung  
Göttingen 1962  
zugl. Dissertation Universität Göttingen 1962
- Teichmann, Arndt Die „Gesetzesumgehung“ im Spiegel der Rechtsprechung  
JZ 2003, 761 ff.
- Thiele, Christian Anderweitige Rechtshängigkeit im Europäischen Zivilprozessrecht – Rechtssicherheit vor Einzelfallgerechtigkeit  
RIW 2004, 285 ff.
- Thole, Christoph Missbrauchskontrolle im Europäischen Zivilverfahrensrecht  
ZZP (122) 2009, S. 423 ff.
- Thole, Christoph Negative Feststellungsklage, Insolvenztorpedos und EuInsVO  
ZIP 2012, 605 ff.
- Thole, Christoph Die Entwicklung der Anerkennung im autonomen Recht in Europa  
in Hess, Burkhard (Hrsg.)  
Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht e.V.  
Band 21  
Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht – Europäisches Vollstreckungsrecht,  
S. 25 ff.

- Bielefeld, 2014  
(zitiert als *Thole*, Die Anerkennung, S.)
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans  
Zivilprozessordnung  
36. Aufl.  
München 2015
- Tichý, Luboš  
Die Verhinderung von Rechtsmissbrauch im Prozess am Beispiel der Brüssel I-Verordnung  
in: Witzleb, Normann/ Ellger, Reinhard/ Mankowski, Peter/ Merkt, Hanno/ Remien, Oliver (Hrsg.)  
Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag  
S. 851 ff.  
Tübingen, 2014  
(zitiert als *Tichý*, FS Martiny, S.)
- Tilmann, Winfried/von Falck, Andreas  
EU-Patentrechtsharmonisierung II: Forum-Shopping und Torpedo  
GRUR 2000, 579 ff.
- Tsikrikas, Dimitros  
Einige Gedanken über die “autonome“ Bestimmung des Streit- und Urteilsgegenstandes im europäischen Zivilprozessrecht  
in: Stürner, Rolf/Matsumoto, Hiroyuki/Lüke, Wolfgang/Deguch, Masahisa (Hrsg.)  
Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag,  
S. 351 ff.  
Tübingen 2009  
(zit. als *Tsikrikas*, FS Leipold, S.)
- Vallender, Heinz  
Anmerkung zu LG Köln Urt. v. 14.10.2011 – 82 O 15/08

EWiR 2011, 775 f.

Völker, Christian

Zur Dogmatik des ordre public

Berlin 1998

zugl. Dissertation Universität Tübingen  
1995/1996

(zit. als *Völker*, ordre public, S.)

Wagner, Rolf

Vom Brüsseler Übereinkommen über die Brüssel  
I-Verordnung zum Europäischen Vollstreckungs-  
titel

IPRax 2002, 75 ff.

Wagner, Rolf/Beckmann, Martina

Beibehaltung oder Abschaffung des Vollstreck-  
barerklärungsverfahrens in der EuGVVO?

RIW 2011, S. 44 ff.

Wagner, Rolf

Fünfzehn Jahre justizielle Zusammenarbeit in  
Zivilsachen

IPRax 2014, 217 ff.

Wahl, Ulrich

Die verfehlt internationale Zuständigkeit

Forum non conveniens und und internationales  
Rechtsschutzbedürfnis

Berlin 1974

zugl. Dissertation Universität Bonn 1972

Wassermann, Rudolf (Gesamthrg.)

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in  
sechs Bänden

Band 2 Allgemeines Schuldrecht

(§§ 241 – 432)

Neuwied 1980

(zit. als AK-BGB/*Autor*, §, Rn.)

- Weller, Marc-Philippe                      Forum Shopping im internationalen Insolvenzrecht?  
IPRax 2004, 412 ff.
- Wieczorek Bernhard / Schütze, Rolf A.    Zivilprozessordnung und Nebengesetze  
  
Band 5  
Teilband 1  
§§ 300 – 329  
4.Aufl.  
Berlin, 2015  
(zitiert als *Wieczorek/Schütze/Bearbeiter*, § Rn.)
- Wiedmann, Elke                              Der Rechtsmissbrauch im Markenrecht  
zugl. Dissertation Universität Konstanz 2002  
<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:352-opus-8450> (zuletzt abgerufen am 11.09.2016)
- Wimmer, Klaus (Hrsg.)                      Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung  
8. Aufl.  
Köln, 2015  
(zitiert als *FK-InsO/Bearbeiter*, § Rn.)
- Wolf, Manfred/Neuner, Jörg                Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts  
10. Aufl.  
München 2012
- Wright, David/Fenwick, Sam                Bankruptcy tourism – what it is, how it works and  
how creditors can fight back  
IILR 2012, 45 ff.

- Wudarski, Arkadiusz/ Stürner, Michael      Verfassungswidriges europäisches Internationales  
Verfahrensrecht?  
(zu      polnischer      Verfassungsgerichtshof,  
16.11.2011 – SK 45/09, Dz.U. Nr. 254 Pos. 1530)  
IPRax 2013, 278 ff.
- Zimmermann, Annette      Das Rechtsmißbrauchsverbot im Recht der Euro-  
päischen Gemeinschaften  
Münster 2002  
zugl. Dissertation Universität Konstanz 2001
- Zöllner, Richard (Begr.)      Zivilprozessordnung  
31. Aufl.  
Köln 2016

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung der Bekanntmachung vom 09.05.2008 (ABl. Nr. C 115, S. 47), zuletzt geändert durch Art. 2 Änd-Beschl. 2012/419/EU vom 11.07.2012 (ABl. Nr. L 204, S. 131)
allg.	allgemein/allgemeine
Anm.	Anmerkung
AT	Allgemeiner Teil
Art.	Artikel
Artt.	Artikel (Plural)
Aufl.	Auflage
AVAG	Gesetz zur Ausführung zwischenstaatlicher Verträge und zur Durchführung von Verordnungen und Abkommen der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen (Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz - AVAG)
Az.	Aktenzeichen
BayObLG	Bayrische Oberste Landesgericht
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
BeckRS	Beck-Rechtsprechung (Entscheidungssammlung)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Brüssel I-VO	siehe EuGVO
Brüssel Ia-VO	Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und

	Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung) (ABl. Nr. L 351 S. 1)
	Zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndVO (EU) 2015/281 vom 26.11.2014 (ABl. 2015 Nr. L 54 S. 1)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
C.L.J.	Cambridge Law Journal (Zeitschrift)
CML Rev.	Common Market Law Review (Zeitschrift)
COMI	centre of main interest
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DesignG	Gesetz über den rechtlichen Schutz von Design (Designgesetz - DesignG)
d.h.	das heißt
dies.	dieselben
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (Zeitschrift)
EBLR	European Business Law Review (Zeitschrift)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
ELF	The European Legal Forum (Zeitschrift)
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
EU	Europäische Union
EuBeweisVO	Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28.05.2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen (ABl. Nr. L 174, S. 1), zuletzt geändert durch Anh. Nr. 2 ÄndVO (EG) 1103/2008 vom 22.10.2008 (ABl. Nr. L 304, S. 80)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

EuGVO (alt)	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. EG Nr. L 12 vom 16.1.2001, S. 1, zuletzt geändert durch VO EG Nr. 2245/2004 der Kommission vom 27.12.2004, ABl. EG Nr. L 381 vom 28.12.2004, S. 10)
EuGVO	siehe Brüssel Ia-VO
EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 27.09.1968 (BGBl. 1972 II, S. 774), zuletzt geändert durch Titel II Übereinkommen vom 29.11.1996 v. 16.07.1998 (BGBl. II, S. 1411)
EuGVVO	siehe EuGVO
EuInsVO	Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.05.2000 über Insolvenzverfahren (ABl. Nr. L 160 S. 1), zuletzt geändert durch Art. 91 EuInsVO 2017 vom 20. 5. 2015 (ABl. Nr. L 141 S. 19)
EuInsVO 2017	Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren (Neufassung) (ABl. Nr. L 141 S. 19)
EuMahnVO	Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens (ABl. Nr. L 399, S. 1, ber. ABl. 2008 Nr. L 46, S. 52, ABl. Nr. L 333, S. 17), zuletzt geändert durch Art. 2 ÄndVO (EU) 2015/2421 vom 16.12.2015 (ABl. Nr. L 341 S. 1)
EUV	Vertrag über die Europäische Union i.d.F. des Vertrags von Lissabon 13.12.2007 (ABl. Nr. C 306 S. 1, ber. ABl. 2008 Nr. C 111 S. 56, ABl. 2009 Nr. C 290 S. 1, ABl. 2011 Nr. C 378 S. 3), zuletzt geändert durch Art. 13, 14 Abs. 1 EU-



	Beitrittsakte 2013 vom 09.12.2011 (ABl. 2012 Nr. L 112 S. 21)
EuVTVO	Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.04.2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (ABl. Nr. L 143, S. 15, ber. ABl. 2005 Nr. L 97, S. 64; ABl. 2008 Nr. L 50 S. 71), zuletzt geändert durch Anh. Nr. 4 ÄndVO (EG) 1103/2008 vom 22.10.2008 (ABl. Nr. L 304, S. 80)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgend
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
frz.	französisch
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GGV	Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12.12.2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster (ABl. Nr. L 3 S. 1, ber. ABl. 2002 Nr. L 179 S. 31) zuletzt geändert durch Anh. III 2. III. ÄndEU-BeitrAkt 2013 vom 09.12.2011 (ABl. 2012 Nr. L 112 S. 21)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GrCH	Charta der Grundrechte der Europäischen Union v. 12.12.2007 (ABl. Nr. C 303, S. 1)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)

GRURInt	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (Zeitschrift)
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungsreport
GS	Gedächtnisschrift
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (Zeitschrift)
Hdb.	Handbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
InstGE	Entscheidungen der Instanzgerichte zum Recht des geistigen Eigentums
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law (Zeitschrift)
IILR	International Insolvency Law Review (Zeitschrift)
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
KG	Kommanditgesellschaft
KTS	KTS Zeitschrift für Insolvenzrecht (Zeitschrift)
LG	Landgericht
m.	mit
MarkenG	Markengesetz
McGill L.J.	Mc Gill Law Journal (Zeitschrift)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW Rechtsprechungsreport Zivilrecht (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
öOGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
öZPO	Zivilprozessordnung (Österreich)
PatG	Patentgesetz
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Zeitschrift)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiLi.	Richtlinie
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
ROM I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.06.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (ABl. Nr. L 177, S. 6, ber. 2009 Nr. L 309, S. 87)
ROM II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.07.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“) (ABl. Nr. L 199, S. 40, ber. ABl. 2012 Nr. L 310, S. 52)
ROM III-VO	Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20.12.2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts (ABl. Nr. L 343, S. 10)

Rs.	Rechtssache
R.S.O.	Revised Statutes of Ontario
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s.	siehe
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte
st.	ständige
StGB	Strafgesetzbuch
s.u.	siehe unten
u.A.	und Andere
u.a.	unter anderem
v.	von/vom
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Westf.	Westfalen
WiRO	Wirtschaft und Recht in Osteuropa (Zeitschrift)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (Zeitschrift)
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweiz)
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (Zeitschrift)
zit.	zitiert
ZIP	ZIP - Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Zeitschrift)
ZPO	Zivilprozessordnung
zugl.	zugleich
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozessrecht (Zeitschrift)

ZZPInt

Zeitschrift für Zivilprozessrecht International (Zeitschrift)

## Gliederung

1. Kapitel Einleitung .....	1
A. Definition der Entscheidung .....	1
B. Definition der Anerkennung.....	2
C. Definition des Rechtsmissbrauchs.....	2
I. Rechtsmissbrauch als Prinzip im Prozessrecht.....	2
II. Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchs .....	3
1. Innentheorie .....	4
2. Aussentheorie .....	5
3. Zwischenergebnis.....	6
4. Weitere Differenzierung des Rechtsmissbrauchs .....	10
a. Individueller Rechtsmissbrauch .....	10
b. Institutioneller Rechtsmissbrauch .....	11
c. Gemeinsamkeiten/Notwendigkeit der Unterscheidung.....	11
5. Tatbestand .....	16
a. Fallgruppen des Deutschen Rechts .....	16
1) Exceptio doli praesentis .....	17
2) Exceptio doli praeteriti .....	19
3) Venire contra factum proprium .....	19
4) Tu quoque .....	21
5) Bedeutung der Fallgruppen für den Gang der Bearbeitung.....	21
b. Erforderlichkeit eines subjektiven Tatbestandsmerkmals.....	22
6. Ergebnis .....	27
2. Kapitel Einzelne Fälle des (möglichen) Rechtsmissbrauchs bei der Anerkennung.....	27
A. Prozessbetrug .....	28
I. Definition.....	28
II. Darstellung der Lösung des BGH .....	28
III. Einordnung als Rechtsmissbrauch.....	30
B. Torpedos.....	32
I. Problemdarstellung .....	32
II. Standpunkt des EuGH .....	37
III. Literaturansichten .....	38
1. Zustimmende Stimmen .....	39
2. Ablehnende Stimmen/Einschränkung des Art. 29 Brüssel Ia-VO .....	39
IV. Einordnung als Rechtsmissbrauch.....	40
C. Gesetzesumgehung am Beispiel des Europäischen Insolvenzrechts.....	45
I. Gesetzesumgehung allgemein .....	45
1. Verhältnis Gesetzesumgehung und forum shopping .....	45
2. Verhältnis zwischen Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung.....	46
a. Gegenseitiger Ausschluss von Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch .....	46
b. Gleichlauf Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung.....	47
c. Vermittelnde Ansicht .....	48
d. Stellungnahme.....	49
3. Voraussetzung der Gesetzesumgehung.....	50
4. Gesetzesumgehung im Deutschen Recht .....	52
5. Gesetzesumgehung im Europäischen Recht .....	53
II. Gesetzesumgehung im Europäischen Insolvenzrecht .....	54
1. Kriterien für Rechtsmissbrauch bei der COMI-Verlegung.....	57
a. (Untauglichkeit allein) Objektiver Kriterien .....	58
b. Subjektive Kriterien .....	59

1)	Private Motive .....	62
2)	Insolvenzrechtliche Motive .....	62
3)	Indizien für Rechtsmissbrauch bei Gesellschaften .....	63
4)	Indizien für Rechtsmissbrauch bei natürlichen Personen .....	64
5)	Ergebnis .....	65
c.	Ausschluss der Überprüfbarkeit der internationalen Zuständigkeit .....	65
III.	Einordnung als Rechtsmissbrauch .....	66
3.	Kapitel Rahmen des Rechtsmissbrauchs .....	67
A.	Vorgaben der Europäischen Union .....	67
I.	Wechselseitiges Vertrauen .....	67
II.	Urteilsfreizügigkeit/Wechselseitige Anerkennung .....	68
B.	Interessen .....	69
I.	Der Europäischen Union .....	69
II.	Der Mitgliedsstaaten .....	71
III.	Titelgläubiger .....	74
IV.	Titelschuldner .....	75
V.	Unumgänglichkeit einer Interessenabwägung .....	76
C.	Allgemeines Verbot des Rechtsmissbrauchs im Europäischen Recht .....	78
I.	Anerkennung durch EuGH .....	78
II.	Anerkennung durch Literatur .....	81
III.	Vorgaben des Gemeinschaftsrechts .....	82
1.	Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an das Prinzip des Rechtsmissbrauchs .....	82
2.	Erforderlichkeit Rechtsmissbrauch zu bekämpfen .....	86
4.	Kapitel Lösungsansätze de lege lata .....	88
A.	Ordre public .....	88
I.	Inhalt des ordre public .....	88
1.	Ordre public atténué .....	89
a.	Abgeschwächte Wirkung .....	89
b.	Gleichlauf von materiellrechtlichem ordre public und anerkennungsrechtlichem ordre public .....	90
c.	Stellungnahme .....	91
II.	Einschränkungen des ordre public .....	92
1.	Inlandsbezug erforderlich .....	92
2.	Präklusion .....	95
III.	Anwendung des ordre public-Vorbehalts auf die einzelnen Konstellationen .....	97
1.	Prozessbetrug .....	97
2.	Torpedo .....	99
3.	Gesetzesumgehung .....	100
a.	Dogmatische Verschiedenheit zwischen ordre public und den Regeln der Gesetzesumgehung? .....	100
1)	Ordre public-Vorbehalt strukturell untauglich .....	100
2)	Ordre public als Lösungsmöglichkeit .....	101
3)	Stellungnahmen .....	101
b.	Unterscheidet sich der ordre public-Vorbehalt des Art. 26 EuInsVO von dem in anderen Verordnungen .....	102
c.	Ergebnis .....	105
1)	Kein struktureller Grund gegen Anwendung der ordre public-Kontrolle ..	105
2)	Art. 26 EuInsVO in concreto als Lösungsmöglichkeit geeignet .....	106
IV.	Zukunft des ordre public .....	110
1.	Standpunkt der Kommission .....	110
2.	Stellungnahme .....	112

B.	Einstweiliger Rechtsschutz.....	120
I.	Einstweiliger Rechtsschutz in der Konstellation des Prozessbetruges.....	121
II.	Einstweiliger Rechtsschutz in der Konstellation der „Torpedo“-Situation.....	122
III.	Einstweiliger Rechtsschutz in der Konstellation der Gesetzesumgehung.....	124
C.	Verweis auf Möglichkeit des Wiederaufnahmeverfahrens.....	124
D.	Anwendung der Formel „Forum non conveniens“.....	125
E.	Vorgehen gegen die Mitgliedsstaaten.....	126
F.	Sekundäre Ansprüche.....	128
I.	Anwendbares Recht.....	129
II.	In Betracht kommende Ansprüche.....	131
1.	Aus dem Prozessrecht.....	131
a.	§ 717 Abs. 2 ZPO.....	132
b.	§ 945 ZPO.....	133
c.	§ 28 AVAG.....	135
d.	Zwischenergebnis: Untauglichkeit als Lösungsansatz.....	136
2.	Vertragliche Ansprüche.....	137
3.	Deliktische Ansprüche.....	140
4.	§ 826 BGB.....	141
a.	Fallgruppe des Prozessbetrugs.....	142
b.	Fallgruppe der Zuständigkeitserschleichung.....	144
c.	Fallgruppe der Torpedoklagen.....	145
III.	Defizite aller Schadensersatzansprüche.....	146
G.	Anwendung der Anerkennungsnormen unter Berücksichtigung des Zwecks der Verordnung.....	148
I.	Zuständigkeitserschleichung.....	150
1.	Zwecke der Verordnungen.....	151
2.	Verhältnis zum ordre public-Vorbehalt.....	152
II.	Prozessbetrug.....	153
III.	Torpedoproblematik.....	153
IV.	Ergebnis.....	155
H.	Schutz über die Möglichkeiten der Anordnung einer Sicherheitsleistung.....	156
I.	Bewertung der Lösungsansätze de lege lata.....	158
5.	Kapitel Lösungsansätze de lege ferenda.....	158
A.	Einführung einer Verweisungsnorm.....	158
B.	Période suspecte.....	160
C.	Überarbeitung der EuGVO.....	162
I.	Torpedoklagen.....	162
1.	Kommissionsentwurf vom 14.12.2010.....	163
2.	Änderungsentwurf Stand 25.09.2012/Neufassung der EuGVO.....	165
3.	Bewertung.....	166
II.	Prozessbetrug.....	167
III.	Zuständigkeitserschleichung.....	169
D.	Neufassung der EuInsVO.....	169
E.	Veränderung des Anknüpfungsmoments.....	171
F.	Verlagerung des Rechtsschutzes in das Vollstreckungsverfahren.....	172
G.	Eigener Vorschlag: Normierung des Rechtsmissbrauchsverbots.....	175
I.	Vorteile gegenüber anderen Lösungsansätzen.....	175
II.	Generalklausel.....	177
III.	Kein Verstoß gegen das System der Rechtskraft von Urteilen.....	180
1.	Zuständigkeitserschleichung.....	182
2.	Torpedoproblematik.....	184



3. Prozessbetrug .....	184
H. Zusammenfassung.....	185
6. Kapitel Verhinderung des Missbrauchs der Missbrauchsschutzinstrumentarien – Anforderungen an eine Norm .....	185
A. Einschränkung des zulässigen Vorbringens.....	186
B. Schadensersatz.....	187
C. Sicherheitsleistung.....	187
D. Zeitliche Obergrenze .....	190
E. Ergebnis .....	191
7. Kapitel Schluss.....	191
A. Zusammenfassung in Thesen .....	191
B. Vorschlag der Norm .....	193



## 1. Kapitel Einleitung

### A. Definition der Entscheidung

Der Begriff der Entscheidung im Sinne dieser Untersuchung soll weit gefasst werden. Er orientiert sich an der Legaldefinition des Art. 32 EuGVO (alt) / Art. 2 lit. a) Brüssel Ia-VO<sup>1,2</sup>. Dabei weitet die Brüssel Ia-VO bereits den Anwendungsbereich der Verordnung jedenfalls für die Zwecke der Anerkennung und Vollstreckung im Sinne des Kapitels III der Verordnung aus. Abweichend von dieser Definition sollen aber auch Entscheidungen, die nicht in den Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO fallen, insbesondere insolvenzrechtliche Entscheidungen im Anwendungsbereich der EuInsVO<sup>3</sup>, untersucht werden.

Darüber hinausgehend werden von dem hier verwendeten Begriff „Entscheidung“ jedoch auch Rechtspositionen erfasst, die prozessuale Wirkungen im Zweitstaat entfalten, ohne dass sie einer – wie auch immer gearteten – „Äußerung“ des Erstgerichts bedürfen<sup>4</sup>. Auch diese Rechtspositionen können eine ähnliche Wirkung wie eine Äußerung des Gerichts erlangen, sind also ähnlich anfällig für Rechtsmissbrauch<sup>5</sup>. Maßgebliches Kriterium für eine Entscheidung im Sinne dieser Untersuchung ist also die Entfaltung prozessualer Wirkungen.

Diese Sichtweise wird dabei insofern bereits vom Wortlaut des Art. 2 a) Brüssel Ia-VO gestützt, als das auch in diesem der Anwendungsbereich weit gezogen wird, indem die einstweiligen Maßnahmen ausdrücklich in den Anwendungsbereich aufgenommen werden. Art. 2 a) Brüssel Ia-VO ist jedoch enger als der Untersuchungsgegenstand, da entweder die Anhörung oder jedenfalls

---

<sup>1</sup>Die Nummerierung der Artikel der EuGVO (alt) bezieht sich auf die VO (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000. Zu deren Neufassung in Form der Brüssel Ia-VO / EuGVO und deren Bedeutung für den Prüfungsgegenstand, unten S. 162 ff. Die Nummerierung folgt im Übrigen dem derzeit geltenden Recht.

<sup>2</sup>EuGH v. 15.11.3.2012, Rs. C-456/11 (*Gothaer Allgemeine Versicherung AG u.a. ./ Samskip GmbH*) Rn. 31, 32 zitiert nach spricht auch für eine weite Qualifikation des Begriffs der Entscheidung, nämlich auch für die Einbeziehung von Prozessurteilen. Kritisch zu dem Urteil des EuGH, *Roth*, IPRax 2014, 136 ff.

<sup>3</sup>Das dabei auch im Europäischen Insolvenzrecht der Begriff der Entscheidung weiter gefasst sein kann, als dies üblicherweise getan wird, zeigt *Mäsch*, IPRax 2013, 234, 235 f.

<sup>4</sup>Dies bedeutet jedoch nicht, dass sie einer Entscheidung nicht zugänglich wären, so sind Zuständigkeitsfragen (Zwischen-)Feststellungsurteilen zugänglich. Zudem ist in Art. 29 Abs. 2 Brüssel Ia-VO auf Antrag eine „Äußerung“ des Erstgerichts vorgesehen, auch wenn deren Rechtsnatur nicht die einer Entscheidung ist.

<sup>5</sup>Vgl. unten S. 40.

die Zustellung der Entscheidung über die einstweilige Maßnahme notwendige Bedingung ist.

## B. Definition der Anerkennung

Anerkennung im Sinne dieser Untersuchung wird als die Beachtlichkeit der Wirkungen jedweder Entscheidung eines Gerichts in einem Mitgliedsstaat verstanden<sup>6</sup>. Darunter fällt auch die Berücksichtigung der Wirkungen einer bloßen Anhängigkeit der Entscheidungen i.S.d. Art. 29 Brüssel Ia-VO. Auch diese Anhängigkeit eines Verfahrens im Erststaat entfaltet prozessuale Wirkungen im Zweitstaat, kann und muss also bereits anerkannt werden<sup>7</sup> und steht damit dem weiteren Tätigwerden des Gerichts im Zweitstaat entgegen<sup>8</sup>.

## C. Definition des Rechtsmissbrauchs

Die größten Schwierigkeiten bereitet eine Definition des Rechtsmissbrauchs. Obwohl sprachlich<sup>9</sup> eindeutig, ist das Prinzip nur schwer zu fassen<sup>10</sup>. Dabei ist der Rechtsmissbrauch ein Prinzip, das bereits im römischen Recht verankert war<sup>11</sup>.

### I. Rechtsmissbrauch als Prinzip im Prozessrecht

Rechtsmissbrauch ist ein Prinzip, welches das gesamte Recht durchzieht. Es ist nicht beschränkt auf das materielle<sup>12</sup> Recht. Vielmehr kann Rechtsmissbrauch auch im Zivilprozess auftreten<sup>13</sup>. Die Grundprinzipien von Treu und Glauben, die im Deutschen materiellen Recht in § 242 BGB und § 241 BGB ihren Nie-

---

<sup>6</sup>Der Theorienstreit über die Reichweite der Wirkungserstreckung ist insofern für den Untersuchungsgegenstand nicht von Bedeutung, vgl. dazu HK-ZPO/Dörner, Art. 36 EuGVVO Rn. 2f.

<sup>7</sup>Vgl. v.Bar/Mankowski, IPR § 5 Rn. 141.

<sup>8</sup>Insofern besteht in der Neufassung der Brüssel Ia-VO kein Unterschied zur EuGVO (alt), auch wenn es im Detail Unterschiede gibt.

<sup>9</sup>Mit der sprachlichen Bedeutung des Begriffs Rechtsmissbrauch setzt sich Wiedmann, Der Rechtsmissbrauch im Markenrecht, S. 27 ff. auseinander.

<sup>10</sup>Tichý, FS Martiny, S. 852 versucht eine Definition, die nach eigener Einschätzung nicht den Anspruch der Vollständigkeit inne hat.

<sup>11</sup>Einen kurzen Überblick über die historische Entwicklung des Rechtsmissbrauchsbegriffs gibt Wiedmann, Der Rechtsmissbrauch im Markenrecht, S. 5 ff. wieder. Vgl. auch Gordley, Prohibition of Abuse of Law, S. 33 ff

<sup>12</sup>Hier - anders als im Rest der Arbeit - als Gegensatz zu *Prozessrecht* gebraucht. Im Rest der Arbeit steht der Begriff materielles Recht als Gegensatz zu dem Begriff Kollisionsrecht.

<sup>13</sup>Holthausen, S. 21; Hess in Taruffo, ABUSE, S. 151, 177; Tichý, FS Martiny, S. 853; Baumgärtel, ZZP (69) 1956, 89 f.

derschlag gefunden haben und für das Europäische Vertragsrecht ebenso Geltung beanspruchen<sup>14</sup>, gelten auch im Europäischen Zivilprozessrecht<sup>15</sup>.

## II. Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchs

Rechtsmissbrauch ist ein Phänomen, das sich schwer fassen und beschreiben lässt.

Dabei wird der Begriff regelmäßig und mit verschiedenen Vorstellungen von dessen Bedeutung verwendet<sup>16</sup>.

Zum Teil wird vertreten, Rechtsmissbrauch sei nicht allgemein zu definieren<sup>17</sup>, andere Definitionen sind – da wenig aussagekräftig - unbrauchbar<sup>18</sup>, andere Autoren enthalten sich einer Definition<sup>19</sup>. Gegen eine „Einheitsformel »Rechtsmissbrauch«<sup>20</sup> spricht sich *Teubner* aus, da die verschiedenen unter den Begriff gefassten Fallgruppen auf der Verletzung zu verschiedener Prinzipien beruhen<sup>21</sup>.

*Althammers*<sup>22</sup> Definition lautet:

*„Rechtsmissbräuchlich handelt, wer eine an sich nicht verbotene rechtliche Handlung nur zu einem Zweck vornimmt, der von ihrem nach der Rechtsordnung intendierten Sinne abweicht und dadurch fremde Interessen verletzt.“<sup>23</sup>*

---

<sup>14</sup>Vgl. bereits Art. 1:201 Principles of European Contract Law; aber auch in den neueren Studien und Vorschlägen, wie in dem Draft of the Common Frame of Reference, ist das Prinzip von Treu und Glauben und als dessen Ausformung das Verbot des Rechtsmissbrauchs enthalten. Vgl. zu Letzterem: *Dajczak*, GPR 2009, 63 ff.

<sup>15</sup>Vgl. unten, S. 78 ff.

<sup>16</sup>Vgl. z.B. *Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 143 f. gegen *Koch*, FS Jayme Band I, 437, 440. Ersterer scheidet den Betrug aus der Definition des Rechtsmissbrauchs aus, während für zweiten gerade dies den Rechtsmissbrauch ausmachen soll.

<sup>17</sup>BSK-ZGB I/*Honsell*, Art. 2 Rn. 24; vgl. auch *v.Bar/Mankowski*, IPR § 7 Rn. 131: „Mit keinem Begriff muss aber der Jurist so vorsichtig sein wie mit dem des Missbrauchs, weil dessen genaue Definition nie wird gelingen können.“

<sup>18</sup>*Sutschets* Definition in *Bamberger/Roth/Sutschet*, § 242 BGB Rn. 47 lautet „Tatbestand der missbilligten Inanspruchnahme eines Rechts“, die deswegen unzureichend ist, da das Definitionselement „Missbrauch“ bereits den Kern der missbilligten Inanspruchnahme innehat. Es handelt sich bei der Definition also mehr oder weniger um eine bloße Paraphrasierung des Worts Rechtsmissbrauch selbst.

<sup>19</sup>Vgl. z.B. *Basedow* u.a. (Hrsg.)/*Ranieri*, Handwörterbuch, S. 1259 ff. sowie *Holthausen*, die ohne weitere Erläuterungen das Phänomen untersuchen, ohne es zu definieren.

<sup>20</sup>AK-BGB/*Teubner*, § 242 Rn. 39.

<sup>21</sup>AK-BGB/*Teubner*, § 242 Rn. 39, vgl. auch Rn. 89.

<sup>22</sup>*Althammer*, GS Konuralp, S. 103 ff.

<sup>23</sup>*Althammer*, GS Konuralp, S. 103.

Tichý ordnet eine Rechtsausübung dann als rechtsmissbräuchlich ein, wenn sie

„im Widerspruch zum Grundsatz der guten Sitten ein unverhältnismäßiges Ergebnis verfolgt.“<sup>24</sup>

Einigkeit besteht darin, dass die Ausübung des als rechtsmissbräuchlich titu-  
lierten Verhaltens – obwohl *nicht* verboten<sup>25</sup> - negativ besetzt und in der Regel  
zu bekämpfen ist<sup>26</sup>. Die Einschränkung des nicht verbotenen Verhaltens ist in  
diesem Zusammenhang so zu verstehen, dass ein verbotenes Verhalten *nicht*  
im Sinne einer notwendigen Bedingung Voraussetzung für die Einordnung als  
Rechtsmissbrauch ist<sup>27</sup>.

In der (vornehmlich deutschen) Literatur werden zwei gegensätzliche Positio-  
nen zur dogmatischen Herleitung der Beschränkung des missbrauchten Rechts  
vertreten.

### 1. Innentheorie

Nach überwiegender Ansicht wird das Recht von Anfang an nur in dem durch  
die Missbrauchsgrenzen eingeschränkten Umfang gewährt<sup>28</sup>. Eine Rechtsaus-  
übung, die diese Grenze des Missbrauchs überschreite, sei kein geschütztes  
Verhalten<sup>29</sup>. Wenn eine Handlung rechtsmissbräuchlich sei, sei nicht die Aus-  
übung eines an sich bestehenden Rechts beschränkt, sondern die Rechtsstellung  
selbst sei in dem Maße beschränkt, wie sie rechtsmissbräuchlich sei<sup>30</sup>. Der Be-  
stand des Rechts ändere sich dabei ggf. abhängig davon, worauf sich der Vor-

---

<sup>24</sup>Tichý, FS Martiny, S. 852 f.

<sup>25</sup>A.A. Koch, FS Jayme Band I, 437, 440, der den Betrug als Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs  
auffasst. Zu der Einordnung des Rechtsmissbrauchsfalls des Prozessbetruges – in der Form des Ge-  
brauchmachens von einem betrügerisch erlangten Titel - siehe unten S. 30. Vgl. auch Tichý, FS Marti-  
ny, S. 853, der zumindest „manchmal“ auf ein widerrechtliches Verhalten abstellt.

<sup>26</sup>Mit verschiedenen Mitteln siehe unten.

<sup>27</sup>Tichý, FS Martiny, S. 853, vgl. auch S. 856.

<sup>28</sup>BGH NJW 1959, 2207, 2208; Bamberger/Roth/Sutschet, § 242 BGB Rn. 47; HK-BGB/Schulze, § 242,  
Rn. 21; Jauernig/Mansel, BGB, § 242 Rn. 33; Palandt/Grüneberg, § 242 Rn. 38; Soergel/Teichmann, §  
242 Rn. 274 ff.; Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 217; Bork, BGB AT Rn. 343; Enneccerius/  
Nipperdey, BGB AT, S. 1442; Klöpfer, Missbrauch, S. 36; Mader, S. 116 ff.; Baumgärtel, ZZZ (69)  
1956, 89, 94; Raiser, Summum ius, S. 145, 152.

<sup>29</sup>Bork, BGB AT Rn. 343; Baumgärtel, ZZZ (69) 1956, 89, 94.

<sup>30</sup>Soergel/Teichmann, BGB, § 242 Rn. 275.

wurf des Rechtsmissbrauchs stütze<sup>31</sup>. Die Überschreitung dieses Bestands des Rechts sei ein Handeln ohne Recht<sup>32</sup>.

Aus diesem Verständnis als innere Schranke eines Rechts folge, dass es sich bei dieser um eine von Amts wegen zu berücksichtigende rechtshindernde Einwendung handele<sup>33</sup>.

## 2. Aussentheorie

Andere begreifen das missbrauchte Recht als insofern unabhängig von dem Rechtsmissbrauch, als dass Ersteres durch den Rechtsmissbrauch in seinem Bestand unangetastet bleibt<sup>34</sup>. Die Unzulässigkeit der Geltendmachung des missbrauchten Rechts ergebe sich aus einer Beschränkung von außen<sup>35</sup>. Die unzulässige Rechtsausübung sei keine dem Recht immanente Begrenzung des einzelnen Rechts, keine Inhaltsschranke<sup>36</sup>. Der *Rechtsinhalt* sei nicht relativ in Abhängigkeit von der Ausübung des Rechts zu bestimmen<sup>37</sup>. Die Grenze der Rechtsausübung als von außen gesetzte Grenze gelte vielmehr situationsabhängig für jedes Recht gleichermaßen<sup>38</sup>. Die Problematik des Rechtsmissbrauchs zeichne sich dadurch aus, dass sie mit der gesetzgeberischen Konzeption breche<sup>39</sup>. Dieser Bruch solle als Anlass genommen werden, gesetzgeberisch mittels eines Korrektivs von außen an das Problem heranzugehen<sup>40</sup>. Die Innentheorie berge die Gefahr, dass das Regel-Ausnahme-Verhältnis verkannt werden, weil jedes Recht damit „*pauschal*“<sup>41</sup> relativiert werde.<sup>42</sup> Vorteil der Aubentheorie sei, dass nach Ihrer Konzeption die richterliche Rechtsgestaltung nicht möglich sei<sup>43</sup>. Beschränkt werde die Rechtsausübung, nicht der Rechtsinhalt, so dass das Recht als solches nicht entzogen oder herabgestuft werden

---

<sup>31</sup>Soergel/Teichmann, BGB, § 242 Rn. 275.

<sup>32</sup>Enneccerius/Nipperdey, BGB AT, S. 1442.

<sup>33</sup>Jauernig/Mansel, BGB, § 242 Rn. 36; Soergel/Teichmann, BGB, § 242 Rn. 279.

<sup>34</sup>BGH GRUR 2001, 242, 244; PWW/Schmidt-Kessel, BGB, § 242 Rn. 33; Wolf/Neuner, BGB AT, § 20 Rn. 70; Schmidt-Kessel in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2000, S. 61, 80.

<sup>35</sup>PWW/Schmidt-Kessel, § 242 Rn. 33; wohl auch Bydlinsky, Methodenlehre, S. 496f.

<sup>36</sup>Wolf/Neuner, BGB AT, § 20 Rn. 70.

<sup>37</sup>Larenz/Wolf, BGB AT, § 16 Rn. 10. Vgl. auch die Folgeauflage Wolf/Neuner, BGB AT, § 20 Rn. 70.

<sup>38</sup>Larenz/Wolf, BGB AT, § 16 Rn. 10.

<sup>39</sup>Haferkamp, Rechtsmißbrauchslehre, S. 353.

<sup>40</sup>Haferkamp, Rechtsmißbrauchslehre, S. 353.

<sup>41</sup>Wolf/Neuner, BGB AT, § 20 Rn. 70.

<sup>42</sup>Wolf/Neuner, BGB AT, § 20 Rn. 70.

<sup>43</sup>Haferkamp, Rechtsmißbrauchslehre, S. 354.

könne<sup>44</sup>. Der Bereich der Rechtsgestaltung werde dadurch insbesondere dem Gesetzgeber, nicht dem Richter, zugewiesen<sup>45</sup>.

### 3. Zwischenergebnis

Die Frage nach der dogmatischen Herleitung ist in der hier vorliegenden Konstellation der Ausnutzung prozessualer Rechtspositionen, wie Titeln bzw. Entscheidungen, wenig zielführend. Die Situation ist gerade im Hinblick auf den Erklärungsansatz der Innentheorie – also deren Prämisse, dass das gewährte Recht nur in einem durch den Rechtsmissbrauch beschränkten Rahmen gewährt wird – nur schwer mit dem „Normalfall“ des Rechtsmissbrauchs vergleichbar. Denn - anders als zum Beispiel bei Rechtspositionen des Vertragsrechts – sind die hier untersuchten Rechtspositionen formaler(er) Natur<sup>46</sup>. Das erschwert die Vorstellung von Flexibilität, denn es handelt sich um Rechtspositionen, die eine Vielzahl von verschiedenen Beteiligten binden bzw. als Handlungsanweisungen dienen. Dies sind neben den Parteien die Gerichte, die die Reichweite der Rechtskrafterstreckung beurteilen müssen, die Vollstreckungsorgane etc. Zwar sind auch Urteile<sup>47</sup> und Normen des Zivilprozessrechts, die Rechtspositionen vermitteln, grundsätzlich auslegungsfähig. Der Ausgangspunkt der Auslegung ist dabei der Wortlaut einer Norm<sup>48</sup>. Der Inhalt eines Urteils kann beginnend vom Wortlaut des Urteilstenors ermittelt werden<sup>49</sup>.

In den meisten Fällen wird jedoch derjenige, der sich um die Auslegung einer formalen Rechtsposition, wie eines Titels, bemüht, Schwierigkeiten haben, zu erklären, wie die Auslegung eines Urteilstenors, der sprachlich klar und verständlich aussagt: „A wird verurteilt an B 50.000,00 Euro zu zahlen“ zu dem Ergebnis kommen kann, dass A *keine* entsprechende Zahlungsverpflichtung hat. Dass der Inhalt des Rechts also hinter dem (sprachlich) unmissverständlichen Inhalt bei unbedarfter Betrachtung zurückbleiben soll. Ähnlich verhält es sich mit der Auslegung von Normen, die prozessuale Sperrpositionen vermit-

---

<sup>44</sup>Haferkamp, Rechtsmissbrauchslehre, S. 354.

<sup>45</sup>Haferkamp, Rechtsmissbrauchslehre, S. 355.

<sup>46</sup>Stein/Jonas/Brehm, vor § 1 Rn. 106 ff., der darauf hinweist, dass das Prozessrecht, unter anderem durch die Geltung des Prinzips von Treu und Glauben, nicht zu streng und rigoros interpretiert werden muss, bzw. darf.

<sup>47</sup>MüKoBGB/Busche, § 133 Rn. 43.

<sup>48</sup>Stein/Jonas/Brehm, vor § 1 Rn. 62; Gebauer/Wiedemann (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Kapitel 4 Rn. 4; Pechstein/Drechsler in Riesenhuber (Hrsg.), Methodenlehre, § 7 Rn. 18; Larenz, Methodenlehre, S. 299. Dies gilt auch im Europäischen Zivilprozessrecht, Hess, IPRax 2006, 348, 353 f.

<sup>49</sup>Vgl. zu den Besonderheiten der Auslegung von Urteilen MüKoBGB/Busche, § 133 Rn. 43.



teln. Liegen die Tatbestandsvoraussetzung vor, ist es bei einer Anknüpfung an den Wortlaut der Norm schwer zu erklären, warum die Rechtsfolge ggf. *nicht* eintreten sollte. Der Titel, bzw. die Sperrposition, also nicht den Inhalt haben soll, den ihm, bzw. ihr, die jeweilige Sprache, in der er, bzw. die sie gewährende Norm, verfasst ist, zuweist. Es ist also bereits sprachlich schwer nachvollziehbar, wie etwas - betrachtet man den Wortlaut - in einem weiteren oder engeren Umfang gewährt sein soll, als dies tatsächlich der Fall ist.

Zwar ist die Auslegung des Wortlauts gerade im Europäischen Gemeinschaftsrecht angesichts der sprachlichen Vielfalt und der daraus folgenden praktischen Schwierigkeiten selten (allein) maßgeblich<sup>50</sup>, jedoch der Startpunkt des klassischen Auslegungskanons aus grammatikalischer, historischer<sup>51</sup>, systematischer und teleologischer Auslegung<sup>52</sup>.

Bereits diese Schwierigkeiten, die Einschränkung der Reichweite der gewährten Rechte gegen den ausdrücklichen Wortlaut zu erklären, sprechen gegen die Innentheorie.

Für den Untersuchungsgegenstand ist die dogmatische Herleitung über eine von außen eingreifende Rechtsmissbrauchsschranke vorzugswürdig. Dafür spricht zusätzlich auch Folgendes:

Die bei der Beantwortung der Frage nach dem Rechtsmissbrauch notwendige Flexibilität im Hinblick auf das Reagieren von sich im Laufe eines Prozesses veränderten (Tat-)Umständen, ist durch die Innentheorie nicht nachvollziehbar zu erklären.

Gerade wenn sich der Rechtsmissbrauch aus Umständen ergibt, die in der Person oder im Verhalten desjenigen liegen, der das Recht missbraucht, ist es schwer erklärbar, warum sich das Recht *an sich* verändern soll, wenn doch die Gründe für den Rechtsmissbrauch in der Art und Weise der *Geltendmachung* des Rechts liegen. Als Beispiel dafür sei der Fall angeführt, dass sich der

---

<sup>50</sup>Hess, EuZPR § 4 Rn. 53.

<sup>51</sup>Gebauer/Wiedemann (Hrsg), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Kapitel 4 Rn. 4 weist auf die Besonderheiten der historischen Auslegung im europäischen Kontext hin.

<sup>52</sup> Zu diesem Auslegungskanon im Europäischen Zivilprozessrecht siehe Hess, EuZPR § 4 Rn. 532 ff.

Rechtsmissbrauch aus der Geltendmachung eines Rechts zur Unzeit ergibt. Der Inhalt des Rechts verändert sich dann in Abhängigkeit von der zeitlichen Komponente. Wenn die Einschränkung „Unzeit“ nicht mehr vorliegt, lebt nach der Innentheorie das Recht insofern wieder auf<sup>53</sup>.

Oder bildhaft ausgedrückt: Der Inhalt und Umfang eines Rechts oder einer Rechtsposition ist nach dieser Ansicht nicht fix, sondern einem ständigen Wandel unterworfen. Das Recht dehnt sich aus oder schrumpft zusammen, je nachdem, welche besonderen äußeren (!) Umstände hinzutreten. Der Inhalt eines Rechts kann dabei zwingend nur zu einem fixen Zeitpunkt festgestellt werden. Damit wird jedes Recht und jede Rechtsposition nur relativ<sup>54</sup>. Der *Inhalt* eines Rechts bestimmt sich danach, wer es wie gegenüber wem und zu welcher Zeit geltend macht. Eine Veränderung nur einer dieser Faktoren verändert dabei nach der Innentheorie möglicherweise den Bestand des Rechts. Diese Sichtweise ist der Rechtssicherheit nicht zuträglich. Bei Rechten, die gegenüber mehreren geltend gemacht werden können, wie im Fall der Gesamtschuldnerschaft, ist es möglich, dass die Geltendmachung des Rechts gegenüber einem der Gesamtschuldner rechtsmissbräuchlich ist, gegenüber einem anderen jedoch nicht<sup>55</sup>. Der Rechtsmissbrauchseinwand entfaltet keine Drittwirkung<sup>56</sup>.

Diese Situation vermag die Innentheorie nicht zufriedenstellend zu erklären. Denn der Inhalt *desselben* Rechts unterschiede sich danach, wem gegenüber es geltend gemacht werde. Zwar können Einwendungen und Einreden jeweils von jedem einzelnen Gesamtschuldner geltend gemacht werden, diese betreffen aber nicht den Bestand des Rechts *an sich*. Rechte, die sich auf den *Bestand* des Rechts als solches auswirken<sup>57</sup>, müssen gegenüber allen Gesamtschuldnern wirken<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup>Vgl. HK-BGB/Schulze, § 242 Rn. 21.

<sup>54</sup>Vgl. auch HK-BGB/Schulze, § 242 Rn. 21.

<sup>55</sup>Bamberger/Roth/Sutschet, § 242 Rn. 54, MüKoBGB/Schubert, § 242 Rn. 230 ff.

<sup>56</sup>Palandt/Grüneberg, § 242 Rn. 41.

<sup>57</sup>Beispielhaft sei das Rücktrittsrecht genannt, das die synallagmatische Beziehung vollständig aufhebt und ein Rückgewährschuldverhältnis entstehen lässt. Dessen Unteilbarkeit ist in § 351 BGB sogar gesetzlich normiert.

<sup>58</sup>Vgl. Staudinger/Looschelders, § 425 Rn. 5, MüKoBGB/Bydlinski, § 425 Rn. 3. Für den Fall der Anfechtung wegen Täuschung MüKoBGB/Bydlinski, § 425 Rn. 12.

Soweit ersichtlich wird von den Vertretern der Innentheorie jedoch nicht bestritten, dass zum Beispiel im Fall der Geltendmachung des Rechts zur Unzeit, es auf die Unzeit gegenüber jedem einzelnen der Gesamtschuldner ankommt. Das Ergebnis kann nur sein, dass es bei der Betrachtung der Umstände des Rechtsmissbrauchs auf die einzelnen Umstände in der jeweiligen Beziehung der einzelnen Personen ankommen muss. Denn warum sollte es dem Gläubiger im Fall der Gesamtschuld verwehrt sein, sich völlig redlich und im Einklang mit der Rechtsordnung an denjenigen Gesamtschuldner zu wenden, der nicht besonders von der Art und Weise der Geltendmachung des Rechts betroffen ist<sup>59</sup>? Wenn jedoch dadurch, dass in der Beziehung gegenüber *einem* der Gesamtschuldner Umstände vorliegen, die in der konkreten Beziehung zwischen dem betroffenen Gesamtschuldner und dem Gläubiger einen Rechtsmissbrauch begründen würden, das *Recht an sich* gegenüber allen (nur) einen bestimmten Umfang haben soll, dann trägt der Gläubiger ein Risiko, welches ihm nicht zugewiesen ist. Dann ist ihm die Geltendmachung des Rechts auch gegenüber den anderen Schuldner verwehrt. Das kann aber nicht das Ergebnis bleiben. Denn die Rechtsmissbrauchskontrolle soll - wie bereits gezeigt - die ultima ratio als Gewähr für die Zulässigkeit einer Rechtsausübung darstellen. Dies ist nicht mehr gegeben, wenn bereits Umstände im Hinblick auf andere Personen, die nicht direkt an der in Rede stehenden Rechtsbeziehung beteiligt sind, eine „Fernwirkung“ der beschriebenen Art ausüben können.

Diese Situation lässt sich nur mit der Außentheorie zufriedenstellend lösen. Da es bei dieser - wie gezeigt - um eine Einschränkung der Geltendmachung eines Rechts geht, greift diese Einschränkung nicht ein, wenn die Umstände nicht im konkreten Fall im Hinblick auf den konkreten Gesamtschuldner vorliegen. Der Bestand des Rechts an sich wird dabei nicht angetastet, nicht verändert. Insofern ergeben sich in der beschriebenen Konstellation auch keine Erklärungsschwierigkeiten im Hinblick auf den Inhalt und den Umfang des Rechts, das *nur* gegenüber einer von mehreren beteiligten Personen missbraucht wird.

Auch wenn nach dem Vorhergesagten viel für die Außentheorie als Erklärungsansatz spricht, haben beide Theorien einen wichtigen Überschneidungs-

---

<sup>59</sup>Auch die Auswahl der einzelnen Gesamtschuldner ist einer Rechtsmissbrauchskontrolle zugänglich, vgl. z.B. BGH NJW 1983, 1423, 1424.

punkt: Die Frage was Rechtsmissbrauch ist, kann nur mit Hilfe der Bildung von Fallgruppen beantwortet werden<sup>60</sup>.

Aus diesem Grund ist die dogmatische Herleitung im Ergebnis nicht ausschlaggebend.

#### 4. Weitere Differenzierung des Rechtsmissbrauchs

In der Literatur werden zwei Fälle des Rechtsmissbrauchs unterschieden: der individuelle und der institutionelle Rechtsmissbrauch<sup>61</sup>. Das Unwerturteil – der Grund für das Vorliegen von Rechtsmissbrauch in der jeweiligen Fallgestaltung - fußt dabei auf verschiedenen Betrachtungsweisen, die im Folgenden dargestellt werden.

##### a. Individueller Rechtsmissbrauch

Der individuelle Rechtsmissbrauch betrifft – wie der Name bereits sagt – das individuelle Verhalten einer Partei oder eine spezielle Rechtsbeziehung zwischen den Parteien<sup>62</sup>. Die Ausübung des fraglichen Rechts verstößt dabei nach einer Abwägung im Einzelfall gegen Treu und Glauben.<sup>63</sup> Während die Rechtsausübung die Grenzen der objektiven Zwecke des Rechts oder Rechtsinstituts *nicht* überschreitet<sup>64</sup>, folgt der Vorwurf des Missbrauchs aus dem individuellen Verhalten des Berechtigten<sup>65</sup> oder aus dessen persönlichen Verhältnissen<sup>66</sup>. Treuwidrig ist danach die rechtlich missbilligte Verwendung eines subjektiven Rechts<sup>67</sup>, wobei die rechtliche Missbilligung sich aus einem rechtlich-sittlichen Vorwurf ergibt<sup>68</sup>. Dieser Vorwurf ergebe sich in der Regel – jedoch nicht notwendigerweise - aus dem Vorliegen von subjektiven<sup>69</sup> Elementen<sup>70</sup>.

---

<sup>60</sup>Soergel/Teichmann, § 242 Rn. 280.

<sup>61</sup>v. Lackum, S. 62 ff.; MüKoBGB/Schubert, § 242 Rn. 210 ff.; Raiser, Summum ius, S. 145, 150 f.; Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 217. Ähnlicher Terminologie und den entsprechenden Vorstellungen bedient sich Thole, ZZP (122) 2009, 423, 437 f. für den Bereich der Zuständigkeitserschleichung: Abstrakt-genereller Missbrauchsschutz und konkret-individueller Missbrauchsschutz.

<sup>62</sup>MüKoBGB/Schubert, § 242 Rn. 210.

<sup>63</sup>Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 217.

<sup>64</sup>Larenz/Wolf, BGB AT, § 16 Rn. 16.

<sup>65</sup>Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 217; Larenz/Wolf, BGB AT, § 16 Rn. 16.

<sup>66</sup>AK-BGB/Teubner, § 242 Rn. 39.

<sup>67</sup>v. Lackum, S. 64.

<sup>68</sup>v. Lackum, S. 64.

<sup>69</sup>Zur Notwendigkeit eines subjektiven Tatbestandsmerkmals siehe unten.

<sup>70</sup>v. Lackum, S. 64; Zimmermann, S. 130.

### b. Institutioneller Rechtsmissbrauch

Institutioneller Rechtsmissbrauch ist dadurch gekennzeichnet, dass sich die Rechtsfolgen, die sich aus einem Rechtsinstitut - bzw. dessen Anwendung – ergeben, zurücktreten müssen, weil sie zu einem untragbaren Ergebnis führen<sup>71</sup>. Die generalisierende Interessenabwägung kommt dabei zu dem Ergebnis, dass eine derart atypische Interessenlage vorliegt, dass die Anwendung der Norm, aus der das Rechtsinstitut folgt, zu unterbleiben hat, um unbillige Ergebnisse zu vermeiden<sup>72</sup>. Die Ausübung des Rechts verstößt gegen den *Zweck* des Rechtsinstituts<sup>73</sup>. Dies ist insbesondere der Fall, wenn es an schutzwürdigen Interessen des Rechtsinhabers fehlt<sup>74</sup> oder der Rechtsinhaber aus einer Verletzung seines Rechts – formal berechtigt – gegen den Verletzer Rechtsfolgen herleiten will, die außer Verhältnis zum Grad der Verletzung stehen<sup>75</sup>.

In den Fällen des institutionellen Rechtsmissbrauchs handelt es sich also um ein Handeln gegen den *Zweck* eines Rechtsinstitutes. In diesen Fällen bleibt also das Rechtsinstitut inhaltlich unverändert<sup>76</sup>. Eingeschränkt wird nur der Gebrauch des vermittelten Rechts, insofern er zweckwidrig ist<sup>77</sup>. Der Lösungsansatz weist dabei Ähnlichkeiten zur oben beschriebenen Außentheorie auf.

### c. Gemeinsamkeiten/Notwendigkeit der Unterscheidung

Die beiden Erscheinungsformen des Rechtsmissbrauchs sind jedoch nur dann scharf voneinander abzugrenzen, wenn dies für die weitere Bearbeitung von Bedeutung ist.

Zunächst ist festzuhalten, dass im europäischen Kontext in der Rechtsprechung bislang eine Unterscheidung zwischen institutionellem und individuellem Rechtsmissbrauch nicht vorgenommen wird<sup>78</sup>. Dies allein besagt noch nichts,

---

<sup>71</sup>Bamberger/Roth/Sutschet, § 242 Rn. 51; Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 217.

<sup>72</sup>Zimmermann, S. 130.

<sup>73</sup>Raiser, *Summum ius*, S. 145, 151.

<sup>74</sup>Raiser, *Summum ius*, S. 145, 151.

<sup>75</sup>Raiser, *Summum ius*, S. 145, 151.

<sup>76</sup>Raiser, *Summum ius*, S. 145, 151.

<sup>77</sup>Raiser, *Summum ius*, S. 145, 152.

<sup>78</sup>Fleischer, *JZ* 2003, 865, 872. Für das deutsche Recht weist Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 217 zutreffend darauf hin, dass die Unterscheidung nicht „überschätzt“ werden sollte. MüKoBGB/Schubert, § 242 Rn. 211 deutet an, dass im Europäischen Recht eine andere Einordnung vorgenommen werde bzw. das Konzept noch nicht entwickelt sei.

könnte unter Umständen im Gegenteil sogar als Herausforderung an die Rechtswissenschaft begriffen werden, sich mit der Dogmatik des Rechtsmissbrauchs im Europäischen Recht zu beschäftigen<sup>79</sup>.

Deutsche Autoren, wie *Teubner*<sup>80</sup>, sprechen sich für eine sehr differenzierte<sup>81</sup> Behandlung der unter den Begriff des Rechtsmissbrauchs zusammengefassten Konstellationen aus.

Gemeinsam ist beiden Erscheinungsformen, dass es um die Bewältigung atypischer Interessenlagen geht<sup>82</sup>. Es müssen also in beiden Fällen zunächst die relevanten Interessen festgestellt und anschließend abgewogen werden<sup>83</sup>. Dies ist in beiden Fällen losgelöst vom Einzelfall nicht zu leisten<sup>84</sup>. Eine abstrakte Antwort, wann Rechtsmissbrauch vorliegt, lässt sich also nicht treffen, es ist immer der Einzelfall zu berücksichtigen. Beide Erscheinungsformen lassen sich auf denselben Grundgedanken zurückführen<sup>85</sup>.

Fraglich ist, ob die Aufspaltung in individuellen und institutionellen Rechtsmissbrauch auf europäischer Ebene erforderlich oder sinnvoll ist. Wie eben gezeigt, wird die Unterscheidung vom EuGH bislang nicht vorgenommen. Anknüpfungspunkt für eine Untersuchung des Rechtsmissbrauchs im Europäischen Recht ist nicht eine einzelne Rechtsordnung eines Mitgliedsstaats, sondern das „Europäische Recht“. Dabei ist ständig zu beachten, dass es sich bei dem, was als Europäisches Recht bezeichnet wird, um ein eigenständiges Recht handelt, das zwar von den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten befruchtet wird<sup>86</sup>, aber eben keine einzelne Rechtsordnung vollständig übernimmt<sup>87</sup>, bzw. dieser entspricht. Um Lösungsansätze zu liefern, ist der Rückgriff auf einzelne

---

<sup>79</sup>In diese Richtung wohl *Fleischer*, JZ 2003, 865, 872.

<sup>80</sup>AK-BGB/*Teubner*, § 242 Rn. 39, 89.

<sup>81</sup>Vorgeschlagen wird neben den Kategorien individueller und institutioneller Rechtsmissbrauch auch noch eine „gesamtgesellschaftliche Dimension“ (AK-BGB/*Teubner*, § 242 Rn. 89, 105 ff.). Dieser „Gesellschaftliche Rechtsmissbrauch“ sei mit dem *ordre public*-Vorbehalt zu vergleichen (AK-BGB/*Teubner*, § 242 Rn. 105).

<sup>82</sup>MüKoBGB/*Schubert*, § 242 Rn. 211, 438 ff.; *Staudinger/Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 217, 219.

<sup>83</sup>Dies sieht auch *Teubner* vor: AK-BGB/*Teubner*, § 242 Rn. 102.

<sup>84</sup>*Staudinger/Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 217, 229.

<sup>85</sup>*Raiser*, *Summum ius*, S. 150, 167.

<sup>86</sup>Zur Rolle der Rechtsvergleichung im Europäischen Privatrecht siehe *Schwartz* in *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, § 4.

<sup>87</sup>Vgl. z.B. *Horn*, IPRax 2006, 2, 3. Obwohl es wortlautgetreue Übernahmen einzelner Normen durchaus gibt, vgl. *Schwartz* in *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, § 4 Rn. 1.

Rechtsordnungen jedoch durchaus sinnvoll und geboten, um sich bestehende Lösungsansätze nutzbar machen zu können.

Die Zergliederung des Rechtsmissbrauchsbegriffs ist im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand jedoch nur dann sinnvoll, wenn der Kompliziertheit und Komplexität der dogmatischen Einordnung ein entsprechender Nutzen – also Erkenntnisgewinn – entgegensteht.

Dieser kann sich daraus ergeben, dass das Problem besser (schneller, eindeutiger) eingegrenzt oder dass das Problem einer schnelleren Lösung zugeführt werden kann. Beides ist bei der Aufteilung in individuellen und institutionellen Rechtsmissbrauch im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand nicht der Fall. Zunächst ist zu konstatieren, dass – wie oben gezeigt – die Einordnung eines Verhaltens als rechtsmissbräuchlich nicht ohne Rückgriff auf die Betrachtung *aller* Umstände des Einzelfalls zu leisten ist. Dies ist bei beiden Kategorien zu leisten. Also dient die Kategorisierung nicht der besseren Identifikation des Problems. Diese ist zwangsläufig nur mit erheblichem Begründungsaufwand und unter Rückgriff auf eine umfangreiche Abwägung aller Umstände im Einzelfall zu leisten.

Auch für die Lösung bietet die Unterscheidung keinen zusätzlichen Nutzen. Die Lösungen, die in beiden Fällen des Rechtsmissbrauchs bereit gestellt werden, sind gleich. Vergleichbar mit der Einzelfallbetrachtung bei der Identifikation des Problems wird auch die Lösung mit Blick auf den Einzelfall<sup>88</sup> gesucht werden müssen. Dabei ist häufig – aber nicht zwingend – der Lösungsansatz der Nichtanwendung der Norm<sup>89</sup>, jedenfalls insofern und insoweit das Recht oder Rechtsinstitut missbraucht wird. Die von der missbrauchten Norm angeordnete Rechtsfolge wird dem Missbrauchenden also verweigert.

Auf europäischer Ebene ist die Unterscheidung nicht notwendig, da es die Akzeptanz des Problems des Rechtsmissbrauchs gerade für die Einwohner der Mitgliedsstaaten, denen dieses Phänomen Rechtsmissbrauch nicht, bzw. nicht

---

<sup>88</sup>Vgl. Jauernig/Mansel, § 242 Rn. 36; Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 225 ff..

<sup>89</sup>Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 225.



in den Feinheiten, bzw. mit der Tiefe der dogmatischen<sup>90</sup> Durchdringung, bekannt<sup>91</sup> ist, erschwert. Diese Akzeptanz des Konzepts Rechtsmissbrauch schlechthin ist möglicherweise gefährdet, wenn die Annäherung an das Problem mit - zumindest aus Sicht einiger Mitgliedsstaaten - unnötigen Feinheiten und Unterscheidungen überfrachtet wird. Dies ist vor allem der praktischen Rechtsanwendung nicht zuträglich. Im Sinne einer europäischen Akzeptanz eines nicht in allen Mitgliedsstaaten gleichermaßen anerkannten Phänomens ist es geboten –, ohne sich damit auf den kleinsten gemeinsamen Nenner zu beschränken<sup>92</sup> - einen Entwicklungsstand als Startpunkt der weiteren Rechtsentwicklung<sup>93</sup> festzuhalten, der von allen Mitgliedsstaaten akzeptiert werden kann, und Raum für weitere *gemeinsame* Rechtsentwicklung<sup>94</sup> auf europäischer Ebene bietet.

Damit ist die in Deutschland vorgenommene Unterscheidung zwischen institutionellem und individuellem Rechtsmissbrauch im Europäischen Recht nicht<sup>95</sup> geboten.

Die aus deutscher Sicht „vereinfachende“ Sichtweise ist insofern vorzugswürdig, auch wenn damit ggf. dogmatische Unschärfen entstehen könnten, die jedoch – wie oben gezeigt - folgenlos bleiben, um der Anerkennung des Prinzips des Rechtsmissbrauch vor dem Hintergrund der Pluralität und Verschiedenheit der Rechtsordnung überhaupt Geltung zu verschaffen.

---

<sup>90</sup>So weist Basedow u.a. (Hrsg.)/*Ranieri*, Handwörterbuch, S. 1259 ff. auf die unterschiedlichen Wurzeln des Prinzips in Deutschland und Frankreich hin, während Deutschland das Rechtsmissbrauchsverbot als Ausformung des Grundsatzes von Treu und Glauben verstehe, ordne Frankreich es dem Deliktsrecht zu.

<sup>91</sup>Einen kurzen Abriss über die Verbreitung des Rechtsmissbrauchsprinzips in verschiedenen europäischen Ländern gibt Basedow u.a. (Hrsg.)/*Ranieri*, Handwörterbuch, S. 1259 ff.; Engsig Sørensen, CML Rev. 2006, 423, 440 Fn. 61 bezeichnet das Prinzip des Rechtsmissbrauchs als „not fully developed“ in den nordischen Ländern. Vgl. für eine kursorische Darstellung auch *Brown*, Abuse in European Community Law, S. 511, 515 f. und *Staudinger/Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 1160 ff.

<sup>92</sup>Und damit die Rechtsentwicklung einer Vielzahl von Mitgliedsstaaten zu konterkarieren und aus der Sicht der im Hinblick auf das konkrete Phänomen „weiter“ entwickelte Rechtsordnungen zu erheblichen „Rückschritten“ zu veranlassen, was wiederum deren Akzeptanz nicht fördert.

<sup>93</sup>Dabei sind gerade so zwingend offene Konzepte wie das des Rechtsmissbrauchs einer stetigen Entwicklung und Anpassung unterworfen.

<sup>94</sup>Ein ähnliches Problem stellt sich bei dem mit dem Untersuchungsgegenstand zumindest verwandten Phänomen von Treu und Glauben. Auch dieses Prinzip ist nicht in allen europäischen Rechtsordnungen gleichermaßen bekannt, bzw. verbreitet, vgl. *Dajczak*, GPR 2009, 63, 64.

<sup>95</sup>Jedenfalls *noch* nicht.



Vielmehr ist im europäischen von einem beide Spielarten vereinendem Rechtsmissbrauchs begriff auszugehen, der sich an den im Folgenden dargestellten Grundsätzen orientieren muss.

Bei der Feststellung des Rechtsmissbrauchs – und des damit verbundenen Vorwurfs – ist Vorsicht und Zurückhaltung geboten<sup>96</sup>: Das bei der konkreten Gesetzesanwendung erzielte Resultat muss unter sorgfältiger Berücksichtigung und Gewichtung der Interessen – *aller* Beteiligten - untragbar sein<sup>97</sup>.

Dabei ist bei der hier untersuchten Problematik noch mehr Vorsicht walten zu lassen. Denn es geht um den Rechtsmissbrauch bei der Anerkennung. Zu berücksichtigen ist dabei, dass es sich bei den Anerkennungsverfahren nicht um ein Superrevisionsverfahren<sup>98</sup> handelt, mit dessen Hilfe „falsche“ – also materiell unrichtige - Urteile und Entscheidungen korrigiert werden dürfen<sup>99</sup>. Dies würde der Grundidee der Anerkennung und den mit der Anerkennung ausländischer Urteile verfolgten Zielen<sup>100</sup> widersprechen und dem insofern erreichten Fortschritt auf dem Bereich des Europäischen (und Internationalen) Zivilprozessrechts – insbesondere der Abschaffung der *révision au fond*<sup>101</sup> - konterkarieren und einen Rückfall in überkommene nationalstaatliche Zeiten bedeuten. Bereits wegen der damit verbundenen wirtschaftlichen<sup>102</sup> Implikationen einer ansonsten globalisierten Welt ist dies zu vermeiden.

Der praktische Anwendungsbereich eines Rechtsmissbrauchsverbots bei der Anerkennung bleibt also zwangsläufig gering. Nichtsdestotrotz verbleibt ein solcher – wie im Laufe der Bearbeitung zu zeigen sein wird.

---

<sup>96</sup>BGHZ 55, 274, 279; 68, 299, 304; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 219, 221, Stein/*Jonas/Brehm*, vor § 1 Rn. 222 weist zutreffend darauf hin, dass der Grundsatz von Treu und Glauben im Zivilprozessrecht restriktiver als im materiellen Recht angewandt werden müsse.

<sup>97</sup>Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 219; ähnlich Stein/*Jonas/Brehm*, vor § 1 Rn. 226.

<sup>98</sup>*Völker*, *ordre public*, S. 219 weist zutreffend darauf hin, dass das „Vollstreckbarerklärungsverfahren nicht als Rechtsmittelinstanz missbraucht werden“ darf.

<sup>99</sup>Vgl. *Geimer*, IZPR, Rn. 2910 ff.

<sup>100</sup>Zu den hinter der Anerkennung ausländischer Urteile stehenden Interessen siehe S. 69 ff.

<sup>101</sup>*Völker*, *ordre public*, S. 223 weist jedoch zu Recht darauf hin, dass es einen fließenden Übergang von einer verbotenen *révision au fond* zu einer zulässigen *ordre public*-Kontrolle gibt.

<sup>102</sup>Zu den auch wirtschaftlichen Interessen der verschiedenen Beteiligten bei der Anerkennung von Urteilen, siehe S. 69 ff.

## 5. Tatbestand

Trotz der Schwierigkeiten bei der Definition des Begriffs Rechtsmissbrauch haben sich einige Konstellationen und Tatbestandsmerkmale herausgebildet, die im Deutschen Recht als weitgehend konsensfähig<sup>103</sup> angesehen werden können. Von dem Verständnis des Deutschen Rechts ausgehend werden diese Konstellationen und Tatbestandsmerkmale im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand und ein ggf. europäisches Verständnis des Rechtsmissbrauchs untersucht.

Ein solches europäisches Verständnis des Rechtsmissbrauchs ist dabei das Äquivalent zur autonomen Auslegung der betroffenen europäischen Rechtsakte. Es wäre systemwidrig, einerseits einen Rechtsakt autonom, d.h. losgelöst von den nationalen Rechtsordnungen, zu interpretieren<sup>104</sup> und andererseits die ggf. nicht explizit in den Rechtsakten vorgesehenen Schranken vor dem Hintergrund (einer) nationalen Rechtsordnung. Dies würde bedeuten die Gewährung eines Rechts sehenden Auges einer anderen Rechtsordnung zu unterwerfen als die Schranken. Bei einer solchen Vorgehensweise sind Systembrüche immanent. Ausgangspunkt kann trotzdem das Verständnis eines Rechtskonzepts einer Rechtsordnung oder weniger Rechtsordnungen sein, wobei dann das aus dem nationalen Recht stammende Verständnis des entlehnten Konzepts zwar nur - aber immerhin - als Auslegungshilfe herangezogen werden kann<sup>105</sup>.

### a. Fallgruppen des Deutschen Rechts

Letztlich wird - wie oben bereits dargestellt - Rechtsmissbrauch anhand von einzelnen Fallgruppen, die typisierte Konstellationen erfassen sollen, konkretisiert<sup>106</sup>. Problematisch dabei ist, dass weder die Fallgruppen noch die Begrifflichkeiten dabei als allgemein durchgesetzt gelten dürfen<sup>107</sup>. Die Bildung von

---

<sup>103</sup>Wirkliche Übereinstimmung wird dabei freilich nicht erreicht, vgl. unten Fn. 107.

<sup>104</sup>Zur autonomen Auslegung im Europäischen Zivilprozessrecht, *Hess EuZPR*, § 4 Rn. 44 ff.

<sup>105</sup>Vgl. *Hess EuZPR*, § 4 Rn. 53 für die Wortlautauslegung.

<sup>106</sup>*Soergel/Teichmann*, § 242 Rn. 280; *Bork*, BGB AT, Rn. 348; *Zimmermann*, S. 5.

<sup>107</sup>*Palandt/Grüneberg*, § 242 Rn. 42. Vgl. dazu z.B. die differenzierte Fallgruppenbildung in *Soergel/Teichmann*, § 242 Rn. 280 ff. *Bamberger/Roth/Sutschet*, § 242 Rn. 57 weist zu recht darauf hin, dass die Grenzen der Fallgruppen fließend seien. *PWW/Schmidt-Kessel*, § 242 Rn. 31 will die aus seiner Sicht „überkommen“ Fallgruppen unter die Überschrift unzulässige Rechtsausübung zusammenfassen. Er sieht insbesondere das Verbot des Rechtsmissbrauchs als Fallgruppe *neben* der *exceptio doli* an. Anders sah dies *Teubner* (*AK-BGB/Teubner*, § 242 Rn. 39), der sich deutlich gegen eine Zusammenfassung der Konstellationen unter dem Begriff der unzulässigen Rechtsausübung aussprach.

Fallgruppen ist trotzdem unumgänglich, um einerseits dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Systematik des Rechtsmissbrauchs zwingend offen und flexibel sein muss, um die verschiedenen Einzelfälle abdecken zu können und andererseits rechtsstaatlichen Geboten nach Vorhersehbarkeit einer Entscheidung, in der Rechtsmissbrauch eine tragende Rolle spielt, nachzukommen<sup>108</sup>.

In der deutschen Rechtslehre wird zumeist auf die Maßstäbe von Treu und Glauben als Leitlinien zur Bestimmung des Rechtsmissbrauchs abgestellt<sup>109</sup>. Als Alternative kommt die Anknüpfung des Rechtsmissbrauchs an die Grundsätze der Sittenwidrigkeit in Betracht<sup>110</sup>.

Die gebildeten Fallgruppen haben ihren Ursprung<sup>111</sup> – wenn auch indirekt<sup>112</sup> – dabei in der Mehrzahl im Römischen Recht, so dass diese Fallgruppen so oder so ähnlich wie unten beschrieben auch in den Rechtsordnungen, die vom Römischen<sup>113</sup> Recht beeinflusst sind, bekannt sind.

#### 1) Exceptio doli praesentis

Die erste Fallgruppe ist der Fall des gegenwärtig zu missbilligenden Verhaltens. Dieses liegt vor, wenn sich die Treuwidrigkeit, bzw. die Rechtsmissbräuchlichkeit, aus den gegenwärtigen konkreten Umständen ergibt, die die Ausübung des Rechts begleiten<sup>114</sup>. Dies können dabei sowohl innere Umstände,

---

Stein/Jonas/Brehm, vor § 1 Rn. 227 weist darauf hin, dass die Grenzen fließend seien und insbesondere einige Fälle sich auch in verschiedene Gruppen einordnen ließen.

<sup>108</sup>Soergel/Teichmann, § 242 Rn. 280. Vgl. auch für das Österreichische Recht Schwimann/Harrer, ABGB, § 1295 Rn.126: Fallgruppenbildung ist „als methodisches Instrument – unverzichtbar“.

<sup>109</sup>Medicus, BGB AT, Rn. 136. So auch Italien, die Schweiz und die Niederlande, vgl. Basedow u.a. (Hrsg.)/Ranieri, Handwörterbuch, S. 1260 f.

<sup>110</sup>Vgl. Medicus, BGB AT Rn. 135; Mader, S. 185 ff.; Schwimann/Harrer, ABGB, § 1295 Rn. 124 ff. Frankreich verortet das Prinzip des Rechtsmissbrauchsverbots im Deliktsrecht, vgl. Basedow u.a. (Hrsg.)/Ranieri, Handwörterbuch, S. 1259 f.; Enneccerius/Nipperdey, BGB AT, S. 1442 verortet die Pflicht zur angemessenen und billigen Rechtsausübung, die Kehrseite des Verbots, bei § 242 BGB und §§ 226, 826 BGB.

<sup>111</sup>Die Wurzeln der Fallgruppe in der Idee der bona fides stellt Basedow u.a. (Hrsg.)/Ranieri, Handwörterbuch, S. 1496 f. dar.

<sup>112</sup>Mader stellt in § 2 und § 3 (S. 25 ff.) die Grundlagen des Rechtsmissbrauchs im Römischen Recht dar und kommt zu dem Schluss, dass ein Institut des Rechtsmissbrauchs weder im klassischen Römischen Recht, noch im Justinianischen Recht vorhanden war, auch wenn die Einzelwertungen vielfach bereits vorhanden und ausgebildet waren, die heute unter den Begriff gefasst werden (S. 63). Mader betont dabei, dass die kausistischen Ansätze des römischen Rechts „bis ins moderne Recht weiterwirken und hier ... bei der Ausformulierung der anerkannten Mißbrauchstatbestände wesentliche Beiträge geleistet haben.“ (S. 63). Auf die Anknüpfung an die römische Rechtsfigur der aemulatio vicini als (möglicher) Ursprung der französischen doktrin des abus de droit weist Basedow u.a. (Hrsg.)/Ranieri, Handwörterbuch, S. 1259 hin.

<sup>113</sup>Bzw. Deutschen Recht vgl. Basedow u.a. (Hrsg.)/Ranieri, Handwörterbuch, S. 1498 f.

<sup>114</sup>Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 255; Bork, BGB AT, Rn. 349.

wie ein zu missbilligender Zweck, als auch äußere Umstände, wie das Pochen auf das geltend gemachte Recht zur Unzeit, sein<sup>115</sup>.

Ein Anwendungsfall dieser Fallgruppe ist das Fehlen jeglichen Eigeninteresses<sup>116</sup>. Die Ausübung eines Rechts ist rechtsmissbräuchlich, wenn der Rechtsinhaber kein schutzwürdiges eigenes Interesse an dessen Geltendmachung hat<sup>117</sup>. Dieser Fall ist im Deutschen Recht zwar teilweise in § 226 BGB, dem Schikaneverbot, geregelt<sup>118</sup>, eigentlich hätte dieser Fall jedoch ohne Weiteres über die Grundsätze des fehlenden schutzwürdigen Eigeninteresses gelöst werden können<sup>119</sup>. Wenn die engen Voraussetzungen des § 226 BGB – insbesondere der *alleinige* Zweck einen anderen zu schädigen<sup>120</sup> - nicht gegeben sind, kommt häufig ein Rückgriff auf den Einwand des Rechtsmissbrauchs in Betracht<sup>121</sup>. Dieser liegt vor, wenn der Rechtsinhaber vertragsfremde, gesetzesfremde oder unlautere Zwecke verfolgt<sup>122</sup>. Die Ausübung eines Rechts entgegen der Zielsetzung der das Recht gewährenden Norm, sei diese vertraglich oder gesetzlich, ist rechtsmissbräuchlich<sup>123</sup>.

Ein weiterer Anwendungsfall ist gegeben, wenn der Rechtsausübung überwiegende Interessen des Schuldners oder Dritter entgegenstehen<sup>124</sup>. Dabei werden die Interessen des Rechtsinhabers in Relation zu denen des Gegenübers oder Dritter gesetzt<sup>125</sup>. Überwiegen die Interessen der Anderen muss der Rechtsinhaber letztlich auf sein Recht verzichten<sup>126</sup>. Zumindest mit diesen Fällen sehr eng verwandt ist der Fall, in dem das von dem Rechtsinhaber zu erreichende Ziel in einem deutlichen Missverhältnis zu dem von dem Gegenüber zu erleidenden Schaden oder zu dem von diesem zu leistendem Aufwand steht<sup>127</sup>.

---

<sup>115</sup>Bork, BGB AT, Rn. 349.

<sup>116</sup>BGH NJW 2008, 3438; Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 258; Bork, BGB AT, Rn. 349.

<sup>117</sup>Palandt/Grüneberg, § 242 Rn. 50.

<sup>118</sup>Palandt/Ellenberger, § 226 Rn. 1.

<sup>119</sup>Palandt/Grüneberg, § 242 Rn. 50.

<sup>120</sup>BGH NJW 2008, 3438; Palandt/Ellenberger, § 226 Rn. 2.

<sup>121</sup>Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 258.

<sup>122</sup>BGHZ 5, 186, 189; 30, 140, 144 f.; 134, 325, 330; NJW 1980, 451; 91, 1946, 1947; 93, 2041, 2042; 2008, 3438; Jauernig/Mansel, § 242 Rn. 38; Palandt/Grüneberg, § 242 Rn. 50; Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 259.

<sup>123</sup>Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 259.

<sup>124</sup>Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 262.

<sup>125</sup>Soergel/Teichmann, § 242 Rn. 293.

<sup>126</sup>Soergel/Teichmann, § 242 Rn. 293.

<sup>127</sup>Soergel/Teichmann, § 242 Rn. 294.

Bei all diesen Fallgruppen ist jedoch streng zu beachten, dass es nicht um eine allgemeine Billigkeitskontrolle etwaiger vertraglicher Interessensverteilungen geht<sup>128</sup>.

Das Verhalten des Rechtsinhabers wird nur in absoluten Ausnahmefällen zu einem Missbräuchlichen, nämlich dann, wenn es zu einer einseitigen Schädigung des Gegenübers führt<sup>129</sup>.

### 2) Exceptio doli praeteriti

Anknüpfungspunkt für die Rechtsmissbräuchlichkeit der zweiten Fallgruppe sind dagegen Umstände, die in der Vergangenheit liegen<sup>130</sup>. Das Manko der Rechtsausübung in dieser Fallgruppe ist also insbesondere und in der Regel das Vorverhalten des Rechtsinhabers.

Ein für diese Untersuchung wichtiger Anwendungsfall ist der Fall des unredlichen Rechtserwerbs, der teilweise als eigene Fallgruppe betrachtet wird<sup>131</sup>. Dabei wird weiter differenziert, rechtsmissbräuchlich sei nicht nur der unredliche Erwerb von Rechten oder das Schaffen der Rechtsstellung in unredlicher Art und Weise<sup>132</sup>, sondern auch das Ausnutzen der unredlich erworbenen Rechtsposition<sup>133</sup>. Rechtsmissbräuchlich ist jedoch ebenso der Gegenpart, das Vereiteln der für die andere Partei günstigen Rechte und Rechtspositionen<sup>134</sup>.

Diese Fallgruppe wird im zivilprozessualen Kontext auch als „Verbot des Schaffens prozessualer Rechtslagen“<sup>135</sup> bezeichnet.

### 3) Venire contra factum proprium

In dieser Fallgruppe wird bei der Begründung der Rechtsmissbräuchlichkeit daran angeknüpft, dass der Rechtsinhaber bei seinem Gegenüber berechtigtes

---

<sup>128</sup>Soergel/Teichmann, § 242 Rn. 295.

<sup>129</sup>Soergel/Teichmann, § 242 Rn. 295.

<sup>130</sup>Bork, BGB AT, Rn. 351.

<sup>131</sup>Palandt/Grüneberg, § 242 Rn. 43; Medicus, BGB AT, Rn. 142.

<sup>132</sup>Jauernig/Mansel, § 242 Rn. 45; Soergel/Teichmann, § 242 Rn. 281.

<sup>133</sup>Jauernig/Mansel, § 242 Rn. 45.

<sup>134</sup>Jauernig/Mansel, § 242 Rn. 46; Soergel/Teichmann, § 242 Rn. 285.

<sup>135</sup>Stein/Jonas/Brehm, vor § 1 Rn. 228.

Vertrauen hervorgerufen und letztlich diese Vertrauensstellung ausgenutzt hat<sup>136</sup>.

Diese Fallgruppe ist wegen der Widersprüchlichkeit des Verhaltens des Rechtsinhabers ein Fall des Rechtsmissbrauchs, wenn zuvor ein Vertrauenstatbestand geschaffen wurde<sup>137</sup>. Aber auch ohne ein solchermaßen erwecktes Vertrauen ist das Berufen auf ein Recht rechtsmissbräuchlich, wenn der Rechtsinhaber entweder aus seinem Vorverhalten bereits Vorteile gezogen hat oder sich mit der Geltendmachung des Rechts in einen unlöslichen Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setzt<sup>138</sup>. Abgestellt wird dabei allein auf das objektive Verhalten des Berechtigten<sup>139</sup>.

Nach einer Ansicht hat diese Fallgruppe im Zivilprozess keine Bedeutung<sup>140</sup>. Die Begründung liege darin, dass die Regelungen des Zivilprozessrechts, sofern sie überhaupt widersprüchliches Verhalten sanktionierten – was in der Regel nicht der Fall sei –, abschließend seien und deswegen die verbleibenden regelungsbedürftigen Anwendungsfälle anderen Fallgruppe zuzuordnen.<sup>141</sup>

Nach anderer Ansicht verbleibe ein – wenn auch geringer – Anwendungsbereich der Fallgruppe auch im Prozessrecht<sup>142</sup>. Der Anwendungsbereich beschränke sich darauf, dass gegenüber dem Gericht oder dem Prozessgegner ein Vertrauenstatbestand geschaffen wurde, vom dem man sich nicht mehr lösen könne<sup>143</sup>.

Der Streit bedarf hier keiner Entscheidung, da die möglicherweise problematischen Anwendungsfälle nach beiden Ansichten jedenfalls als rechtsmissbräuchlich eingestuft werden, ob unter der Fallgruppe des venire contra factum proprium oder einer anderen.

---

<sup>136</sup>Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 286; Bork, BGB AT, Rn. 352.

<sup>137</sup>Palandt/Grüneberg, § 242 Rn. 56.

<sup>138</sup>BGHZ 130, 371, 375; Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 296; Palandt/Grüneberg, § 242 Rn. 59.

<sup>139</sup>BGH NJW 1986, 2104, 2107; Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 296.

<sup>140</sup>Baumgärtel, ZZZ (86) 1973, 353, 364 f.

<sup>141</sup>Baumgärtel, ZZZ (86) 1973, 353, 363 ff.

<sup>142</sup>Stein/Jonas/Brehm, vor § 1 Rn. 230.

<sup>143</sup>Stein/Jonas/Brehm, vor § 1 Rn. 230.

#### 4) Tu quoque

Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs ergibt sich in dieser Konstellation daraus, dass der Rechtsinhaber sein Recht ausübt, ohne die korrespondierenden Verpflichtungen zu erfüllen<sup>144</sup>. Dabei ist bei der Anwendung dieser Fallgruppe besonders – noch mehr als bei den anderen Fallgruppen - zu berücksichtigen, dass die Störung des vertraglich vereinbarten Pflichtenkatalogs durch eine Seite nicht automatisch den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs begründen kann. Für diese Störungen ist zuerst auf die gesetzlich vorgesehenen Instrumente der Leistungsstörungen zurückzugreifen<sup>145</sup>.

#### 5) Bedeutung der Fallgruppen für den Gang der Bearbeitung

Die verschiedenen Fallgruppen haben im Rahmen dieser Bearbeitung nicht alle die gleiche Bedeutung. Zwar kann sich der Einwand des Rechtsmissbrauchs auch bei der Anerkennung grundsätzlich aus allen Fallgruppen ergeben.

Der Schwerpunkt des Rechtsmissbrauchs liegt jedoch auf den Fallgruppen der *exceptio doli praeteriti* sowie der *exceptio doli praesentis*. Dort wird an ein Verhalten angeknüpft, aus dem sich der Rechtsmissbrauch ergibt.

Weniger Bedeutung hat die Fallgruppe *tu quoque*, da sich in den hier untersuchten Fällen die Rechtsmissbräuchlichkeit in der Regel nicht aus dem Vertragsverhältnis *als solchem* ergibt.

Ebenso wenig Bedeutung hat die Fallgruppe *venire contra factum proprium*. Unabhängig davon, ob man ihr Eingreifen im zivilprozessualen Kontext überhaupt für möglich hält, sind wenige Anwendungsfälle denkbar, in denen sich ein etwaiger Vertrauenstatbestand nicht bereits aus der Anknüpfung an ein vorheriges oder gegenwärtiges zu missbilligendes Verhalten ergeben wird<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup>Bork, BGB AT, Rn. 353; zweifelnd Medicus, BGB AT, Rn. 143.

<sup>145</sup>Vorsichtig bei der Anerkennung dieser Fallgruppe daher: Soergel/Teichmann, § 242 Rn. 287 ff.

<sup>146</sup>Vgl. dazu die Argumentation von Baumgärtel, ZZP (86) 1973, 353, 363 ff., der die Fallgruppe deswegen für entbehrlich hält.



Als weiteren Schluss kann man aus der Darstellung der Fallgruppen<sup>147</sup> ziehen, dass bei der Einordnung als Rechtsmissbrauch alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigt und sorgfältig gegeneinander abgewogen werden müssen<sup>148</sup>. Die Missbräuchlichkeit der Geltendmachung eines Rechts ergibt sich in der Regel erst aus einem Vergleich der beteiligten Interessen<sup>149</sup>.

Die Annahme, ein Verhalten sei rechtsmissbräuchlich, darf nicht vorschnell getroffen werden<sup>150</sup>. Grundsätzlich ist keiner verpflichtet seine Interessen zu Gunsten eines anderen zurückstehen zu lassen<sup>151</sup>. Rechtsmissbrauch setzt daher eine atypische Interessenlage voraus, die weit mehr ist als eine Ungleichgewichtung der Interessen der beteiligten Parteien<sup>152</sup>.

#### b. Erforderlichkeit eines subjektiven Tatbestandsmerkmals

Im Deutschen Recht wird weithin vertreten, dass das Vorliegen subjektiver Merkmale, insbesondere Verschulden, nicht Teil der Tatbestandsmerkmale des Rechtsmissbrauchs sei<sup>153</sup>.

Vereinfacht gesagt ist Rechtsmissbrauch nach deutschem Verständnis die Ausnutzung einer formalen Rechtsstellung entgegen dem Sinn und Zweck der Norm, durch die diese Position gewährt wird<sup>154</sup>.

Einen anderen Ansatz verfolgen das Italienische<sup>155</sup> und das Österreichische<sup>156</sup> Recht. In diesen Rechtsordnungen ist das Vorsatzerfordernis Teil des Tatbe-

---

<sup>147</sup>Dieser Schluss wird dabei noch dadurch verstärkt, dass es keinen Konsens in Bezug auf die Bildung einheitlicher Fallgruppen gibt.

<sup>148</sup>Palandt/*Grüneberg*, § 242 Rn. 39.

<sup>149</sup>Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 262.

<sup>150</sup>Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 263.

<sup>151</sup>MüKoBGB/*Schubert*, § 242 Rn. 208; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 263.

<sup>152</sup>MüKoBGB/*Schubert*, § 242 Rn. 208; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 263.

<sup>153</sup>H.M. BGH NJW 1975, 827, 828; 09, 1343, 1346; Jauernig/*Mansel*, § 242 Rn. 37; MüKoBGB/*Schubert*, § 242 Rn. 214; Palandt/*Grüneberg*, § 242 Rn. 39; PWW/*Schmidt-Kessel*, § 242 Rn. 34; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 137, 291; *Klöpfer*, Missbrauch, S. 35f.; für das Europäische Recht *Baudenbacher*, ZfRV 2008, 205, 216. Vgl. auch *Althammer*, GS Konuralp, 103, 122 und *Tichý*, FS Martiny, S. 856 f. Unklar Baumbach/*Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, Einl III Rn. 54.

<sup>154</sup>*Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 145.

<sup>155</sup>Vgl. die Untersuchung bei *Zimmermann*, S. 81 ff.; *Byers*, 2002 (47) McGill L.J. 389, 393.

<sup>156</sup>§ 1295 Abs. 2 2. HS ABGB. Dazu *Mader*, Rechtsmissbrauch S. 173 m.w.N., *Schwimann/Harrer*, ABGB, § 1295 Rn. 124 ff.; *Byers*, 2002 (47) McGill L.J. 389, 393. *Bydlinsky*, Methodenlehre, S. 497 Fn. 244 weist darauf hin, dass Vorsatz nicht Schikaneabsicht wie in § 226 BGB, also Handeln ausschließlich zu dem Zweck der Schädigung des anderen, bedeutet, auch wenn dies teilweise in der österreichischen Rechtsprechung so vertreten wurde. Vgl. auch dazu öOGH vom 25.10.2012 Az.



standes des Rechtsmissbrauchs<sup>157</sup>. Der Grund dafür liegt unter anderem darin, dass Rechtsmissbrauch in diesen Rechtsordnungen vor allem das Schikaneverbot<sup>158</sup> beinhaltet und sich in der italienischen Rechtsordnung sogar darin (weitestgehend) erschöpft<sup>159</sup>.

Einen ähnlichen Ansatz verfolgte zunächst das Französische Recht mit der Lehre vom *abus de droit*. Die Einzelheiten in Bezug auf das subjektive Tatbestandsmerkmal sind umstritten<sup>160</sup>. Eine strenge Auffassung setzt Schädigungsabsicht (*intention de nuire*) voraus<sup>161</sup>. Eine andere Auffassung lässt das Vorliegen von *faute*<sup>162</sup> genügen<sup>163</sup>. Eine dritte Auffassung stellt darauf ab, ob das Recht entgegen der sozialen Funktion des jeweiligen Rechts ausgeübt werde<sup>164</sup>. Einigkeit besteht nur insofern, als beim Vorliegen von Schädigungsabsicht immer Rechtsmissbrauch gegeben sei<sup>165</sup>. Die französische Rechtsprechung lässt sich diesen Kategorien und Theorien nicht zuordnen<sup>166</sup>, da - je nach Einzelfall - Schädigungsabsicht, *faute* oder das Fehlen legitimer Interessen die Begründung für Rechtsmissbrauch lieferten<sup>167</sup>. Eine klare Linie lässt sich daraus nicht ersehen, wobei tendenziell die *faute*-Theorie bevorzugt zu sein scheint<sup>168</sup>. Es ist also davon auszugehen, dass die wohl herrschende Meinung in Frankreich das Vor-

---

2Ob214/11a unter 2.2. (zitiert nach <http://www.ris.bka.gv.at/Jus/>), wo von einem Inkaufnehmen der Schädigung gesprochen wird.

<sup>157</sup>Obwohl in § 1295 Abs. 2 ABGB von *Absicht* die Rede ist, wird darunter der einfache Vorsatz verstanden, Schwimann/Harrer, ABGB, § 1295 Rn. 124. Insofern missverständlich *Brown*, Abuse in European Community Law, S. 511, 514 der „subjective intention to harm“ als Beschreibung des subjektiven Tatbestandsmerkmals verwendet. Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn.1181 weist auf die sehr zurückhaltende Tendenz der Österreicher bei der Annahme des Rechtsmissbrauchs hin.

<sup>158</sup>Niedergelegt in Italien in Art. 833 Codice Civile (für Eigentumsrechte) und Art. 2042 Codice Civile und in Österreich in § 1295 Abs. 2 ABGB.

<sup>159</sup>So die herrschende Ansicht in Italien, vgl. Zimmermann S. 85 m.w.N. Vgl. auch Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 1190.

<sup>160</sup>*Ferid/Sonnenberger*, Frz. Zivilrecht, Kap. 1 C Rn. 156; vgl. auch *Ghestin/Goubeaux*, Droit Civil, I Nr. 782 ff.

<sup>161</sup>Vgl. *Ferid/Sonnenberger*, Frz. Zivilrecht, Kap. 1 C Rn. 156 m.w.N.

<sup>162</sup>Vergleichbar mit, aber nicht gleich Fahrlässigkeit, siehe *Ferid/Sonnenberger*, Frz. Zivilrecht, Kap. 1 C Rn. 157.

<sup>163</sup>*Cornu*, Droit Civil, Nr. 149, vgl. auch die Nachweise bei *Ferid/Sonnenberger*, Frz. Zivilrecht, Kap. 1 C Rn. 157 und *Holthausen*, S. 72 ff sowie 102.

<sup>164</sup>*Ghestin/Goubeaux*, Droit Civil, I Nr. 786 ff.

<sup>165</sup>*Cornu*, Droit Civil, Nr. 149: „L’intention malveillante est le critère incontesté de l’abus“; *Ghestin/Goubeaux*, Droit Civil, I Nr. 784.

<sup>166</sup>*Ferid/Sonnenberger*, Frz. Zivilrecht, Kap. 1 C Rn. 159.

<sup>167</sup>*Ferid/Sonnenberger*, Frz. Zivilrecht, Kap. 1 C Rn. 159, 168.

<sup>168</sup>*Ferid/Sonnenberger*, Frz. Zivilrecht, Kap. 1 C Rn. 159. Auch Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 1171 spricht von der schuldhaften Verletzung subjektiver Rechte als Grundlage.

liegen eines subjektiven Tatbestandsmerkmals in Form von (mindestens) *faute*<sup>169</sup> fordert.

Im Spanischen Recht statuiert Art. 7 Abs. 2 *Codigo Civil*, dass *ein* möglicher Umstand<sup>170</sup>, der eine Handlung rechtsmissbräuchlich werden lasse, die Absicht des Handelnden sein könne. Daneben werden jedoch auch der Zweck der Handlung und die Umstände genannt. Im Spanischen Recht ist also ein subjektives Tatbestandsmerkmal zwar nicht im Gesetz vorgeschrieben, dient jedoch als gesetzlich festgeschriebener wichtiger Indikator.

Rechtsmissbrauch ist in den Common Law Ländern ein Phänomen<sup>171</sup>, das einen sehr geringen Anwendungsbereich und eine nur geringe Bedeutung hat<sup>172</sup>. Die Tatbestandsvoraussetzungen werden vor dem Hintergrund also eng gefasst. Nach autonomem Englischen Recht ist ein ausländisches Urteil (unter anderem) anzuerkennen, wenn es nicht rechtsmissbräuchlich (*fraudulently*) erwirkt wurde.<sup>173</sup> Rechtsmissbrauch, *fraud*, setzt ein subjektives Tatbestandsmerkmal voraus, nämlich zumindest *negligence*<sup>174</sup>.

Der Ansatz des Deutschen Rechts ist, dass die geforderten atypischen Interessenlagen, die den Rechtsmissbrauch ausmachen, rein tatsächlich nicht notwendigerweise<sup>175</sup> verschuldet verwirklicht werden. *Schubert*<sup>176</sup> weist jedoch zutreffenderweise darauf hin, dass bei den Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs, die

---

<sup>169</sup>*Holthausen*, S. 102, die aber ebenfalls auf einen gewissen Wandel im Sinne einer Lockerung der Anforderungen an die subjektiven Tatbestandsmerkmale hinweist. Vgl. auch *Staudinger/Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 1167 und *Staudinger/Repgen* § 226 Rn. 47.

<sup>170</sup>Der im Gesetz Erstgenannte. Als Abkehr vom subjektiven Tatbestandsmerkmal ordnet dies *Fleischer*, JZ 2003, 865, 868 ein.

<sup>171</sup>Vgl. auch *Staudinger/Looschelders/Olzen*, § 242 Rn.1204 ff. zur Rechtslage in England und Rn. 1216 ff. zur Rechtslage in den USA. Anders insofern Klöpfer, *Missbrauch*, S. 51 ff.

<sup>172</sup>*Byers*, McGill L.J. 2002 (47) 389, 395 f.; Basedow u.a. (Hrsg.)/*Ranieri*, Handwörterbuch, S. 1259, mit dem Hinweis, dass die historisch strikte Ablehnung des Prinzips des Rechtsmissbrauchs möglicherweise nicht mehr den aktuellen Stand der Rechtswissenschaft widerspiegelt. Siehe auch *Staudinger/Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 1208 ff. und *Staudinger/Repgen* § 226 Rn. 48.

<sup>173</sup>Vgl. den englischen Fall *Abolouff v. Oppenheimer* (1882-83) *Law Reports* 10 Queen's Bench Division 295, 306, der auch heute noch aktuell ist, vgl. *Collier*, C.L.J. 1992, 441, 442, der aber teilweise kritisch gesehen wird, vgl. *Owens Bank Ltd v Etoile Commerciale SA* [1995] 1 *Weekly Law Reports*, 44, 50 und *House of Spring Gardens Ltd v. Waite* [1991] 1 Queen's Bench 241, 251. In letzterer Entscheidung hat Lord Justice *Stuart-Smith* die Anwendung der doktrin des *fraud* wegen *abuse of process* abgelehnt. Vgl. zur Rechtslage in England hinsichtlich des Prozessmissbrauchs *Tichý*, FS *Martiny*, S. 854 Fn. 19, 855.

<sup>174</sup>Vgl. die Entscheidung des House of Lords *Derry v. Peek* (1889) *Law Reports* 14 *Appelation Cases* 337, 339.

<sup>175</sup>In der Lebenswirklichkeit wird die Anzahl derer, die einen Rechtsmissbrauch verwirklichen und dabei „Opfer der Umstände“ geworden sind, also unverschuldet einen Rechtsmissbrauch begehen, verschwindend gering sein.

<sup>176</sup>MüKoBGB/*Schubert*, § 242 Rn. 215.

an ein Verhalten anknüpfen, eine Zurechenbarkeit dieses Verhaltens gegeben sein müsse<sup>177</sup>. Diese Zurechenbarkeit ergebe sich in den Fallgruppen des missbilligten Verhaltens aus dem Verschulden, dass in diesen Fallgruppen voraussetzen sei<sup>178</sup>.

*Teubner*<sup>179</sup> fordert das Verschuldenserfordernis (zwingend) zumindest für den Fall des individuellen Rechtsmissbrauchs, also für den von ihm sogenannten Fall der Störung der Interaktionsmoral<sup>180</sup>. Dieser sei dadurch gekennzeichnet, dass eine formale Vertragsrechtsposition rechtsgeschäftlich korrekt begründet worden sei<sup>181</sup>, aber im Widerspruch zu der zwischen Vertragspartnern herrschenden Vertragsmoral stehe<sup>182</sup>. Der Grund dann von der formellen Norm abzuweichen, sei das Verschuldensprinzip<sup>183</sup>.

*Teichmann*<sup>184</sup> führt an, dass bei der Anwendung des Rechtsmissbrauchsprinzips im Fall der Reduktion von Pflichten bei der vorzunehmenden Interessenabwägung zu berücksichtigen sei, ob das zu missbilligende Verhalten verschuldet wurde oder nicht<sup>185</sup>. Das Verschulden stelle einen wichtigen Wertmaßstab dar.<sup>186</sup>

Damit ist jedenfalls in den Fällen der Negierung von Rechten und Rechtspositionen – um solche handelt es sich bei den hier untersuchten Gegenständen – der Schritt auch im Deutschen Recht zu einer Anerkennung der Erforderlichkeit eines subjektiven Tatbestandsmerkmals nicht weit<sup>187</sup>.

Für die Erforderlichkeit eines subjektiven Tatbestands spricht einmal, dass ein solcher die Ausnahmestellung des Rechtsmissbrauchsverbots unterstreicht.

---

<sup>177</sup>MüKoBGB/*Schubert*, § 242 Rn. 215; a.A. *Staudinger/Looschelders/Olzen*, § 242 Rn. 222, der zwar davon ausgeht, dass die Zurechenbarkeit ein zu berücksichtigender Umstand in der Gesamtabwägung sei, jedoch bei fehlender Zurechenbarkeit wegen eben dieser Gesamtabwägung und dem Vorliegen anderer, rein objektiver Umstände, die das Fehlen der „subjektiven“ Umstände ausgleichen, ebenfalls Rechtsmissbrauch gegeben sein könne.

<sup>178</sup>MüKoBGB/*Schubert*, § 242 Rn. 215. So auch *PWW/Schmidt-Kessel*, § 242 Rn. 34, 42f.

<sup>179</sup>AK-BGB/*Teubner*, § 242 Rn. 38.

<sup>180</sup>AK-BGB/*Teubner*, § 242 Rn. 38. Zur Konzeption AK-BGB/*Teubner*, § 242 Rn. 21 ff.

<sup>181</sup>AK-BGB/*Teubner*, § 242 Rn. 38.

<sup>182</sup>AK-BGB/*Teubner*, § 242 Rn. 38.

<sup>183</sup>AK-BGB/*Teubner*, § 242 Rn. 38.

<sup>184</sup>Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 62 f.

<sup>185</sup>Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 63.

<sup>186</sup>Soergel/*Teichmann*, § 242 Rn. 63.

<sup>187</sup>*Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 145 fordert bereits eine bewusste Tatbestandsverwirklichung.

Denn je enger die Tatbestandsvoraussetzungen gezogen sind, desto weniger Anwendungsfälle wird es geben. Gleichzeitig bleibt eine gewisse Appellfunktion dahingehend erhalten, dass bestimmte Vorgehensweisen rechtlich nicht toleriert werden<sup>188</sup>.

Ein weiteres Argument für ein subjektives Tatbestandsmerkmal ist, dass es im Sinne der Rechtssicherheit vorteilhaft sein kann, die Tatbestandsvoraussetzungen eines notwendigerweise extrem flexiblen und daher eher schwammig formulierten Rechtsprinzips so eng wie möglich zu fassen. Zunächst erscheint selbst eine (nur) fahrlässige Verwirklichung eines als rechtsmissbräuchlich eingeordneten Umstands fernliegend. Jemand, dem der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs gemacht wird, kann jedoch zumindest verlangen, dass - wenn man ihm eine formal bereits erlangte Rechtsposition nicht gewähren will - er hätte erkennen können (im Sinnes eines fahrlässigen Verhaltens)<sup>189</sup>, dass er sich so verhält, dass die gewährte Rechtsposition wieder entzogen werden kann. Es muss ihm also die Möglichkeit gegeben werden, sich regelkonform, d.h. nicht rechtsmissbräuchlich zu verhalten. Dem Erfordernis der Rechtssicherheit wird man nicht gerecht, wenn man nur auf die Abwägung der objektiven Interessen abstellt. Denn dann bleibt das Ergebnis, gerade auch für den *Missbrauchenden*, der immerhin dazu angehalten werden könnte, bzw. soll, den Missbrauch zu unterlassen, möglicherweise schwer nachvollziehbar, wenn nicht gar beliebig.

Weiterhin spricht für das Erfordernis eines subjektiven Tatbestands, dass der Untersuchungsgegenstand der Rechtsmissbrauch im Europäischen Recht ist. Zwar ist es nicht zwingend, die Tatbestandsmerkmale eines aus den verschiedenen europäischen Rechtsordnungen gewonnenen Prinzips auf den kleinsten gemeinsamen Nenner zu beschränken<sup>190</sup>. Es ist jedoch ebenso wenig zwingend, sich an der „am weitesten entwickelten“ Rechtsordnung zu orientieren. Das Erfordernis eines subjektiven Tatbestandsmerkmals kann auch hier helfen einen Mittelweg zu finden, der einen Kompromiss zwischen den Ansätzen der

---

<sup>188</sup> Deswegen ist es von Bedeutung, wenn ein subjektives Tatbestandsmerkmal gefordert, aber mittels objektiver Kriterien wie der Nutzlosigkeit der Rechtsausübung für den Handelnden nachgewiesen wird, vgl. zum Nachweis Staudinger/*Reppen* § 226 Rn. 52.

<sup>189</sup> Ähnlich *Brown*, Abuse in European Community Law, S. 511, 515.

<sup>190</sup> *Brown*, Abuse in European Community Law, S. 511, 512 f. weist sogar darauf hin, dass es nicht notwendig für die Etablierung eines allgemeinen Prinzips des Gemeinschaftsrechts ist, dass dieses in allen Mitgliedsstaaten existiert.

mitgliedsstaatlichen Rechtsordnungen darstellt<sup>191</sup>. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die nationalen Positionen sich nicht so rigoros unterscheiden, wie es zunächst den Anschein hat<sup>192</sup>, da das subjektive Tatbestandsmerkmal sogar in Deutschland „irgendwie“, meist im Wege der Abwägung der einzelnen Interessen, Berücksichtigung findet und da es rein tatsächlich nur wenige Anwendungsfälle geben dürfte, die aus Sicht des Deutschen Rechts zwar einen Rechtsmissbrauch darstellen, bei denen aber kein Verschulden im Sinne einer Fahrlässigkeit vorliegt<sup>193</sup>.

Somit ist ein subjektives Tatbestandsmerkmal für den europäischen Rechtsmissbrauch zu fordern.

## 6. Ergebnis

Für die Zwecke dieser Untersuchung wird also davon ausgegangen, dass Rechtsmissbrauch das Handeln gegen den Zweck eines Rechts oder einer Rechtsposition ist, bei dem die andere Seite zumindest fahrlässig geschädigt wird.

## 2. Kapitel Einzelne Fälle des (möglichen) Rechtsmissbrauchs bei der Anerkennung

Wegen der Vielzahl der möglichen<sup>194</sup> Konstellationen<sup>195</sup> bei der Anerkennung von Entscheidungen, sollen nur einige Fälle exemplarisch herausgegriffen und untersucht werden.

---

<sup>191</sup> Hess, IPRax 2006, 348, 352 f. stellt dar, dass die Rolle der Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung eine immer geringere Rolle spielt.

<sup>192</sup> Staudinger/Repgen § 226 Rn. 52 weist daraufhin, dass die objektive Nutzlosigkeit der Rechtsausübung für den Handelnden als Indiz gewertet werden könne, um den Nachweis des subjektiven Moments zu führen und das sich deswegen die Unterschiede marginalisieren.

<sup>193</sup> Vgl. auch Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, Einl III Rn. 54.

<sup>194</sup> Tichý, FS Martiny, S. 858: In rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht seien die Möglichkeiten zum Prozessmissbrauch um so vielfältiger, je stärker das internationale Element sei.

<sup>195</sup> Denkbar sind viele weitere Konstellationen und Normen des Europäischen Zivilprozessrechts, denen ein Missbrauchspotential innewohnt. Vgl. z.B. Thole, ZZP (122) 2009, S. 423, 439 ff. zum Gerichtsstand der Streitgenossenschaft Art. 6 Abs. 2, 2. HS EuGVO (alt), jetzt Art. 8 Brüssel Ia-VO und dem damit verbundenen Problem der sog. „Ankerklage“ oder Horn, IPRax 2006, 2 ff. zum Missbrauch bei Gerichtsstandsvereinbarungen. Zu eben diesem Problem auch Mankowski, RIW 2015, 17 ff.

## A. Prozessbetrug

### I. Definition

Prozessbetrug ist die vorsätzliche Täuschung durch eine Prozesspartei, die sich ursächlich auf die Entscheidung des Gerichts ausgewirkt hat<sup>196</sup>. Die Täuschung kann dabei gegenüber dem Gericht oder gegenüber der anderen Partei verübt werden. Zu der ersten Konstellation gehören sowohl die Fälle, in denen das Gericht die Täuschung hätte vermeiden können, indem es die vorliegenden Beweise anders, insbesondere sorgfältiger, gewürdigt hätte<sup>197</sup>, genauso wie die Fälle, in denen der Betrugsversuch nicht hätte erkannt werden können. Ein Prozessbetrug liegt aber auch dann vor, wenn die Täuschung vollständig ohne Beteiligung des Gerichts durchgeführt wurde, indem z.B. die andere Partei durch Täuschung dazu bewegt wird, ihr zustehende Rechte und Rechtspositionen nicht geltend zu machen<sup>198</sup>.

### II. Darstellung der Lösung des BGH

Beispielhaft für einen Fall des Prozessbetrugs sei der Sachverhalt, der der Entscheidung vom 06.05.2004<sup>199</sup> zu Grunde lag, dargestellt.

Der Entscheidung lag folgender – verkürzt und vereinfacht wiedergegebener - Sachverhalt zugrunde:

Der Anerkennungsgläubiger, ein dänischer Rechtsanwalt, hatte in Dänemark gegen seinen Mandanten aus Deutschland aufgrund einer zwischen den Parteien getroffenen Honorarvereinbarung sein Honorar eingeklagt und ein Versäumnisurteil vor dem Amtsgericht in Kopenhagen erwirkt. Im Verfahren der Vollstreckbarerklärung vor dem deutschen Gericht verteidigte sich der Anerkennungsschuldner damit, dass die von dem Rechtsanwalt gestellten Rechnungen Stunden ausweise, die dieser nicht geleistet habe.

---

<sup>196</sup>BGH NJW-RR 1987, 377, 378; *Geimer*, IZPR Rn. 2986; *Regen*, Prozessbetrug, Rn. 9.

<sup>197</sup>*Regen*, Prozessbetrug, Rn. 9

<sup>198</sup>*Regen*, Prozessbetrug, Rn. 10.

<sup>199</sup>BGH NJW 2004, 2386. Vgl die kritische Anmerkung *Hau*, IPRax 2004, 20 ff.

Diesen Einwand der fälschlicherweise abgerechneten Stunden und damit des Prozessbetrugs hat der BGH zugelassen und die Sache erneut an das Beschwerdegericht zur Sachverhaltsaufklärung zurückverwiesen.

Bemerkenswert<sup>200</sup> ist die Herangehensweise, die der BGH in seiner Entscheidung<sup>201</sup> mitgetragen hat. Er hat dem Beklagten, der sich im Ursprungsstaat nicht eingelassen hatte, die Möglichkeit zugestanden, das ergangene Urteil einer ordre public-Kontrolle im Zweitstaat, Deutschland, unterziehen zu lassen.

Nach Ansicht des BGH sei die Möglichkeit sich im Anerkennungsverfahren darauf zu berufen, die Gegenseite habe vorsätzlich falsch im Prozess vorgetragen, nicht davon abhängig, ob der Beklagte diesen Einwand bereits im Erststaat hätte vortragen können<sup>202</sup>. Nur dann, wenn der Beklagte sich mit dem Einwand des vorsätzlich falschen Prozessvortrags bereits im Erststaat verteidigt habe, sei ein *weiteres* Berufen auf diesen Einwand ausgeschlossen<sup>203</sup>. Wenn er sich jedoch im Erststaat gar nicht eingelassen habe, stehe es ihm frei, den Einwand des Prozessbetrugs erst im Anerkennungsverfahren geltend zu machen<sup>204</sup>. Es bestehe dabei die Möglichkeit, im Anerkennungsverfahren zu dem Sachverhalt weiter vorzutragen und die Behauptungen unter Beweis zu stellen<sup>205</sup>. Nach Ansicht des BGH genüge dabei bereits ein Vortrag zu einem besonders krassen Missverhältnis zwischen dem objektiv für die Tätigkeit erforderlichen und dem tatsächlich in Rechnung gestellten Aufwand<sup>206</sup>.

Dabei erkennt der BGH wohl selbst teilweise die Gefahr, die er mit dieser Entscheidung heraufbeschwört, wenn er am Ende der Entscheidung betont, dass im Anerkennungsverfahren keinesfalls eine *révision au fond* stattfinden dürfe<sup>207</sup>. Die Anforderungen an den Sachvortrag des Beklagten, der sich in der Sache vor allem gegen den verkehrsüblichen und sachlich gerechtfertigten Ar-

---

<sup>200</sup>Entgegen der h.M. und entgegen der eigenen Rechtsprechung. Siehe dazu S. 95 ff.

<sup>201</sup>BGH NJW 2004, 2386.

<sup>202</sup>BGH NJW 2004, 2386, 2388.

<sup>203</sup>BGH NJW 2004, 2386, 2388.

<sup>204</sup>BGH NJW 2004, 2386, 2388.

<sup>205</sup>BGH NJW 2004, 2386, 2388.

<sup>206</sup>BGH NJW 2004, 2386, 2388.

<sup>207</sup>BGH NJW 2004, 2386, 2388.



beitsaufwand wende, seien hoch zu stecken<sup>208</sup>, wenn der Beklagte geltend machen wolle, ein gegen ihn ergangenes Urteil sei arglistig erschlichen worden<sup>209</sup>.

Der BGH hat damit dem Beklagten im Ergebnis ein Wahlrecht dahingehend eröffnet, sich zu entscheiden, ob er sich gegen das Urteil im Ursprungs- oder im Anerkennungsstaat zur Wehr setzen will<sup>210</sup>.

### III. Einordnung als Rechtsmissbrauch

Im Folgenden wird der oben dargestellte Sachverhalt<sup>211</sup>, den der BGH zu entscheiden hatte, als Beispielsfall<sup>212</sup> für einen Prozessbetrug zugrunde gelegt.

Obwohl die Einordnung dieser Fallgruppe als rechtsmissbräuchlich vermeintlich auf der Hand liegt, so ist im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand dennoch genau zu differenzieren. Der Vorwurf des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens bei dieser Konstellation liegt nicht (unmittelbar) darin, durch Betrug eine materiell fehlerhafte Entscheidung herbeigeführt zu haben<sup>213</sup>, sondern diese Entscheidung anerkennen und vollstrecken zu lassen<sup>214</sup>, sie also zu verwenden. Dabei ist der erste Schritt, das betrügerische Beeinflussen einer Entscheidung, ohne den zweiten möglich und denkbar, insbesondere in den Fällen, in denen eine Vollstreckung aus dem Titel unterlassen wird, aber auch vice versa. Auch das (isolierte) Gebrauchmachen von einem betrügerisch erlangten Titel ist in den Fällen der Rechtsnachfolge in den Titel denkbar. Insbesondere relevant dürften Fälle der Gesamtrechtsnachfolge sein, in denen der Betrüger beerbt wird, ohne dass dem Erben eine Beteiligung an dem Betrug angelastet werden kann. Auch in diesen Fällen sollte der Gebrauch des „bemakelten“, d.h. betrügerisch erlangten, Titels unterbunden werden.

---

<sup>208</sup>BGH NJW 2004, 2386, 2388.

<sup>209</sup>BGH NJW 2004, 2386, 2388.

<sup>210</sup>*Hau*, IPRax 2004, 20, 22. Ob das immer noch gilt hat der BGH in NJOZ 2010, 896, 896 ausdrücklich offen gelassen.

<sup>211</sup>Unter der Prämisse, dass die Abrechnung des dänischen Rechtsanwalts tatsächlich nicht geleistete Stunden umfasste.

<sup>212</sup>Ein vergleichbarer Sachverhalt wird z.B. in dem Beschluss des OLG Stuttgart BeckRS 2009, 89517 von den Antragsgegnern zumindest behauptet.

<sup>213</sup>Dies ist über das Deliktsrecht und vor allem Strafrecht sanktioniert und im Deutschen Recht ein Wiederaufnahmegrund i.S.d. § 580 ZPO. Zur Wiederaufnahme siehe S. 124.

<sup>214</sup>Vgl. *Hau*, IPRax 2004, 20, 22.



Der Vorwurf, der dem Rechtsanwalt gemacht wird, ist also nicht, dass er - betrügerisch<sup>215</sup> - ein Versäumnisurteil in Kopenhagen erstritten hat, sondern dass er sich in Deutschland um eine Vollstreckungsklausel als Grundlage der Vollstreckung bemüht hat.

Dabei kann diese Konstellation zur Verdeutlichung überspitzt werden: Denkbar ist durchaus, dass der Rechtsanwalt das erstrittene Urteil erst nach einer gewissen Zeit in einem Mitgliedsstaat für vollstreckbar erklären lässt, da z.B. der Beklagte seinen Wohnsitz verlegt hat oder eine Vollstreckung erst zu einem späteren Zeitpunkt aussichtsreich erschien, während der Beklagte zu diesem Zeitpunkt erst – also nicht bereits im ersten Verfahren – von der Täuschung und damit dem Betrug erfahren hat. Möglich ist dieser Erkenntnisgewinn z.B. durch verbesserte Erkenntnismöglichkeiten, wie die Herausgabe von Akten oder auch durch Zufall.

Wegen dieser - gebotenen – Differenzierung zwischen der betrügerischen Erlangung eines Titels und dem Gebrauchmachen von einem betrügerisch erlangten Titel unterfällt die Anerkennung eines betrügerisch erlangten Urteils (sogar) der Definition<sup>216</sup> des *nicht verbotenen* (im Sinne von nicht strafrechtlich sanktionierten) Verhaltens. Anknüpfungspunkt für das strafrechtlich relevante Verhalten ist der Betrug im Erstprozess. Zwar wird der Schaden, der bereits im Erstprozess durch den betrügerisch erlangten Titel eingetreten ist, perpetuiert. Eine strafrechtliche Sanktion, anknüpfend an das Verhalten des Gebrauchmachens von dem betrügerisch erlangten Titel, ergibt sich jedenfalls nach deutschem Verständnis wohl nicht. Diese Tat wäre in der deutschen Strafrechtsdogmatik wohl eine mitbestrafte Nachtat, wenn es sich um denselben Täter handelt. In den Fällen der Rechtsnachfolge existiert - zumindest nach deutschem Verständnis - nicht einmal ein Straftatbestand. Der augenscheinlich Einschlägige, die Hehlerei (§ 259 StGB), kann nur an körperlichen Sachen begangen werden.

---

<sup>215</sup>Ob rein tatsächlich ein Prozessbetrug oder nur eine über die Maßen zeitintensive Bearbeitung des Sachverhalts durch den Rechtsanwalt vorgelegen hat, ergibt sich aus der Entscheidung BGH NJW 2004, 2386 ff. genauso wenig wie aus der Folgeentscheidung BeckRS 2006, 00426, die denselben Fall betrifft.

<sup>216</sup>Vgl. oben, S. 3 sowie zur Gegenansicht Fn. 25.

Im Hinblick auf die oben genannten Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs kommt eine Einordnung in die Fallgruppe des unredlichen Rechtserwerbs als Unterfall der *exceptio doli praeteriti* in Betracht. Das Handeln gegen den Zweck der missbrauchten Vorschrift, der Anerkennungsvorschrift, ergibt sich dabei daraus, dass der Betrug - soweit ersichtlich - weder von einer mitgliedstaatlichen Rechtsordnung, noch von dem EU-Recht toleriert wird. Den Anerkennungsvorschriften ist also der Zweck immanent, den Betrug soweit möglich zurückzudrängen<sup>217</sup>. Dem Verschuldenserfordernis ist in den meisten Fällen Genüge getan. Bereits durch den Einwand des Prozessbetrugs im Anerkennungsverfahren hat der Anerkennungsgläubiger hinreichende Anhaltspunkte für zumindest fahrlässige Unkenntnis, dass der Titel betrügerisch erlangt wurde, wenn er nicht sowieso an der betrügerischen Erlangung mitgewirkt hatte und insofern sogar vorsätzlich handelte.

## B. Torpedos

### I. Problemdarstellung

Ein Fall rechtsmissbräuchlichen Verhaltens wird häufig auch in der Konstellation des sog. „Italienischen Torpedos“, bzw. des „Belgischen Torpedos“<sup>218</sup>, diskutiert.

Dieses Phänomen betrifft die Ausnutzung der Wirkung des Art. 29 Brüssel Ia-VO (Art. 27 EuGVO alt bzw. vorher der des Art. 21 EuGVÜ).

Es geht bei diesem Phänomen dabei um das Wechselspiel zwischen einer Klage auf Verletzung eines Schutzrechts, insbesondere eines Patents, und einer *vorher* erhobenen Klage gerichtet auf Feststellung der Nichtverletzung, bzw. der Nichtigkeit des Schutzrechts. Letztere – zeitlich vorgelagerte - Klage ist das Torpedo.

Der Hintergrund ist dabei folgender:

---

<sup>217</sup> Es ist dabei kein Widerspruch, wenn aus anderen Erwägungen, insbesondere dem Gebot der Rechtssicherheit, der Betrugseinwand nur in bestimmten Grenzen zugelassen wird. Der Betrug an sich wird durch die Einschränkung der Geltendmachung nicht toleriert.

<sup>218</sup> Laut *Haertel*, GRUR-RR 2009, 372 auch in den östlichen europäischen Ländern möglich.

In dem Fall, dass ein Verfahren an einem anderen mitgliedstaatlichen Gericht anhängig ist, hat das als zweites angerufene Gericht von Amts wegen das Verfahren so lange auszusetzen, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht (sog. Sperrwirkung des Art. 29 Brüssel Ia-VO).

Voraussetzung der Wirkung des Art. 29 Brüssel Ia-VO ist, dass es sich bei diesen beiden Klagen um denselben Anspruch handelt. Der Begriff des Anspruchs muss verordnungsautonom interpretiert werden<sup>219</sup>.

Dieser Begriff des Anspruchs unterscheidet sich erheblich vom deutschen Begriff des Streitgegenstands aus § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Letzterer ist nach h.M. „zweigliedrig“. Zur Bestimmung des Streitgegenstands werden sowohl der Klageantrag als auch der diesem zugrunde liegende Sachverhalt herangezogen.<sup>220</sup> Für die hier relevante Konstellation der „Torpedoklage“ folgt daraus nach deutschem Verständnis, dass eine Leistungsklage einen anderen Streitgegenstand als eine negative Feststellungsklage hat, da Erstere ein weiterreichendes Rechtsschutzziel, ein „Mehr“, umfasst<sup>221</sup> und damit eine nach einer negativen Feststellungsklage erhobene Leistungsklage zulässig ist. Einer später erhobenen negativen Feststellungsklage steht grundsätzlich<sup>222</sup> jedoch die Litispendenzsperre des § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO entgegen<sup>223</sup>, da der Feststellungsantrag als Minus im Leistungsantrag enthalten ist<sup>224</sup>. Im Deutschen Recht wird jedoch allgemein vertreten, dass aufgrund des weiteren Rechtsschutzziels der später erhobenen Leistungsklage das Rechtsschutzbedürfnis der früher erhobenen negativen Feststellungsklage spätestens dann nachträglich entfällt, wenn die

---

<sup>219</sup>EuGH, Urteil v. 08.12.1987, Rs. 144/86 Slg. 1987, 4861, 4874 Rn. 11 (*Maschinenfabrik Gubisch KG ./.* *Guilio Palumbo*); EuGH v. 06.12.1994 Rs. C-406/92 Slg. 1994, I-5439, 5460 ff. (The owners of the cargo lately laden on board the ship *Tatry*/The owners of the ship *Maciej Rataj*) zu Art. 21 EuGVÜ; *Schlösser/Hess*, EU-ZPR Art. 29 EuGVVO Rn. 2. Vgl. zur Kritik an der Rechtsprechung des EuGH, *Tsikrikas*, FS Leipold, S. 351, 354.

<sup>220</sup>St. Rspr. BGH NJW 2002, 1503; 2003, 2317, 2318; HK-ZPO/*Saenger*, Einf. Rn. 101; Rosenberg/Schwab/*Gottwald*, § 92 Rn. 10. Auch die Vertreter der Gegenansicht, die einen eingliedrigen Streitgegenstandsbegriff, bei dem der Klageantrag das maßgebliche Kriterium ist, befürworten, greifen zur Bestimmung des Klageantrags, bzw. zu dessen Auslegung, auf den Lebenssachverhalt zurück, so dass der praktische Unterschied gering ist, vgl. Rosenberg/Schwab/*Gottwald*, § 92 Rn. 12 f.

<sup>221</sup>HK-ZPO/*Saenger*, § 256 Rn. 22.

<sup>222</sup>BGH NJW 1987, 2680, 2681 weist auf die Ausnahme hin, dass der Feststellungsrechtsstreit entscheidungsreif ist, der Leistungsrechtsstreit jedoch nicht.

<sup>223</sup>HK-ZPO/*Saenger*, § 261 Rn. 19.

<sup>224</sup>BGH NJW 1989, 2064 f.

Leistungsklage nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann<sup>225</sup>. Im Deutschen Recht geht die Leistungsklage also unabhängig davon, wann sie erhoben wurde, einer negativen Feststellungsklage vor. Ein Torpedo ist insofern nicht möglich.

Der EuGH<sup>226</sup> bedient sich eines (nur augenscheinlich) ähnlichen Streitgegenstandsbegriffs<sup>227</sup>. Zur Bestimmung des Streitgegenstands ist ebenfalls nicht allein der konkrete Antrag maßgeblich. Vielmehr bedient der EuGH sich bei der Bestimmung des Begriffs desselben Anspruchs i.S.d. Art. 29 Brüssel Ia-VO der sog. Kernpunkttheorie<sup>228</sup>.

Klagen wegen desselben Anspruchs sind alle Klagen, die *im Kern* auf dasselbe Rechtsschutzbegehren gerichtet sind und denselben Lebenssachverhalt betreffen<sup>229</sup>. Zu erwähnen ist dazu, dass – neben der Tatsache, dass die erforderliche aber ausreichende Übereinstimmung *im Kern* bereits genügend Möglichkeiten zur Einzelfallabwägung durch das Gericht eröffnet – der Begriff des einheitlichen Lebenssachverhalts (zusätzlich) weit verstanden wird<sup>230</sup>.

Dieses Verständnis des EuGH ist weiter gefasst als das autonome Deutsche und macht die Torpedoklagen erst möglich. Denn nach diesem Verständnis des EuGH betreffen Leistungsklage und negative Feststellungsklage zunächst denselben Streitgegenstand. Weiterhin fehlt – anders als im deutschen Zivilprozessrecht<sup>231</sup> – einer negativen Feststellungsklage nicht das Feststellungsinteresse bei Erhebung der Leistungsklage.

---

<sup>225</sup>Weit überwiegende Ansicht BGH NJW 1973, 1500; HK-ZPO/Saenger, § 256 Rn. 22; Zöller/Greger, ZPO § 256 Rn. 7d; Jauernig/Hess, ZPR, § 35 Rn. 21.

<sup>226</sup>EuGH, Urteil v. 08.12.1987, RS 144/86 Slg. 1987, 4861, 4871 ff. (*Maschinenfabrik Gubisch KG ./ Giulio Palumbo*); EuGH v. 06.12.1994 Rs. C-406/92 Slg. 1994, I-5439, 5460 ff. (The owners of the cargo lately laden on board the ship Tatry/ The owners of the ship Maciej Rataj) zu Art. 21 EuGVÜ.

<sup>227</sup>Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 92 Rn. 19.

<sup>228</sup>Geimer/Schütze, EUZVR Art. 27 EuGVVO, Rn. 30 ff.; Schlosser, EU-ZPR Art. 29 EuGVVO Rn. 2, 4. Vgl. zu den Problemen die die Kernpunkttheorie aufwirft, Tsirikas, FS Leopold, S. 351, 354 ff.

<sup>229</sup>Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 92 Rn. 12 f.

<sup>230</sup>Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 92 Rn. 19; zur Kasuistik der im Kern gleichen Ansprüche vgl. Geimer/Schütze EUZVR Art. 27 EuGVVO, Rn. 33 ff.

<sup>231</sup>H.M. BGH NJW 1989, 2064; 1994, 3107, 3108; HK-ZPO/Saenger, § 256 Rn. 22; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 90 Rn. 27 jeweils mit Nachweisen zu anderen Ansichten.

Unter einem Torpedo wird also eine negative Feststellungsklage, bzw. eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Schutzrechts, verstanden<sup>232</sup>. Diese wird, um den größtmöglichen Effekt zu erzielen, in einem Land mit - aus welchem Grund auch immer - langsam arbeitenden Gerichten eingelegt<sup>233</sup>. Dabei kommt es gerade *nicht* darauf an, ob das Gericht doch möglicherweise zuständig sein könnte<sup>234</sup>. Es reicht schon die Einlegung der Klage bei einem offensichtlich unzuständigen Gericht<sup>235</sup>, so lange es nur lange genug braucht, um über die eigene Zuständigkeit zu entscheiden<sup>236</sup>. Die Torpedoklage wird dabei vor allem im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und dabei insbesondere bei den mit einer nur begrenzten Gültigkeit versehenen technischen Schutzrechten – also Patenten und Gebrauchsmustern – als Prozesstaktik verwendet<sup>237</sup>. Die im gewerblichen Rechtsschutz in der Regel begehrte – weil effektivste – Rechtsschutzmöglichkeit der Unterlassungsklage läuft ins Leere und ist nutzlos, wenn die Schutzdauer<sup>238</sup> des betreffenden Schutzrechts abgelaufen ist<sup>239</sup>.

---

<sup>232</sup> *Leitzen*, GRURInt 2004, 1010; *Jandoli*, IIC 2000, 783, 788ff.; *Sujecki*, GRURInt 2012, 18 f.

<sup>233</sup> *Sujecki*, GRURInt 2012, 18.

<sup>234</sup> Im Falle Italiens hat der *Corte di Cassazione* bereits festgestellt, dass der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gem. Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ im Falle einer negativen Feststellungsklage nicht einschlägig ist, vgl. *Corte di Cassazione* GRURInt. 2005, 264. Diese Entscheidung hat aber deswegen in der Realität wenig Bedeutung, da italienische Gerichte bereits bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Zuständigkeit durchaus mehrere Jahre benötigen können. Vgl. auch *Kühnen*, Hdb. der Patentverletzung, E Rn. 106. Anders sieht der EuGH in seinem Urteil vom 25.10.2012 Rs. C-133/11 (*Folien Fischer AG, Fofitec AG ./ Ritrama SpA*) zitiert nach <http://curia.europa.eu> die Anwendbarkeit des Art. 5 Nr. 3 EuGVO (alt) / Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO auf die Torpedoklage. Er hält Art. 5 Nr. 3 EuGVO (alt) / Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO für anwendbar.

<sup>235</sup> Vgl. den Sachverhalt der Entscheidung des LG Düsseldorf; GRUR-RR 2016, 229 ff.: Dort konnte nachgewiesen werden, dass die Klägerin bereits eine entsprechende die Zuständigkeit des angerufenen „Torpedo“-Gerichts Tribunale in Napoli negierende Entscheidung in einem Rechtsstreit gegen eine andere Beklagte erhalten hatte, also positiv wusste, dass sich das Gericht nicht für zuständig erachten würde, aber trotzdem die Torpedoklage einreichte.

<sup>236</sup> *Kühnen*, Hdb. der Patentverletzung, E Rn. 106; *McGuire*, ZfRV 2005, 82, 87. Diesen Umstand erkennt, *Sujecki*, GRURInt 2012, 18, 23 wenn er die Möglichkeit den Deliktgerichtsstand des Art. 5 Nr. 3 EuGVO (alt) / Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO *nicht* auf negative Feststellungsklage anzuwenden als Lösungsmöglichkeit der Torpedoklageproblematik bezeichnet. Abgesehen davon, dass der EuGH in seinem Urteil vom 25.10.2012 Rs. C-133/11 (*Folien Fischer AG, Fofitec AG ./ Ritrama SpA*) zitiert nach <http://curia.europa.eu>, entschieden hat, dass der Deliktgerichtsstand des Art. 5 Nr. 3 EuGVO (alt) / Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO auch auf die negative Feststellungsklage Anwendung findet, ist es bemerkenswert, dass *Sujecki* die Entscheidung ausdrücklich begrüßt (*Sujecki*, EuZW 2012, 952, 953), während er vorher das Gegenteil befürwortete.

<sup>237</sup> *McGuire*, ZfRV 2005, 82, 87; zu den prozesstaktischen Erwägungen im Bereich des Patentrechts vgl. z.B. *Kühnen*, Hdb. der Patentverletzung, E Rn. 88; *Tilmann/v. Falck*, GRUR 2000, 579, 583 ff. Die Motive, die hinter dieser Vorgehensweise stehen stellt *Schmehl*, S. 214 f. dar.

<sup>238</sup> Die kürzeste Schutzrechtsdauer hat das nicht eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster mit drei Jahren, Art. 11 GGV. Die Schutzrechtsdauer beträgt zehn Jahre bei Gebrauchsmustern (vgl. § 23 GebrauchsmusterG), 20 Jahre bei Patenten (vgl. § 16 PatG), maximal 25 Jahre bei eingetragenen Designs (vgl. §§ 27, 28 DesignG) und bei dem eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmuster (vgl. Art. 12 GGV).

<sup>239</sup> *Kühnen*, Hdb. der Patentverletzung, E Rn. 88; *McGuire*, ZfRV 2005, 82, 87.

Streng genommen wird mit der Torpedoklage ein Phänomen mit verschiedenen Ausformungen bezeichnet<sup>240</sup>.

Der „klassische“ Torpedo<sup>241</sup> ist die Erhebung der negativen Feststellungsklage durch den Verletzer eines gewerblichen Schutzrechts, insbesondere eines Patents<sup>242</sup>, um der drohenden Verletzungsklage des Rechtsinhabers zuvorzukommen.

Die Entscheidung *GAT* des EuGH<sup>243</sup> hat eine weitere Variante der Torpedoklage<sup>244</sup> ermöglicht: Der EuGH hat festgestellt, dass es unerheblich sei, ob die Gültigkeit eines gewerblichen Schutzrechts klageweise oder einredeweise geltend gemacht wird<sup>245</sup>. Das bedeutet für die Partei, gegen die an Ihrem Sitz (Art. 4 Abs. 1 Brüssel Ia-VO) eine Verletzungsklage wegen Verletzung mehrerer nationaler Teile eines europäischen Patents geklagt wird, dass sie die ursprünglich vom Kläger beabsichtigte und in der Sache sinnvolle Konzentration wegen mehrerer in der Regel gleichartiger Verletzungshandlungen umgehen kann, indem sie schlicht die Einrede erhebt, das angegriffene gewerbliche Schutzrecht sei nichtig<sup>246</sup>. Dann greift die ausschließliche Zuständigkeit aus Art. 24 Nr. 4 Brüssel Ia-VO am Ort der Registerführung und die ursprünglich

---

<sup>240</sup> Vgl. z.B. *Grothe*, IPRax 2004, 83 ff., den Fall der Klageerhebung vor dem *Verwaltungsgericht*, um in den Genuss der Rechtshängigkeit durch Anhängigkeit im Gegensatz zum Zivilprozess zu kommen. Dies ist im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO jedoch nicht notwendig, da der Begriff der Rechtshängigkeit dort in Art. 32 Brüssel Ia-VO geregelt ist. Vgl. auch *Haertel*, GRUR-RR 2009, 372 zu einer weiteren Variante. *Thole* ZIP 2012, 605 ff. untersucht, ob der „Insolvenztorpedo“ im Geltungsbereich der EuInsVO anzuerkennen ist und kommt zu dem Ergebnis, dass dies zumindest im Hinblick auf Annexverfahren zwar nicht schlechthin ausgeschlossen sei (*Thole* ZIP 2012, 605, 610), jedoch wegen der fehlenden Litispendenzsperre in der EuInsVO keine Torpedokonstellation möglich sei (*Thole* ZIP 2012, 605, 612 f.).

<sup>241</sup> Vgl. zu den Merkmalen einer Torpedoklage im Einzelnen *Carl*, S. 50 ff., der richtigerweise darauf hinweist, dass die Torpedoklage nicht zwingend eine negative Feststellungsklage sein muss (*Carl*, S. 53 f.).

<sup>242</sup> *Leitzen*, GRURInt 2004, 1010, 1011.

<sup>243</sup> EuGH v. 13.07.2006 Rs. C-4/03 Slg. 2006, I-6509, 6523 (*Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG./Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG*).

<sup>244</sup> *Adolphsen*, GS Konuralp, S. 1, 8 ff.: „Super Torpedo“.

<sup>245</sup> *Adolphsen*, GS Konuralp, S. 1, 15 ff. mit Kritik zu der Entscheidung des EuGH.

<sup>246</sup> Besonders bemerkenswert ist dabei, dass diese Einrede der Nichtigkeit des Patents in Deutschland, wo die überwiegende Mehrzahl der Patentverletzungsklagen in Europa durchgeführt werden, nach deutschem Verständnis nicht zu beachten ist, da das Deutsche Recht streng zwischen Verletzung und Gültigkeit des Patents trennt (vgl. § 81 ff. PatG einerseits und §§ 139, 143 PatG andererseits). Vgl. dazu *Adolphsen*, GS Konuralp, S. 1, 10 f.

zulässige Klage wird unzulässig<sup>247</sup>. Das ursprünglich angerufene Gericht hat sich für unzuständig zu erklären<sup>248</sup>.

Im Kern geht es jedoch – jedenfalls in Bezug auf diese Untersuchung - immer um dasselbe Problem, nämlich die rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der prozessualen Gestaltungen zum Schaden<sup>249</sup> der anderen Partei, indem der Prozess verzögert oder gar verschleppt wird.

## II. Standpunkt des EuGH

Der EuGH hat in seinen beiden Urteilen *Gasser*<sup>250</sup> und *Turner*<sup>251</sup> zu eben dieser Konstellation der Torpedo-Klage Stellung bezogen.

Den Urteilen lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Im Fall *Gasser* zwischen einer österreichischen und einer italienischen Firma ging es um eine durch die italienische Firma in Italien erhobene Feststellungsklage, die darauf gerichtet war, festzustellen, dass der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag aufgehoben sei, bzw. dass seitens der Klägerin keine Nichterfüllung des Vertrags vorliege. Das Verfahren über die später in Österreich von den Österreichern erhobene Klage auf Leistung wurde dabei sowohl in der ersten als auch in der zweiten Instanz gem. Art. 21 EuGVÜ ausgesetzt und schließlich wurde das Verfahren dem EuGH vorgelegt. Die Vorlagefrage lautete dabei zusammengefasst<sup>252</sup>, ob eine unvertretbare – vom Verhalten der Parteien unabhängig – lange Verfahrensdauer, die zu erheblichen Nachteilen einer Partei führen könne, es rechtfertige von der Anwendung des Art. 21 EuGVÜ abzusehen.

---

<sup>247</sup> *Schlosser*, EU-ZPR, Art. 29 Rn. 4 d bezeichnet diesen Zustand als „unhaltbar“.

<sup>248</sup> EuGH v. 13.07.2006 Rs. C-4/03 Slg. 2006, I-6509, 6523, 6531 (*Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG./Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG*) Rn. 24.

<sup>249</sup> Der Schaden kann sich dabei aus verschiedenen Gesichtspunkten ergeben, vgl. *Schmehl*, S. 214 ff. So kann die Verjährungsfrist ablaufen, Vermögen kann verlagert werden, Gesellschaften können liquidiert werden, etc.

<sup>250</sup> EuGH v. 09.12.2003 Rs. C-116/02, Slg. 2003, I-14693, 14721 ff. (*Erich Gasser GmbH./MISAT Srl.*).

<sup>251</sup> EuGH v. 27.04.2004, Rs. 159/02, Slg. 2004, I-3565, 3578 ff. (*Gregory Paul Turner./Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd und Changepoint SA*).

<sup>252</sup> Soweit für die Bearbeitung von Interesse.



In dem Verfahren *Turner*<sup>253</sup> spitzte sich die Frage sogar deutlicher zu. Dort ging es zwar nicht um eine Feststellungsklage, sondern um ein Prozessführungsverbot, eine anti suit injunction nach Englischem Recht. Die Fragestellung war aber insofern vergleichbar, als dass es um die Möglichkeiten des Zweitgerichts ging, trotz eines rechtshängigen Verfahrens vor dem Erstgericht, eine Entscheidung zu treffen. Dabei war die Vorlagefrage zugespitzter als in der Entscheidung *Gasser*. Denn es ging ausdrücklich darum, die behindernde Vorgehensweise zuzulassen. Es stand ausdrücklich ein Verfahrensmissbrauch in Form eines Verstoßes gegen Treu und Glauben in Rede und der Zweck des Erstverfahrens war die Behinderung des Verfahrens in dem Zweitstaat<sup>254</sup>. Es ging also bereits nach der Fragestellung nur um den Verfahrens- und damit Rechtsmissbrauch der Blockadewirkung des Art. 21 EuGVÜ.

Der EuGH führte dabei in beiden Entscheidungen unmissverständlich aus, dass die Sperre des Art. 29 Brüssel Ia-VO (bzw. Art. 21 EuGVÜ) strikt zu beachten sei. Ausnahmen ließen sich mit Zweck und Systematik des EuGVÜ nicht vereinbaren<sup>255</sup>. Das EuGVÜ enthalte keine Bestimmung, wonach die unverhältnismäßig lange Verfahrensdauer zur Nichtanwendung der Sperre führe<sup>256</sup>. Zudem verstoße es gegen das gegenseitige Vertrauen in die Rechtssysteme und Rechtspflegeorgane der Mitgliedsstaaten untereinander<sup>257</sup>, wenn die lange Verfahrensdauer zu einer Nichtanwendung führe. Schließlich gebiete es das Gebot der Rechtssicherheit, dass das zuständige Gericht zweifelsfrei bestimmt werden könne<sup>258</sup>.

### III. Literaturansichten

Die Entscheidungen sind auf Zustimmung und auf Ablehnung gestoßen.

---

<sup>253</sup> EuGH v. 27.04.2004, Rs. 159/02, Slg. 2004, I-3565, 3578, 3586 (*Gregory Paul Turner./Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd und Changepoint SA*) Rn. 19.

<sup>254</sup> EuGH v. 27.04.2004, Rs. 159/02, Slg. 2004, I-3565, 3578, 3587 (*Gregory Paul Turner./Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd und Changepoint SA*) Rn. 21.

<sup>255</sup> EuGH v. 09.12.2003 Rs. C-116/02, Slg. 2003, I-14693, 14721, 14746 (*Erich Gasser GmbH./MISAT Srl.*) Rn. 70; EuGH v. 27.04.2004, Rs. 159/02, Slg. 2004, I-3565, 3578, 3588 (*Gregory Paul Turner./Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd und Changepoint SA*) Rn. 27.

<sup>256</sup> EuGH v. 09.12.2003 Rs. C-116/02, Slg. 2003, I-14693, 14721, 14746 (*Erich Gasser GmbH./MISAT Srl.*) Rn. 71.

<sup>257</sup> EuGH v. 09.12.2003 Rs. C-116/02, Slg. 2003, I-14693, 14721, 14476 (*Erich Gasser GmbH./MISAT Srl.*) Rn. 72; EuGH v. 27.04.2004, Rs. 159/02, Slg. 2004, I-3565, 3578, 3588 f. (*Gregory Paul Turner ./Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd und Changepoint SA*) Rn. 25, 28.

<sup>258</sup> EuGH v. 09.12.2003 Rs. C-116/02, Slg. 2003, I-14693, 14721, 14476 (*Erich Gasser GmbH./MISAT Srl.*) Rn. 72.



## 1. Zustimmende Stimmen

Die Entscheidung ist zum Teil auf deutliche Zustimmung gestoßen<sup>259</sup>. Das Prinzip der Rechtssicherheit habe im Europäischen Zuständigkeitsrecht Vorrang vor dem Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit<sup>260</sup>. Eine Ausnahme von der Sperrwirkung des Art. 29 Brüssel Ia-VO sei selbst in den Fällen der Prozessverschleppung nicht zu machen<sup>261</sup>. Dem Gericht eines Mitgliedsstaats – nämlich des Zweitstaats – sei es wegen der Prämisse der Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen untersagt, das Gericht eines anderen Mitgliedsstaats, das Erstgericht, über das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs zu „belehren“<sup>262</sup>. In der Europäischen Union könne darauf vertraut werden, dass „*jeder Staat einen vor seinen Gerichten begangenen Rechtsmissbrauch selbst erkennt und ahndet*“<sup>263</sup>.

Die Partei, die Opfer des Rechtsmissbrauchs sei, sei nicht rechtlos gestellt, denn ihr stünde neben den im Erststaat vorgesehenen Rechtsbehelfen auch die Möglichkeit der Anrufung des EGMR zur Seite<sup>264</sup>. Art. 29 Brüssel Ia-VO sichere die Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit einer Entscheidung durch eine klare Kompetenzverteilung zugunsten des erstangerufenen Gerichts, was nicht durch eine wertende Beurteilung im Nachhinein in Frage gestellt werden dürfe<sup>265</sup>.

## 2. Ablehnende Stimmen/Einschränkung des Art. 29 Brüssel Ia-VO

Andere wollen gegen das Rechtsmissbrauchspotential<sup>266</sup>, das die Torpedokonstellation biete, vorgehen<sup>267</sup>.

*Wagner*<sup>268</sup> sieht zwar Handlungsbedarf, führt jedoch aus, dass sich die Relativierung der Rechtshängigkeitssperre nur dann einführen und anwenden lasse,

---

<sup>259</sup> *Kropholler/v. Hein*, EuZPR Art. 27 EuGVO Rn. 21; *Thiele*, RIW 2004, 285, 287 f.

<sup>260</sup> *Thiele*, RIW 2004, 285, 287 f.

<sup>261</sup> *Kropholler/v. Hein*, EuZPR Art. 27 EuGVO Rn. 21 Fn. 63; *Thiele*, RIW 2004, 285, 288 f.

<sup>262</sup> *Thiele*, RIW 2004, 285, 288.

<sup>263</sup> *Thiele*, RIW 2004, 285, 288.

<sup>264</sup> *Kropholler/v. Hein*, EuZPR Art. 27 EuGVO Rn. 21; *Thiele*, RIW 2004, 285, 288.

<sup>265</sup> *Kropholler/v. Hein*, EuZPR Art. 27 EuGVO Rn. 21.

<sup>266</sup> *Stein/Jonas/Wagner*, Art. 27 EuGVVO Rn. 45 spricht von „perversen Anreizen“.

<sup>267</sup> *Geimer/Schütze*, EuZPR Art. 27 Rn. 58; *Kühnen*, Hdb. der Patentverletzung, E Rn. 102; *Tichý*, FS Martiny, S. 860; *Carl*, S. 190 ff., der jedoch eingesteht, dass es unter Zugrundelegung der Gesichtspunkte, die der EuGH festgestellt hat, fast unmöglich sein dürfte, sich insofern auf den Rechtsmissbrauch zu berufen. *Carl* stellt auf S. 167 ff. die verschiedenen Ansätze dar, wie man gegen eine Torpedoklage vorgehen könnte.

wenn sichergestellt sei, dass eine entsprechende gerichtliche Entscheidung auf klaren und vorhersehbaren Kriterien fuße<sup>269</sup>. Er sieht diese Kriterien (einzig) dann als erfüllt an, wenn einzelnen Mitgliedsstaaten attestiert werde, dass ihre Verfahren immer zu lange dauerten<sup>270</sup>. Es sei dem EuGH nicht zuzumuten, diese möglicherweise zutreffende Entscheidung zu treffen<sup>271</sup>. Aus diesem Grund spricht er sich im Ergebnis trotz des Rechtsmissbrauchspotentials<sup>272</sup> gegen ein Vorgehen aus.

Ein Weg, der zur Bekämpfung der Torpedokonstellation angewandt werden soll, ist die teleologische Reduktion des Art 29 Brüssel Ia-VO<sup>273</sup>. Andere wollen sich auf das Verbot unzulässiger Rechtsausübung stützen<sup>274</sup>. Die Entscheidung *Gasser* spreche nicht gegen die Nichtanwendung des Art. 29 Brüssel Ia-VO, weil diese sich mit einem vermögensrechtlichen Anspruch und nicht mit einem zeitlich begrenzten Ausschließlichkeitsrecht beschäftige, die Konstellationen also nicht zu vergleichen seien<sup>275</sup>. Ein Anknüpfungspunkt für den Rechtsmissbrauch können die Feststellungen des Zweitgerichts sein, wonach *inzwischen* das Gericht eine unverhältnismäßig lange Zeit gebraucht habe, um über die eigene Zuständigkeit zu entscheiden<sup>276</sup>.

#### IV. Einordnung als Rechtsmissbrauch

In der Literatur wird die Konstellation der Torpedoklage häufig als rechtsmissbräuchlich gebrandmarkt, ohne dass eine Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchs erfolgt<sup>277</sup> oder auch nur eine Begründung für die Annahme der Rechtsmissbräuchlichkeit gegeben wird.

---

<sup>268</sup>Stein/Jonas/Wagner, Art. 27 EuGVVO Rn. 45 ff.

<sup>269</sup>Stein/Jonas/Wagner, Art. 27 EuGVVO Rn. 49.

<sup>270</sup>Stein/Jonas/Wagner, Art. 27 EuGVVO Rn. 49.

<sup>271</sup>Stein/Jonas/Wagner, Art. 27 EuGVVO Rn. 49.

<sup>272</sup>Vgl. sein Zitat oben Fn. 266.

<sup>273</sup>Siehe dazu unten, S. 153.

<sup>274</sup>*Kühnen*, Hdb. der Patentverletzung, E Rn. 102 unter Verweis auf das LG Düsseldorf, InstGE 3, 8 – Cholesterintest.

<sup>275</sup>*Kühnen*, Hdb. der Patentverletzung, E Rn. 102.

<sup>276</sup>*Kühnen*, Hdb. der Patentverletzung, E Rn. 102.

<sup>277</sup>*Kühnen*, Hdb. der Patentverletzung, E Rn. 102; *Pitz*, Patentverletzungsverfahren, Rn. 245 a; *Linke/Hau*, IZVR Rn. 7.13; *Grothe*, IPRax 2004, 205 f. Nur kurz geht z.B. *Grothe*, IPRax 2004, 83, 86 ff. auf eine „Abwägung analog § 242 BGB“ und auf die „umgangene“ Bestimmung des Art. 21 EuGVÜ ein. *McGuire*, ZfRV 2005, 82, 87 macht den Rechtsmissbrauch anhand des mit der Erhebung der negativen Feststellungsklage verfolgten *Ziels*, das primär darauf gerichtet sei, den Rechtsschutz des Gegners zu blockieren, fest. Ebenso *Mayr*, EuZPR, Rn. III/11.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Subsumtion dieses Sachverhalts unter den Begriff des Rechtsmissbrauchs weniger selbstverständlich gelingt, als in den beiden anderen untersuchten Konstellationen des möglichen Rechtsmissbrauchs. Trotzdem gelingt sie. Denn obwohl es sich bei der hier beschriebenen Konstellation nicht um ein „Recht“ im Sinne einer subjektiven Rechtsposition handelt, ist sie einer solchen gleichzustellen. Denn die erhobene Torpedoklage vermittelt eine *faktische* Sperrposition gegenüber allen anderen Klagen. Diese Sperrposition entfaltet ähnlich starke Wirkung wie ein subjektives Recht. Rechtsmissbrauch erfasst alle Arten von günstigen Rechtslagen oder – positionen<sup>278</sup>. Zudem kann die Sperrposition missbraucht werden und wird auch missbraucht. Es besteht also ein Bedürfnis für ein Tätigwerden. Letzteres allein rechtfertigt die Einordnung als Rechtsmissbrauch jedoch noch nicht.

Dass im Hinblick auf die oben dargestellte Problematik Handlungsbedarf besteht, ergibt sich auch bereits aus Frage 4 des Grünbuchs über die Überprüfung der VO (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen<sup>279</sup>. In dem entsprechenden Abschnitt des Grünbuchs wird die Aussetzung der Rechtshängigkeitsregel für negative Feststellungsklagen ausdrücklich vorgeschlagen<sup>280</sup>. Ein gewisses Problembewusstsein existiert also auch auf europäischer Ebene bei der Kommission. Dies allein spricht bereits dafür, dass diese Konstellation zumindest pathologisch ist.

*Carl* spricht sich dagegen aus, in den Fällen der Torpedoklage zwingend einen Fall des Rechtsmissbrauchs anzunehmen<sup>281</sup>. *Carl* führt aus, dass ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Torpedoklägers dann (nur dann?) nahe liegt, wenn gegen eine zwischen den Parteien geschlossene Gerichtsstandsvereinbarung verstoßen wird<sup>282</sup>. Er stellt darauf ab, dass die Torpedoklage ihre Wirkung auch ohne doloses Verhalten des Torpedoklägers entfalten könne<sup>283</sup>. Er sieht das Hauptproblem der Torpedoklage weniger in dem Verhalten des Tor-

---

<sup>278</sup>MüKoBGB/Schubert, § 242 Rn. 203.

<sup>279</sup>KOM(2009), 175 endg.

<sup>280</sup>Dazu, ob Abhilfe geschaffen wurde, siehe unten, S. 162 ff.

<sup>281</sup>*Carl*, S. 61 f. Unklar *Schmehl*, S. 216. Wobei *Schmehl*, S. 349 wohl von einem Rechtsmissbrauch ausgeht.

<sup>282</sup>*Carl*, S. 61. *Carl* selbst bezeichnet die Wahl eines offensichtlich unzuständigen aber langsamen Gerichts als Umstand, der die Torpedoklagen „als rechtsmissbräuchlich erscheinen lasse[n]“ (*Carl*, S. 73).

<sup>283</sup>*Carl*, S. 61.

pedoklägers als in der Rechtsschutzbeeinträchtigung des Torpedobeklagten<sup>284</sup>. *Carl* hält es für „nicht unproblematisch, das Ausnutzen einer gegebenen Zuständigkeit als rechtsmissbräuchlich zu stigmatisieren“<sup>285</sup>. Weiterhin beruft sich *Carl* auf praktische Schwierigkeiten, ein Verfahren im *Vorhinein* als überlang einzustufen<sup>286</sup>.

Dem ist zunächst entgegen zuhalten, dass es nach der hier vertretenen Ansicht nicht darum geht, die Entscheidung für die Wahl einer an sich bestehenden Zuständigkeit zu bewerten, sondern dass es nach dem hier vertretenen Ansatz darum geht, den *reinen* Blockadefällen einen Riegel vorzuschieben.

*Carls* Hinweis auf die Beweisschwierigkeiten bei der Feststellung der überlangen Verfahrensdauer im *Vorhinein* kann mit dem Erfordernis eines subjektiven Tatbestandsmerkmals für den Rechtsmissbrauch begegnet werden. Die entstehenden Probleme bei der Feststellung eines subjektiven Tatbestandsmerkmals durch den Richter sind bekannt, es existieren jedoch durchaus Lösungen, wie zum Beispiel die Möglichkeit des Rückgriffs auf Indizien. Im Übrigen ist es bereits im wohlverstandenen Interesse aller Beteiligten, wenn der Rechtsmissbrauch seinen Charakter als Ausnahme für krasse Fälle bewahrt, was sich auch in einer faktisch erschwerten Beweisführung widerspiegeln kann.

Problematisch bei der Ansicht *Carls*, auch nicht rechtsmissbräuchliche Torpedoklagen zu erfassen<sup>287</sup> und gegebenenfalls dagegen vorzugehen, ist, dass dies teilweise, zumindest dem Kläger eines *nicht beabsichtigten* Torpedos, die Langsamkeit der Gerichts ohne Weiteres<sup>288</sup> zurechnet. Zwar ist es ggf. unglücklich, wenn der Beklagte vor einen sehr langsamen Richter<sup>289</sup> gerät und damit ggf. seine eigenen Ansprüche wegen der Sperrwirkung nicht oder nur unzureichend durchsetzen kann. Es ist jedoch problematisch, dass dem Kläger die Instrumentarien, die gegen die Torpedoklagen wirken sollen, zu *dessen*

---

<sup>284</sup> *Carl*, S. 61.

<sup>285</sup> *Carl*, S. 61.

<sup>286</sup> *Carl*, S. 61. Auch *Schmehl*, S. 216, sowie S. 349 deutet auf Beweisschwierigkeiten im Hinblick auf die Motive hin.

<sup>287</sup> *Carl*, S. 74 f.

<sup>288</sup> Vgl. *Carls* Definition des Torpedos, S. 50 ff., in der maßgeblich auf eine unzumutbare Verfahrensverzögerung abgestellt wird.

<sup>289</sup> Nach der Definition *Carls* (S. 65 f.) kann auch ein langsamer einzelner Richter die Torpedoproblematik auslösen, ohne dass der Kläger darauf Einfluss hätte, weil z.B. die Geschäftsverteilung des Gerichts sich geändert hätte.

*Nachteil* entgegenzuhalten. Denn dann würde es von bloßen Zufälligkeiten – im Extremfall von dem Gesundheitszustands eines einzelnen sachbearbeitenden Richters – abhängen, ob eine regulär und ohne Verzögerungsabsicht oder auch nur ohne die Verwirklichung von Fahrlässigkeit oder einem anderem Zurechnungskriterium eingelegte negative Feststellungsklage plötzlich zu einer Torpedoklage würde. Insbesondere bliebe unberücksichtigt, dass der Kläger einer negativen Feststellungsklage in dem Fall, in dem er erfolgreich ist, gerade ein Interesse an einer schnellen, für ihn günstigen Entscheidung hat. Ihm trotzdem – nur wegen der Erhebung einer negativen Feststellungsklage – das Risiko zuzuweisen, dass die Klage als Torpedo eingestuft wird, weil das Gericht nicht schnell genug entscheidet, ist nicht interessengerecht.

Der *Missbrauch* eines Rechts ist in dieser Konstellation darin zu sehen, dass eine Klage *gezielt*<sup>290</sup> in einem (im Idealfall für den Torpedokläger) langsamen<sup>291</sup> Forum erhoben wird, zu dem über die Klageerhebung hinaus keine Berührungspunkte bestehen. Die Klage wird dann *ausschließlich* erhoben, um Verletzungsklagen zu blockieren.

Ein Rechtsmissbrauch liegt also dann *nicht* vor, wenn es – lässt man die Blockadewirkung außen vor – Gründe für die Klageerhebung in diesem gewählten Forum gibt. Diese Gründe ergeben sich meist aus Berührungspunkten mit dem Forum. Diese Berührungspunkte können dabei noch so schwach ausgeprägt sein, weil es *nicht* um eine Vorprüfung der Zulässigkeit einer Klage geht, sondern nur darum, missbräuchliche Klagen auszuschließen. Daher ist nicht jede Klage, die als unzulässig – insbesondere wegen fehlender internationaler Zuständigkeit – abzuweisen ist, rechtsmissbräuchlich. Schließlich kann es dem, der eine negative Feststellungsklage erhebt, nicht verwehrt werden, Anstoß für eine Fortbildung des Rechts und eine Rechtsprechungsänderung zu sein. Wenn nun aber z.B. weder ein Italienisches Schutzrecht, noch der Italienische Teil

---

<sup>290</sup> *Schmehl*, S. 342 spricht von „Blockadeabsicht“.

<sup>291</sup> Wobei der Begriff der Langsamkeit relativ ist. Die Zeit, die der Kläger benötigt, kann durchaus variieren. Schon ein relativ kurzer Zeitraum kann in Branchen mit entsprechend kurzen Entwicklungszyklen ausreichen, um einen erheblichen Schaden zu verursachen. Auf den Aspekt der Anspruchsvereitelung weist *Carl*, S. 59 f. hin. Insofern ist es nicht zwingend, die rechtsmissbräuchliche Verzögerung nur dann anzunehmen, wenn ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK vorliegt. Wenn jedoch ein Fall der Überschreitung der angemessenen Dauer eines Gerichtsverfahrens i.S.d. Art. 6 EMRK vorliegt, so ist wohl häufig ein Fall der rechtsmissbräuchlichen Ausnutzung gegeben. Zwingend ist dies jedoch unter Zugrundelegung des hier vertretenen Ansatzes nicht.

eines Europäischen Schutzrechts, noch eine Verletzungshandlung in Italien, noch eine Verbindung des Klägers oder Beklagten zu Italien in Rede steht, welchen Zweck kann eine Erhebung einer negativen Feststellungsklage in Italien haben, als die Ausnutzung der Langsamkeit<sup>292</sup> der italienischen Gerichte? Welchen Zweck kann diese Klage haben, wenn nicht den, solange „weiterzumachen wie bisher“, also weiter das gewerbliche Schutzrecht zu missachten und damit dem Gegner Schaden zuzufügen? Gerade dieser Schadenszufügungszweck, der sogar in extremen Fällen so weit reichen kann<sup>293</sup>, den Gegner in die Insolvenz zu treiben, ist der Grund, in dieser Konstellation von rechtsmissbräuchlichem Verhalten sprechen zu können.

Gerade auf diesen Aspekt muss sich also auch der subjektive Tatbestand erstrecken, nämlich dass ein Schaden entsteht<sup>294</sup>, gerade weil man sich ein sehr langsames Gericht ausgesucht hat, obwohl es dafür keinen nachvollziehbaren Grund gibt und der Gegenseite damit die Geltendmachung eigener, wohl berechtigter, Ansprüche vorenthält<sup>295</sup>.

Dass die Torpedoklage dem Zweck der missbrauchten Norm der Brüssel Ia-VO<sup>296</sup> zuwiderläuft, ergibt sich daraus, dass selbst nach Ansicht der Europäischen Kommission die Torpedoklagen eingedämmt werden müssen<sup>297</sup>.

Im Sinne der oben dargestellten Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs lässt sich der Fall der Torpedoklage entweder als Fall des fehlenden Eigeninteresses oder als Fall der Vereitelung der Rechtsposition – der Möglichkeit der Verletzungsklage - des Gegners begreifen. Es handelt sich bei beiden Fällen um Untergruppen der *exceptio doli praesentis*<sup>298</sup>.

Damit ist auch der Fall der Torpedoklagen ein Fall des Rechtsmissbrauchs.

---

<sup>292</sup>Vgl. dazu die Darstellung von *Carl*, S. 70 f. der Italien als Extrembeispiel aufzeigt.

<sup>293</sup>*Mayr*, EuZPR, Rn. III/11 weist auf die zermürbende Taktik hin, die in der Zustimmung zu einem ungünstigen Vergleich münden soll.

<sup>294</sup>*Tichý*, FS Martiny, S. 860 hält die schädlichen Folgen für „unstreitig“.

<sup>295</sup>Nach *Schmehl*, S. 342 „Blockadeabsicht“.

<sup>296</sup>Richtigerweise weist *Mayr*, EuZPR, Rn. III/13 darauf hin, dass der Zweck des Art. 27 EuGVO (a.F.) nicht in der Blockierung von Leistungsklagen liege.

<sup>297</sup>Siehe oben, Fn. 279.

<sup>298</sup>A.A. wohl Stein/Jonas/*Wagner*, Art. 27 EuGVVO Rn. 47, der eine Lösung über die Kategorie des Rechtsmissbrauchs schlechthin für nicht glücklich hält, weil damit auch die Lehre der *forum conveniens* anerkannt werden müsse.

## C. Gesetzesumgehung am Beispiel des Europäischen Insolvenzrechts

### I. Gesetzesumgehung allgemein

#### 1. Verhältnis Gesetzesumgehung und forum shopping

Zunächst sind die Begrifflichkeiten Gesetzesumgehung und forum shopping zu klären und für diese Untersuchung festzulegen. Die Unsicherheiten auf diesem Gebiet folgen daraus, dass die beiden Begriffe teilweise synonym verwendet werden, teilweise nicht.

*Schack* versteht unter forum shopping „das systematische Ausnutzen in mehreren Staaten existierender internationaler Zuständigkeiten um bestimmter rechtlicher oder tatsächlicher Vorteile willen.“<sup>299</sup> Er differenziert streng zwischen dem forum shopping und den Fällen der Simulation, bzw. dem arglistigen Herbeiführen der Tatbestandsvoraussetzungen der zuständigkeitsbegründenden Norm<sup>300</sup>.

Forum shopping ist nach diesem Ansatz das Ausnutzen *bereits bestehender* Wahlmöglichkeiten<sup>301</sup>, die Gesetzesumgehung hingegen das Schaffen neuer Wahlmöglichkeiten<sup>302</sup>. Beim forum Shopping werde also nur unter den verschiedenen konkurrierenden Zuständigkeiten die für den Kläger günstigste gewählt<sup>303</sup>.

Andere bezeichnen mit dem Begriff forum shopping das manipulative Schaffen neuer Anknüpfungspunkte<sup>304</sup>, bzw. die Verlagerung von Rechtsstreitigkeiten oder Vermögen in andere Mitgliedsstaaten, zwecks Verbesserung der eigenen Rechtsstellung<sup>305</sup>. Diese Begrifflichkeit lehnt sich an die hier als Fall der Zu-

---

<sup>299</sup>*Schack*, IZVR, Rn. 251.

<sup>300</sup>*Schack*, IZVR, Rn. 251, 555.

<sup>301</sup>*Splittgerber*, S. 132 f.

<sup>302</sup>Ebenso MüKo/InsO/*Reinhart*, Art. 3 EuInsVO Rn. 53; v.*Bar/Mankowski*, IPR § 5 Rn. 156 f.; *Geimer*, IZPR Rn. 1095 ff.; *Kropholler*, IPR, S. 635 ff.; *Schütze*, DIZPR Rn. 115; *Benecke*, S. 316 f.; *Heneweer*, S. 19 f.

<sup>303</sup>*Kropholler*, IPR, S. 636; *McGuire*, ZfRV 2005, 83, 86 f.

<sup>304</sup>*Jacoby*, GPR 2007, 200, 201; *Schwemmer*, NZI 2009, 355.

<sup>305</sup>Erwägungsgrund 4 der EuInsVO.



ständigkeitserschleichung, bzw. der Gesetzesumgehung (einer Zuständigkeitsnorm), bezeichnete Konstellation an.

In dieser Untersuchung findet der Begriff forum shopping Verwendung im Sinne der erstgenannten herrschenden Ansicht. Das forum shopping, so wie es hier verstanden wird, ist kein Synonym für Zuständigkeitserschleichung<sup>306</sup>, bzw. Gesetzesumgehung. Forum shopping im Internationalen Insolvenzrecht ist dabei ein Phänomen, das mit den Regelungen, insbesondere der EuInsVO, nicht in Einklang zu bringen ist, weil es streng genommen gar nicht auftreten kann<sup>307</sup>. Das forum shopping nach dem hier verwendeten Verständnis setzt zumindest die Möglichkeit voraus, dass konkurrierende Zuständigkeiten bestehen<sup>308</sup>. Denn nur dann ist es möglich, dass der Kläger ein *Wahlrecht* hat. Dies ist in der EuInsVO jedoch nicht vorgesehen<sup>309</sup>.

## 2. Verhältnis zwischen Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung

Im Folgenden ist die Frage zu beantworten, ob die Gesetzesumgehung überhaupt ein Fall des Rechtsmissbrauchs sein kann.

### a. Gegenseitiger Ausschluss von Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch

In der Literatur<sup>310</sup> wird der Rechtsmissbrauch zum Teil sehr streng von der Gesetzesumgehung unterschieden und abgegrenzt<sup>311</sup>.

Dabei gehen einige von einem Exklusivitätsverhältnis zwischen den Phänomenen Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch aus<sup>312</sup>. Der Begriff des (institutionellen) Rechtsmissbrauchs sei schlechthin überflüssig, da sich dahinter kein

---

<sup>306</sup>So auch *Splittgerber*, S. 134 f.

<sup>307</sup>*Heneweer*, S. 19 f.

<sup>308</sup>*Heneweer*, S. 19 f.

<sup>309</sup>*Heneweer*, S. 19 f. Dennoch sind positive Kompetenzkonflikte in der EuInsVO möglich. Dazu und zu deren Lösung siehe *Rauscher/Mäsch*, EuZPR, Art. 3 EG-InsVO Rn. 37 ff.

<sup>310</sup>Auch in der französischen Literatur findet sich eine strikte Trennung, vgl. z.B. *Ferid/Sonnenberger*, Frz. Zivilrecht, Kap. 1 C Rn. 147; vgl. zu fraude *Ghestin/Goubeaux*, Droit Civil, I Nr. 809 ff.

<sup>311</sup>*Teichmann*, S. 76 ff., 105; *Fleischer*, JZ 2003, 865, 870; *Schurig*, FS Ferid, 375, 406; v. *Lackum*, S. 62 ff. unterscheidet zwar Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung, stellt aber institutionellen Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung gleich, letztendlich differenziert er nur zwischen individuellen Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung, vgl. v. *Lackum* S. 64 f. Vgl. für die Schweiz BSK-ZGB I/*Honsell*, Art. 2 Rn. 31.

<sup>312</sup>*Fleischer*, JZ 2003, 865, 870.



über die Auslegung der Norm hinausgehendes Phänomen verberge<sup>313</sup>. Dafür soll die Überlegung sprechen, dass die umgangene Norm entweder nach deren Sinn und Zweck auf das Umgehungsgeschäft anwendbar sei und dann auch Anwendung finde oder dies nicht der Fall und der Sachverhalt der Anwendung der umgangenen Norm entzogen sei<sup>314</sup>. Insofern habe die Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Norm als Lösung für die Fallgruppe der Gesetzesumgehung Vorrang vor der Anwendung einer Rechtsmissbrauchskontrolle<sup>315</sup>.

#### b. Gleichlauf Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung

Andere Stimmen halten die Gesetzesumgehung für einen Unterfall des Rechtsmissbrauchs<sup>316</sup> bzw. halten eine Differenzierung zwischen Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung im IPR für „wenig hilfreich“<sup>317</sup>. Eine pathologische Gesetzesumgehung sei nur dann gegeben, wenn die Umgehung rechtsmissbräuchlich sei<sup>318</sup>.

Die bei der Prüfung der beiden Institute vorzunehmende Gesamtabwägung der Interessen der Betroffenen sei jeweils nicht auf die Berücksichtigung der umgangenen, bzw. missbrauchten, Norm beschränkt, sondern erfordere eine Prüfung der Zwecke der jeweiligen Normen im Kontext der Gesamtrechtsordnung.<sup>319</sup> Beiden Phänomenen gemein ist nach dieser Ansicht also die Gesamtabwägung, die Berücksichtigung aller beteiligten Interessen und die Kontrolle der umgangenen, bzw. missbrauchten, Norm vor dem Hintergrund der Wertungen der Rechtsordnung. Die Phänomene an sich seien aber deswegen zu unterscheiden, weil der Rechtsmissbrauch der Oberbegriff sei, und die Gesetzesumgehung nur ein Fall von mehreren<sup>320</sup>.

---

<sup>313</sup>Teichmann, S. 76 f.

<sup>314</sup>BSK-ZGB I/Honsell, Art. 2 Rn. 31.

<sup>315</sup>BSK-ZGB I/Honsell, Art. 2 Rn. 31.

<sup>316</sup>MüKoInsO/Thole, Art. 3 EuInsVO Rn. 66 ; Rauscher/Mäsch, EuZPR, Art. 26 EG-InsVO Rn. 20; Schotten/Schmellenkamp, das IPR in der notariellen Praxis, § 3 Rn. 54; Coester-Waltjen, FS Lorenz, S. 298, 314 f.; Zimmermann, S. 186. Wohl auch Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 242; V. Hoffmann/Thorn, IPR, § 6 Rn. 123; Reuss, Forum Shopping, S. 211, 221, Engsig Sørensen, CML Rev. 2006, 423, 443.

<sup>317</sup>Benecke, S. 241; Baudenbacher, ZfRV 2008, 205, 216 hält die Gleichbehandlung der Fallgruppen aufgrund der „strukturellen Verwandtschaft“ für „durchaus gerechtfertigt“. Schick, S. 97 hält den Missbrauch und die Gesetzesumgehung für „verwandte“ Begriffe.

<sup>318</sup>V. Hoffmann/Thorn, IPR, § 6 Rn. 123.

<sup>319</sup>Reuss, Forum Shopping, S. 221.

<sup>320</sup>Reuss, Forum Shopping, S. 221.

Jeder Fall der Gesetzesumgehung ist nach dieser Ansicht ein Fall des Rechtsmissbrauchs, aber nicht jeder Fall des Rechtsmissbrauchs eine Gesetzesumgehung.

c. Vermittelnde Ansicht

Andere halten zwar ein gleichzeitiges Vorliegen von Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch für wenig wahrscheinlich, aber denkbar<sup>321</sup>. *Splittgerber* differenziert zwischen Rechtsmissbrauch und Zuständigkeitserschleichung<sup>322</sup>, hält das gleichzeitige Vorliegen von Rechtsmissbrauch und Zuständigkeitserschleichung für möglich, den Umstand allein, dass eine Zuständigkeit erschlichen wurde, jedoch nicht für ausreichend, um den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs zu begründen<sup>323</sup>. Gerade im Fall der Umgehung von Zuständigkeitsnormen werde eine pauschale Wertung dem hinter der umgangenen Norm stehenden *telos* nicht gerecht<sup>324</sup>. Es sei im Einzelfall der *telos* der Zuständigkeitsnorm zu bestimmen und so deren Grenze auszuloten, um anschließend feststellen zu können, ob die Veränderung der Anknüpfungspunkte einen Rechtsmissbrauch begründe oder nicht.<sup>325</sup>

Dabei sei zu berücksichtigen, dass der Fall der Zuständigkeitserschleichung zwangsläufig, das folge bereits aus dem Begriff „Erschleichung“, manipulative Elemente voraussetze<sup>326</sup> und deswegen ein gewisser Vorwurf der „bewussten Beeinflussung und Lenkung“<sup>327</sup> immanent sei.<sup>328</sup> Das Risiko des Rechtsmissbrauchs sei erst dann im erhöhten Maße gegeben - auch wenn ein Fall der Zuständigkeitserschleichung vorliege -, wenn die Entscheidung für die Wahl des konkreten Forums, für das die Anknüpfungspunkte geschaffen werden sollen, von prozessfremden Erwägungen getragen werde und die Anknüpfungspunkte nur schwach ausgeprägt seien.<sup>329</sup>

---

<sup>321</sup> *Schurig*, FS Ferid, 375, 406.

<sup>322</sup> *Splittgerber*, S. 135.

<sup>323</sup> *Splittgerber*, S. 135.

<sup>324</sup> *Splittgerber*, S. 135.

<sup>325</sup> *Splittgerber*, S. 135.

<sup>326</sup> *Splittgerber*, S. 134.

<sup>327</sup> *Splittgerber*, S. 134.

<sup>328</sup> *Splittgerber*, S. 134.

<sup>329</sup> *Splittgerber*, S. 135.

*Splittgerber* geht dabei davon aus, dass die Zuständigkeitserschleichung kein Fall der Gesetzesumgehung sei, da die Rechtsfigur insgesamt überflüssig sei.<sup>330</sup> Letztendlich führt er sowohl den Fall der Zuständigkeitserschleichung als auch den Fall des Rechtsmissbrauchs auf die teleologische Auslegung der Zuständigkeitsnorm und damit die korrekte Rechtsanwendung zurück<sup>331</sup>.

#### d. Stellungnahme

Der zweitgenannten Ansicht ist zu folgen. Die Gesetzesumgehung ist ein Fall des Rechtsmissbrauchs. Dies gilt zumindest in den hier untersuchten Fällen der Gesetzesumgehung im IPR und IZVR.

Eine Aufspaltung der Phänomene wird diesen nicht gerecht. Dies zeigt bereits der Umstand, dass eine Darstellung der Unterscheidung der Phänomene meist nur nebulös bleibt. Die vorgeschlagenen Lösungsansätze gleichen sich: Es wird nach h.M. beim Rechtsmissbrauch eine Bestimmung der Reichweite der Norm vorgeschlagenen, was letztlich nur durch einen Rückgriff auf den telos der Norm zu bewerkstelligen ist. Bei der Gesetzesumgehung wird eine teleologische Auslegung der Norm favorisiert. Letztlich ist also bei beiden Lösungen der Zweck der Norm zu erforschen und in Relation zu dem gefundenen Ergebnis ohne diese Betrachtungsweise zu setzen. Dabei sind - wie *Reuss* zutreffend herausarbeitet - bei beiden Fällen die Rechtsordnung als Ganzes und die zugrunde liegenden Wertungen zu berücksichtigen<sup>332</sup>.

Dem Ansatz *Splittgerbers* ist zuzugeben, dass sich die Phänomene sowohl im Anwendungsbereich als – wie oben gezeigt - auch in den vorgeschlagenen Lösungsansätzen ähneln. Diese Ähnlichkeit in den Lösungsansätzen und damit letztlich der Rechtsfolge, also dem Außerachtlassen einer dem Wortlaut einer Norm nach begründeten Zuständigkeit, rechtfertigt jedoch keine Negierung des Phänomens schlechthin. Begreift man den Fall der Zuständigkeitserschleichung und den Fall der Gesetzesumgehung als Anwendungsfälle des Rechtsmissbrauchsverbots, so haben diese Fälle die Funktion von Fallgruppen, was die

---

<sup>330</sup>*Splittgerber*, S. 217.

<sup>331</sup>*Splittgerber*, S. 217, insbesondere Fn. 992.

<sup>332</sup>*Reuss*, Forum Shopping, S. 221.

Rechtssicherheit in Bezug auf die Feststellung des notwendigerweise offenen Tatbestands erhöht, bzw. erstmalig herstellt.

Nicht überzeugen kann insbesondere, dass das Problem des Rechtsmissbrauchs allein als Frage der teleologischen Auslegung der missbrauchten Norm verstanden und damit die Aussage verbunden wird, mit diesem Ansatz sei das Phänomen, bzw. die Begrifflichkeit, Rechtsmissbrauch überflüssig. Denn die teleologische Auslegung kann nur die Lösung sein, nicht das Mittel zur Identifikation des Problems durch Benennung und Eingrenzung. Zuerst muss zwangsläufig ein Problem identifiziert werden, was mit Hilfe der Anwendung der Begrifflichkeit Rechtsmissbrauch und vor allem den dahinter stehenden Tatbestandsmerkmalen gelingen kann, und erst dann kann man die Frage stellen, wie das Problem einer sachgerechten Lösung zugeführt werden kann.

### 3. Voraussetzung der Gesetzesumgehung

Die Gesetzesumgehung (*fraus legis*) ist streng zu unterscheiden von der Simulation. Bei Letzterer geht es um die *Vortäuschung* von anknüpfungsrelevanten Tatsachen<sup>333</sup>. Die Lösung dieses Problems liegt in der Aufdeckung der Täuschung, bzw. des wahren Sachverhalts<sup>334</sup>, ist also ein Beweisproblem<sup>335</sup>.

Bei der Gesetzesumgehung im IPR und IZVR werden die anknüpfungserheblichen Tatsachen tatsächlich verändert – meist indem der Sachverhalt, der dem Tatbestand einer zuständigkeitsbegründenden Norm unterfällt, künstlich geschaffen wird, um über die gezielte Auswahl des IPR mit den im Einzelfall genehmeren Anknüpfungspunkten die Anwendbarkeit des „günstigeren“ Sachrechts und damit ein bestimmtes materielles Ergebnis zu erreichen.

---

<sup>333</sup>Kropholler, IPR, S. 158 f.

<sup>334</sup>Benecke, S. 239; Eidenmüller, KTS 2009, 137, 147; Hergenröder, DZWIR 2009, 30, 320 bedient sich unglücklicher Begrifflichkeiten, wenn er von (vorgetäuschter) maligner und (tatsächlicher) benigner Sitzverlegung spricht, da Erstere keine Sitzverlegung ist, und damit keine maligne Sitzverlegung sein kann, sondern allenfalls die Vortäuschung einer Sitzverlegung.

<sup>335</sup>A.A. MüKoBGB/Kindler, Art. 26 VO (EG) 1346/2000 Rn. 12, der gegen den Fall der falschen Angaben im Prozess, also der Zuständigkeitserschleichung durch Prozessbetrug, den *ordre public*-Vorbehalt in Stellung bringen will. Auch Nagel/Gottwald, IZPR, § 3 Rn. 414 bezeichnet den Fall der Zuständigkeitserschleichung als die „Grenze“ der Wahl zwischen den Gerichtsständen, wobei er gleichzeitig einschränkend anmerkt, dass es im Hinblick auf die meisten Gerichtsstände „schwer vorstellbar“ sei, wie der Tatbestand arglistig herbeigeführt werden könne. Er schweigt sich dazu aus, wie der Fall gelöst werden soll.

Diese Veränderung der Tatsachen bedeutet bei unbedarfter Betrachtung zunächst nur, dass ein Sachverhalt vorliegt, der den Tatbestand einer (hier Zuständigkeits-) Norm erfüllt. Die eigentlich vorgesehene Rechtsfolge dennoch *nicht* eintreten zu lassen, bedarf besonderer Rechtfertigung. Denn schließlich beruft sich die Partei, der der Vorwurf der Gesetzesumgehung gemacht wird, zunächst nur auf ein ihr zustehendes Recht, bzw. eine ihr zustehende Rechtsposition<sup>336</sup>. Darin ein vorwerfbares Verhalten zu sehen bedarf auch deshalb besonderer Begründung, da es eine Vielzahl von Tatsachen gibt, an die die Zuständigkeit im Einzelfall angeknüpft wird, es also im Regelfall nicht die einzig „richtige“ Zuständigkeit gibt.

Denn auch das Zuständigkeitsrecht kennt Flexibilität und Möglichkeiten der Parteidisposition. Wenn der Tatbestand mehrerer Zuständigkeitsnormen erfüllt ist, besteht zwischen diesen ein Wahlrecht<sup>337</sup>. Zusätzlich besteht sowohl im autonomen Recht als auch im Europäischen Recht die Möglichkeit der Gerichtsstandsvereinbarung<sup>338</sup> und der rügelosen Einlassung<sup>339</sup>, wobei die Voraussetzungen, unter denen Erstere zulässig ist, sich durchaus unterscheiden. D.h. die Parteien haben ein - wenn auch im Einzelfall begrenztes - Recht auf die Zuständigkeit Einfluss zu nehmen. Zwar kennt sowohl das autonome Recht<sup>340</sup> als auch das Europäische Recht ausschließliche Gerichtsstände, d.h. Gerichtsstände, die einer Parteidisposition entzogen sind<sup>341</sup>, jedoch bilden diese erstens die Ausnahme und zweitens lassen sich aus der Existenz ausschließlicher Gerichtsstände keine weiteren Argumente für oder gegen die Zulässigkeit der tatsächlichen Veränderung der Anknüpfungstatsachen schließen, als dass es dem Normgeber der jeweiligen Zuständigkeitsvorschrift unbenommen bleibt und bleiben muss - sei es um den Schutz bestimmter von ihm als schützenswert eingestufte Gruppen oder Personen sicherzustellen, wegen besonderer Sachnähe oder aus sonstigen ordnungspolitischen Gründen - die Zuständigkeitsvorschriften mal mehr, mal weniger disponibel zu gestalten.

---

<sup>336</sup>Vgl. *Mäsch*, IPRax 2005, 509, 513.

<sup>337</sup>Im autonomen Deutschen Recht in § 35 ZPO normiert, im Europäischen Recht folgt dies z.B. aus Art. 4 Abs. 1 Brüssel Ia-VO.

<sup>338</sup>§ 38 ZPO, bzw. Art. 25 Brüssel Ia-VO.

<sup>339</sup>§ 39 ZPO, bzw. Art. 26 Brüssel Ia-VO.

<sup>340</sup>Z.B. § 24 ZPO und alle Gerichtsstände des achten Buches der ZPO, vgl. § 802 ZPO.

<sup>341</sup>Insbesondere Art. 24 Brüssel Ia-VO.

Festzuhalten bleibt jedoch, dass dem Zivilprozessrecht und insbesondere den Zuständigkeitsvorschriften das Konzept der „Flexibilität“ nicht schlechthin fremd ist.

Warum und unter welchen Voraussetzungen es also vor diesem Hintergrund gerechtfertigt ist, einer Partei die Rechtsfolgen einer Norm, deren Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, zu versagen, wird im Folgenden untersucht.

#### 4. Gesetzesumgehung im Deutschen Recht

Ein allgemeiner Tatbestand der Gesetzesumgehung findet sich nicht im Deutschen Recht<sup>342</sup>. Vielmehr sind die Normen, die sich mit Gesetzesumgehung befassen, in den verschiedenen Gesetzen verstreut<sup>343</sup>, im IPR findet sich keine Norm<sup>344</sup>.

Häufig wird in der Literatur vertreten, dass es keinen eigenen Tatbestand der Gesetzesumgehung gebe<sup>345</sup>, da es sich bei dem mit dem Begriff Gesetzesumgehung beschriebenen Problem lediglich um eine Frage der *Gesetzesauslegung* handele<sup>346</sup>. Die Normen im Deutschen Zivilrecht<sup>347</sup>, die sich mit dem Problem der Gesetzesumgehung beschäftigten, seien lediglich „Erweiterungen oder Verdeutlichungen“<sup>348</sup> des konkretisierten Gesetzes und „einer übertriebenen Ängstlichkeit entsprungen“<sup>349</sup>. Durch Auslegung des Gesetzes sei zu ermitteln, ob ein Sachverhalt die Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm erfülle und damit die Rechtsfolgen auslöse oder nicht<sup>350</sup>. Der Inhalt eines Gesetzes werde durch die Auslegung, auch unter Berücksichtigung des *telos* der Norm, bestimmt, soweit dies die „*verba legis*“ ermöglichen<sup>351</sup>. Entweder erreiche das Umgehungsgeschäft den Zweck „Umgehung“ nicht, weil es vom Sinn und Zweck des Gesetzes erfasst werde<sup>352</sup> und das Gesetz also ohne Vorbehalte angewendet werden könne, oder der Tatbestand sei – wegen der entsprechenden

---

<sup>342</sup> Flume, BGB AT, S. 408.

<sup>343</sup> Beispiele bei Benecke, S. 54 ff.

<sup>344</sup> MüKoBGB/v.Hein, EGBGB Einl. IPR Rn. 282.

<sup>345</sup> Flume, BGB AT, S. 350 f.

<sup>346</sup> Flume, BGB AT, S. 350 f.; Medicus, BGB AT, Rn. 660.

<sup>347</sup> Z.B. § 306 a BGB; § 475 Abs. 1 S. 2 BGB.

<sup>348</sup> Medicus, BGB AT, Rn. 661.

<sup>349</sup> Medicus, BGB AT, Rn. 661.

<sup>350</sup> Medicus, BGB AT, Rn. 662; vgl. Flume, BGB AT, S. 408.

<sup>351</sup> Flume, BGB AT, S. 409.

<sup>352</sup> Flume, BGB AT, S. 409.

Einschränkung oder Erweiterung – nicht erfüllt<sup>353</sup>, die Umgehung also nicht erfolgreich, da die umgangene Norm nicht angewendet werde.

Andere halten die Gesetzesumgehung für ein eigenständiges Rechtsinstitut<sup>354</sup>. Erforderlich sei eine Umgehungshandlung<sup>355</sup>, die von einer Umgehungsabsicht<sup>356</sup> getragen sei. Erforderlich sei zudem die Rechtsmissbräuchlichkeit der Umgehung<sup>357</sup>.

Die erstgenannte Sichtweise vertauscht Problem und Lösung: ein Problem zu negieren, weil möglicherweise eine Lösung<sup>358</sup> existiert, ist nicht zielführend<sup>359</sup>. Es existiert im Deutschen Recht<sup>360</sup> somit ein Phänomen der Gesetzesumgehung als Fall des Rechtsmissbrauchs.

## 5. Gesetzesumgehung im Europäischen Recht

Auch im Europäischen Recht findet sich keine allgemeine Schranke, keine Norm, die das Verbot der Gesetzesumgehung allgemein regelt<sup>361</sup>. Dennoch geistert das Prinzip des Rechtsmissbrauchs (häufig in der Ausgestaltung der Gesetzesumgehung) – meist wenig konkret und noch weniger dogmatisch ergründet – insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH<sup>362</sup> als auch - dogmatisch fundierter - durch die Literatur<sup>363</sup>.

Der EuGH differenziert dabei - anders als die Literatur - nicht zwischen Gesetzesumgehung und Rechtsmissbrauch<sup>364</sup>. So werden die gesellschaftsrechtlichen

---

<sup>353</sup>Flume, BGB AT, S. 409.

<sup>354</sup>Bamberger/Roth/Lorenz, EGBGB Einl. IPR Rn. 73; MüKoBGB/v.Hein, EGBGB Einl. IPR Rn. 282 ff.; v. Hoffmann/Thorn, IPR, § 6 Rn. 123.

<sup>355</sup>V. Hoffmann/Thorn, IPR, § 6 Rn. 123.

<sup>356</sup>V. Hoffmann/Thorn, IPR, § 6 Rn. 123; MüKoBGB/v.Hein, EGBGB Einl. IPR Rn. 282..

<sup>357</sup>V. Hoffmann/Thorn, IPR, § 6 Rn. 123.

<sup>358</sup>Insbesondere existieren durchaus verschiedene Lösungsansätze, wie der Rückgriff auf den *ordre public*, die Auslegung der Norm vgl. dazu MüKoBGB/v.Hein, EGBGB Einl. IPR Rn. 282 ff.

<sup>359</sup>Vgl. oben, S. 49 f.

<sup>360</sup>Auch wenn dies im IPR wohl nur selten praktisch relevant sein wird, vgl. Bamberger/Roth/Lorenz, EGBGB Einl. IPR Rn. 73; MüKoBGB/v.Hein, EGBGB Einl. IPR Rn. 284..

<sup>361</sup>V. Lackum, S. 3.

<sup>362</sup>EuGH v. 09.03.1999, Rs. C-212/97 Slg. 1999 I-1459, 1484, 1492 ff. (*Centros Ltd./Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*) Rn. 24 ff.; EuGH v. 05.11.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002 I-9919, 9943 ff. (*Überseering BV./Nordic Construction Baumanagement GmbH (NCC)*); EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003 I-10155, 10195, 10226 (*Kamer van Koophandel voor Amsterdam./Inspire Art Ltd.*) Rn. 105; EuGH v. 21.02.2006, Rs C-255/02 Slg. 2006, S. I-1609, 1655 ff. (*Halifax plc u.a. ./Commissioners of Customs & Exercise*).

<sup>363</sup>Vgl. insbesondere die Untersuchungen von v.Lackum und Schick.

<sup>364</sup>Vgl. zum Verhältnis der beiden Phänomene S. 46 ff.



Entscheidungen *Centros*<sup>365</sup>, *Überseering*<sup>366</sup>, *Inspire Art*<sup>367</sup> als auch die steuerrechtliche Entscheidung *Halifax*<sup>368</sup> in der Literatur meist als Fälle der Gesetzesumgehung eingeordnet.

Es ist also festzuhalten, dass im Europäischen Recht ein Prinzip des Rechtsmissbrauchs mit unklaren Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen konstatiert werden kann. Dabei wird im Europäischen Recht die Grenze zwischen Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung nicht gezogen<sup>369</sup>.

## II. Gesetzesumgehung im Europäischen Insolvenzrecht

Die Gesetzesumgehung im Europäischen Insolvenzrecht kann am besten am vereinfachten Beispiel eines Sachverhalts, den der BGH<sup>370</sup> zu entscheiden hatte, dargestellt werden.

Der Insolvenzschuldner ist kurz vor Stellung des Insolvenzantrags von Deutschland nach Frankreich verzogen. Zum Zeitpunkt der Stellung des Insolvenzantrags war sein gewöhnlicher Aufenthalt in Frankreich<sup>371</sup>.

Dieser Umzug hat dabei die folgenden Auswirkungen:

Durch das in Art. 4 EuInsVO verankerte Gleichlaufprinzip, ergibt sich die Möglichkeit über die Verlagerung des COMI<sup>372</sup> (Center of Main Interest) auf die später zu erzielenden materiellen Ergebnisse Einfluss zu nehmen.

---

<sup>365</sup>EuGH v. 09.03.1999, Rs. C-212/97 Slg. 1999 I-1459, 1484 ff. (*Centros Ltd./Erhvervs- og Selskabsstyrelsens*).

<sup>366</sup>EuGH v. 05.11.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002 I-9919, 9943 ff. (*Überseering BV./Nordic Construction Baumanagement GmbH (NCC)*).

<sup>367</sup>EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003 I-10155, 10195 ff. (*Kamer van Koophandel voor Amsterdam./Inspire Art Ltd.*).

<sup>368</sup>EuGH v. 21.2.2006, Rs C-255/02 Slg. 2006, S. I-1609, 1655 ff. (*Halifax plc u.a. ./Commissioners of Customs & Exercise*).

<sup>369</sup>Vgl. auch *Engsig Sørensen*, CML Rev. 2006, 423 ff.

<sup>370</sup>BGH NJW 2002, 960.

<sup>371</sup>Im Verlaufe dieser Bearbeitung hat sich neben der Verlagerung des COMI mit dem Ziel der Verfahrenseröffnung und entsprechenden Durchführung in Elsaß-Lothringen, die immer noch v.a. im Internet beworben wird, auch ein entsprechender Markt mit dem Ziel der Durchführung eines englischen oder spanischen Insolvenzverfahrens gebildet. Vgl. dazu z.B. *Hergenröder*, DZWIR 2009, 309, 310 f.

<sup>372</sup>Der COMI ist vertragsautonom zu bestimmen und entspricht bei abhängigen Beschäftigten in der Regel dem gewöhnlichen Aufenthalt, bei Selbstständigen dem Ort ihrer gewerblichen Tätigkeit, für Einzelheiten siehe MüKoInsO/*Thole*, Art. 3 EuInsVO Rn. 17 ff., Zur Neufassung der EuInsVO 2017 und den damit verbundenen Änderungen siehe MüKoInsO/*Thole*, Art. 3 VO (EG) 2015/848 Rn. 2 ff.



Nach Artt. 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 EuInsVO ist das auf das Insolvenzverfahren anwendbare Recht das Recht des Staats, in dem das Verfahren eröffnet wird. Auch wenn sich in der EuInsVO selbst keine Regelung findet, die den insoweit maßgeblichen Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bestimmt, stellt der EuGH bei der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit nach der EuInsVO auf die Stellung des Insolvenzantrags ab<sup>373</sup>. Diese Entscheidung über die Verfahrenseröffnung ist anzuerkennen. Gleiches gilt für die Entscheidung über eine (nach dem jeweiligen nationalen Recht gewährte) Restschuldbefreiung gem. Art. 25 Abs. 1 EuInsVO. Auf Letztere kommt es dem Insolvenzschuldner in der Regel an, eine möglichst schnelle und „einfache“ Restschuldbefreiung. Dabei ist es für den Verlauf der Bearbeitung nicht von Bedeutung, ob die Restschuldbefreiung nach der nationalen Rechtsordnung als gleichsam automatische Folge der ordnungsgemäßen Durchführung eines Insolvenzverfahrens erklärt wird oder ob diese einer eigenen Entscheidung bedarf. Zwar ist im letzteren Fall umstritten, worauf sich die Zuständigkeit für die Erteilung der Restschuldbefreiung gründet, sie besteht jedoch im Ergebnis unzweifelhaft<sup>374</sup>.

Dabei lassen sich drei Konstellationen unterscheiden, die im Hinblick auf ihre potentielle Missbrauchsgefahr jeweils einzeln zu würdigen sind.

Die erste Konstellation betrifft die COMI-Verlegung *nach* Stellung des Insolvenzantrags und *nach* Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Diese Konstellation ist – zumindest in der Rechtswirklichkeit – unproblematisch. Wie bereits dargelegt, stellt der EuGH bei der Bestimmung des COMI auf den COMI bei Antragstellung ab<sup>375</sup>. Eine nach diesem Grundsatz eröffnete Zuständigkeit bleibt auch bei nachträglicher COMI-Verlegung erhalten<sup>376</sup>, es kommt also zu einer

---

<sup>373</sup>EuGH v. 17.01.2006, Rs. C-1/04 Slg. 2006 I- 701, 719, 729 (*Susanne Staubitz-Schreiber*) Rn. 29; das Urteil beruhte auf dem Vorlagebeschluss der BGH BB 2004, 127 f. und ist vom BGH nachfolgend in BGH DZWIR 2006, 211 bestätigt, bzw. umgesetzt worden; *Klockenbrink*, S. 98; a.A. und auf den Zeitpunkt der eigentlichen Verfahrenseröffnung durch das Gericht abstellend: Court of Appeal vom 27.07.2005 NZI 2005, 571 mit Anm. *Mankowski* 575 f. Vgl. auch die neuere Entscheidung des EuGH v. 20.10.2011, Rs. C-396/09 (*Interedil Srl in Liquidation./Fallimento Interedil Srl, Intesa Gestione Crediti SpA*), EuZW 2011, 912, 915 Rn. 54 ff., in der der EuGH seine Entscheidung *Staubitz Schreiber* bekräftigt.

<sup>374</sup>Vgl. *Hergenröder*, DZWIR 2009, 309, 313 f. m.w.N. zu den vertretenen Positionen.

<sup>375</sup>EuGH v. 17.01.2006, Rs. C-1/04 Slg. 2006 I- 701, 719, 729 (*Susanne Staubitz-Schreiber*) Rn. 29.

<sup>376</sup>EuGH v. 17.01.2006, Rs. C-1/04 Slg. 2006 I- 701, 719, 729 (*Susanne Staubitz-Schreiber*) Rn. 29.

perpetuatio fori<sup>377</sup>. Die Begründung, die der EuGH<sup>378</sup> dafür anführt, überzeugt: Er stellt maßgeblich auf die Ziele der EuInsVO ab, die – berücksichtigt man eine Verlagerung des COMI nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens – konterkariert würden. Unter Verweis auf den vierten Erwägungsgrund der EuInsVO und dem darin erklärten Ziel der Verhinderung des forum shopping führt der EuGH aus, dass durch die Berücksichtigung einer Sitzverlegung zwischen Stellung des Insolvenzantrags und der Eröffnungsentscheidung – erst recht *nach* der Eröffnungsentscheidung – dem Insolvenzschuldner die Möglichkeit gegeben würde, über die Verlagerung des COMI das anwendbare Recht zu beeinflussen<sup>379</sup>. Außerdem sei es Ziel der EuInsVO (vgl. Erwägungsgründe zwei und acht), die Effizienz und Wirksamkeit der Durchführung grenzüberschreitender Insolvenzverfahren zu verbessern; diesen Zielen würde man nicht gerecht, wenn Gläubiger gezwungen würden, dem Schuldner „hinterherzureisen“<sup>380</sup>. Dies würde zu einer Verlängerung des Verfahrens führen, weil die Gläubiger gezwungen wären, in jedem Land, in dem der Schuldner sich – gleichgültig, ob kurz oder lang – niederlässt, erneut vorzugehen<sup>381</sup>. Als letztes Argument führt der EuGH an, dass die Gläubiger ihre Einschätzung bezüglich der möglichen Ausfallrisiken im Insolvenzfall am Insolvenzrecht des Landes orientierten, in dem der COMI des Schuldners verortet ist<sup>382</sup>.

*Eidenmüller*<sup>383</sup> ergänzt diese Argumente, indem er zutreffend darauf hinweist, dass die Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters bei einer Anerkennung der Verlagerung des COMI leer liefen<sup>384</sup>. Zudem arbeitet er pointiert heraus, warum gerade die Anerkennung einer COMI-Verlagerung *nach* Insolvenzantragstellung aus Effizienzgesichtspunkten unsinnig wäre: ab dem Zeitpunkt der Stellung des Antrages entstehen Verfahrenskosten, da (jedenfalls in der Regel) vorläufige Maßnahmen ergriffen werden und ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt werden wird<sup>385</sup>. Diese vorläufigen Maßnahmen wären

---

<sup>377</sup> *Klockenbrink*, S. 98, *Schwemmer*, NZI 2009, 355, 357, 358.

<sup>378</sup> EuGH v. 17.01.2006, Rs. C-1/04 Slg. 2006 I- 701, 719, 728 f. (*Susanne Staubitz-Schreiber*) Rn. 25 - 28.

<sup>379</sup> EuGH v. 17.01.2006, Rs. C-1/04 Slg. 2006 I- 701, 719, 728 (*Susanne Staubitz-Schreiber*) Rn. 25.

<sup>380</sup> EuGH v. 17.01.2006, Rs. C-1/04 Slg. 2006 I- 701, 719, 729 (*Susanne Staubitz-Schreiber*) Rn. 26.

<sup>381</sup> EuGH v. 17.01.2006, Rs. C-1/04 Slg. 2006 I- 701, 719, 729 (*Susanne Staubitz-Schreiber*) Rn. 26.

<sup>382</sup> EuGH v. 17.01.2006, Rs. C-1/04 Slg. 2006 I- 701, 719, 729 (*Susanne Staubitz-Schreiber*) Rn. 27.

<sup>383</sup> KTS 2009, 137, 155.

<sup>384</sup> *Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 155.

<sup>385</sup> *Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 155.

vergebens<sup>386</sup> und in dem Mitgliedsstaat, in den der COMI verlegt wurde, zu wiederholen, die Kosten wären verloren<sup>387</sup>.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass sich in dieser Konstellation eine Verlagerung des COMI nicht auswirkt<sup>388</sup>. Daraus folgt, dass sie auch nicht missbräuchlich ausgenutzt werden kann.

Eine zweite Konstellation betrifft die COMI-Verlegung *zwischen* Stellung des Insolvenzantrags und Eröffnung des Verfahrens. Diese Konstellation ist ebenfalls unter Rückgriff auf die Grundsätze der EuGH-Entscheidung *Staubitz-Schreiber*<sup>389</sup> zu lösen. Denn wenn der maßgebliche Zeitpunkt für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit i.S.d. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO der der Antragstellung ist, tritt mit diesem Zeitpunkt die *perpetuatio fori* ein und eine Verlagerung des COMI bleibt – rechtlich<sup>390</sup> – ohne Folgen.

Die letzte Konstellation, die COMI-Verlegung *vor* Stellung des Insolvenzantrags, ist die problematische und missbrauchsanfällige<sup>391</sup>. In diesem Zeitpunkt kommt eine *perpetuatio fori* mangels Antragstellung und Verfahrenseröffnung nicht in Betracht. Der Schuldner hat es also in diesem Zeitpunkt in der Hand, durch Gestaltung der Anknüpfungspunkte – sprich Verlegung des COMI –, die Rechtslage zu seinen Gunsten zu beeinflussen<sup>392</sup>. Inwiefern dies rechtsmissbräuchlich ist, wird im Folgenden untersucht.

### 1. Kriterien für Rechtsmissbrauch bei der COMI-Verlegung

Zunächst bleibt festzuhalten, dass das (hehre) Ziel der EuInsVO – die Vereinfachung und Vereinheitlichung der Durchführung grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren - nicht durch eine übermäßige Behinderung der Anerkennung in Frage gestellt werden darf. Weiterhin muss berücksichtigt werden, dass eine Verlagerung des COMI grundsätzlich in den Schutzbereich der Niederlas-

---

<sup>386</sup> *Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 155.

<sup>387</sup> *Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 155.

<sup>388</sup> *Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 156.

<sup>389</sup> EuGH v. 17.01.2006, Rs. C-1/04 Slg. 2006 I- 701, 719 ff. (*Susanne Staubitz-Schreiber*).

<sup>390</sup> Dass rein tatsächlich die Durchführung eines Insolvenzverfahrens durchaus schwieriger sein dürfte, wenn der Schuldner „mit Sack und Pack“ in ein anderes Land verzieht und dadurch u.a. die Kommunikationswege länger werden, bleibt in dieser Untersuchung unberücksichtigt.

<sup>391</sup> *Klockenbrink*, S. 99 ff.

<sup>392</sup> *Schwemmer*, NZI 2009, 355.

sungsfreiheit fällt<sup>393</sup>. Andererseits hat sich der europäische Ordnungsgeber in Erwägungsgrund vier selbst die Verhinderung des forum shopping als einer Form des Rechtsmissbrauchs auf die Fahne geschrieben. Somit kann und darf nicht davon ausgegangen werden, dass jede COMI-Verlegung einen Rechtsmissbrauch darstellt<sup>394</sup>. Andererseits sollen gerade die Auswüchse, wie sie zur Zeit – mehr oder weniger eindeutig<sup>395</sup> – beworben werden, eingedämmt werden können<sup>396</sup>.

Problematisch ist dabei insbesondere das Finden greifbarer und verallgemeinerungsfähiger Kriterien, wann ein *Rechtsmissbrauch* vorliegt und wann lediglich die „erlaubten“ Gestaltungsmöglichkeiten genutzt werden. Die Frage, die zu stellen und zu beantworten ist, ist die nach der Eingriffsschwelle. Welches Ausmaß muss das – möglicherweise – rechtsmissbräuchliche Verhalten haben, damit es gerechtfertigt ist, dagegen – wie auch immer<sup>397</sup> - vorzugehen?

#### a. (Untauglichkeit allein) Objektiver Kriterien

Die Tatsache, dass der Schuldner seinen Sitz verlegt hat, kann nicht als Kriterium herangezogen werden<sup>398</sup>. Wie bereits gezeigt, ist nicht jede Verlagerung des COMI rechtsmissbräuchlich. Es müssen weitere Umstände hinzukommen, die eine Verlagerung rechtsmissbräuchlich werden lassen.

Ebenfalls kein taugliches Kriterium kann der Umstand sein, dass Gläubigern des Schuldners ein Schaden entstanden ist<sup>399</sup>. Dass dem so ist - ist zumindest soweit eine Restschuldbefreiung in (irgendeinem) Mitgliedsstaat vorgesehen ist

---

<sup>393</sup> Eidenmüller, KTS 2009, 137, 146 f.

<sup>394</sup> Eidenmüller, KTS 2009, 137, 147.

<sup>395</sup> Aussage auf der homepage euroconsulting: „Nach dem englischen Recht muss der Schuldner seinen beruflichen und/oder privaten Interessenschwerpunkt in England haben. Anzumerken bleibt dabei, dass es in England kein Melderegister gibt und der Schuldner durch andere Belege, wie Energie- und Telefonrechnung, nachweisen kann, dass er in England lebt.“ (<http://www.euroconsulting.org.uk/00000198670088307/00000198670088b90f/index.html>) zuletzt abgerufen am 11.09.2016); vgl. auch Hergenröder, DZWIR 2009, 309, 310 mit weiteren Beispielen.

<sup>396</sup> Eine Variante davon ist der aus Sicht des Hauptakteurs, eines Notars, missglückte Fall des BGH NJW-RR 2011, 642. Die Amtsenthebung des Notars wurde vom BGH bestätigt. Vgl. auch Mäsch, IPRax 2013, 234, 238, der rechtspolitisch die Flucht ins englische Insolvenzrecht durchaus kritisch sieht, aber feststellt, dass de lege lata keine Handhabe besteht.

<sup>397</sup> Zu den Lösungsansätzen vgl. unten, S. 88 ff.

<sup>398</sup> Rauscher/Mäsch, EuZPR Art. 3 EG-InsVO Rn. 31; Klockenbrinck, S. 100.

<sup>399</sup> Vgl. zu der Situation bei der Zuständigkeitserschleichung und zum Kriterium der Schadensentstehung Benecke, S. 335.

- bereits systemimmanent, soweit man den Schaden in dem „Verlust“<sup>400</sup> der Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner sieht. Dieser Verlust ist in dem Verfahren der Restschuldbefreiung vorgesehen, ja sogar dessen Ziel<sup>401</sup>. Ebenso verhält es sich mit anderen negativen Folgen für den Gläubiger, die nach dem jeweiligen anwendbaren Insolvenzrecht vorgesehen sind.

Ohne die Entstehung eines Schadens, bzw. zumindest die Gefährdung von tatsächlichen oder rechtlichen Interessen Dritter – nämlich der Gläubiger –, ist eine *rechtsmissbräuchliche* Sitzverlegung nicht denkbar<sup>402</sup>.

Sowohl die Verlagerung des COMI als auch die Entstehung eines Schadens bzw. die Gefährdung von Rechtspositionen Dritter sind für die hier untersuchte Problematik des Rechtsmissbrauchs zwar notwendige, aber nicht hinreichende Bedingungen.

#### b. Subjektive Kriterien

Ein Rückgriff auf subjektive Kriterien und insbesondere die Motive<sup>403</sup> des Schuldners ist unumgänglich, um die Frage, ob *im Einzelfall* Rechtsmissbrauch vorliegt, beantworten zu können<sup>404</sup>. Denn wenn ein Verhalten, hier die Verlagerung des COMI, nicht bereits per se anrücklich ist, kann dies durch die Motivation des Schuldners zu einem anrücklichem Verhalten werden<sup>405</sup>.

---

<sup>400</sup>Verlust der Forderung ist dabei insofern nicht technisch zu verstehen, als dass nicht nach jedem Insolvenzrecht die Forderungen erlöschen. Ein Beispiel für eine abweichende Regelung findet sich bereits in § 301 Abs. 3 InsO. Die Forderungen, die von der Restschuldbefreiung erfasst sind (vgl. § 302 InsO) bleiben erfüllbar, sind jedoch nicht mehr durchsetzbar. Die Restschuldbefreiung hat nach deutschem Verständnis also die Wirkung einer Einrede, vgl. dazu Staudinger/*Olzen*, Einleitung zu § 362 ff. Rn. 20.

<sup>401</sup>Zu den rechtspolitischen Überlegungen, mittellose Schuldner von ihren Schulden zu befreien, vgl. *Hergenröder*, DZWIR 2009, 221 ff.

<sup>402</sup>Vgl. für den Fall der Zuständigkeitserschleichung, *Benecke*, S. 339.

<sup>403</sup>MüKoInsO/*Thole*, Art. 3 EuInsVO Rn. 66.

<sup>404</sup>Vgl. auch eine andere hier nicht untersuchte Fallgruppe, nämlich die rechtsmissbräuchliche Stellung eines Insolvenzantrages zu dem alleinigen Zweck der Ausschaltung eines Mitbewerbers, BGH NJW-RR 2011, 1411 ff.

<sup>405</sup>Gegen die Maßgeblichkeit der Motive des Handelns im IPR spricht sich *v.Bar/Mankowski*, § 7 Rn. 132 aus. Dem lässt sich entgegenhalten, dass auch das IPR Möglichkeiten bietet, sein Handeln auf den gezielten Schaden anderer auszurichten. Das gewünschte Ergebnis ist in der Regel zwar nicht die Manipulation des IPR an sich, sondern die Erzielung des materiellen Ergebnisses. Der notwendige Zwischenschritt dazu ist aber die Manipulation des IPR und daher ist die entsprechende Absicht auch ein relevantes Motiv. Da auf der Ebene des IPR manipuliert wird, muss auch auf dieser Ebene eingegriffen werden. Bei der Identifikation der Manipulation kommt es - wie gezeigt - auf die Motive an.

Dies mag aus Sicht des entscheidenden Gerichts – und des beweispflichtigen Gläubigers<sup>406</sup> - misslich sein, da sich subjektive Tatbestandsmerkmale schwer nachweisen lassen, im Ergebnis werden die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast aber genauso bewältigt werden können, wie bei anderen subjektiven Tatbestandsmerkmalen auch. Schließlich hilft insbesondere der Rückgriff auf Indizien<sup>407</sup>.

So hat das LG Köln in seiner Entscheidung vom 14.10.2011<sup>408</sup> auf die mehrfache Wohnsitzverlegung des Schuldners innerhalb kürzester Zeit und die leitende Funktion, die der Insolvenzschuldner in seinem „Heimatverein“ in Deutschland ausgeübt hat, abgestellt, um die Wohnsitzverlegung als Täuschung und damit rechtsmissbräuchlich und damit als Verstoß gegen Art. 26 EuInsVO einzuordnen<sup>409</sup>. In der gerichtlichen Praxis lassen sich also augenscheinlich auch ungewöhnliche Fallkonstellationen aufdecken<sup>410</sup>.

Eine Sitzverlegung kann dabei nur dann rechtsmissbräuchlich sein, wenn keine anerkennungswerten Motive des Schuldners existieren, sondern es dem Schuldner vielmehr (*nur*) darum geht, seinen Gläubigern durch die Durchführung des Insolvenzverfahrens Schaden zuzufügen. Das Fehlen von anerkennungswerten Motiven jedweder Art, also das Fehlen jeglichen schützenswerten Eigeninteresses, impliziert dabei, dass es zu einer Schädigung des Gegenüber kommen muss. Insofern ist es in der Praxis nicht denkbar, dass sich die Situation neutral, d.h. weder zum Schaden noch zum Nutzen der jeweils anderen Partei, darstellt. Sollte jedoch das erkennende Gericht zu der Auffassung gelangen, es läge eine solche „neutrale“ Situation vor, so wäre auch diese kein Fall des

---

<sup>406</sup>Auf die Nichtanerkennungsfähigkeit wird sich nur der Gläubiger berufen (dürfen). Die Beweislast trägt die Partei, die sich auf die Nichtanerkennungsfähigkeit beruft, vgl. für Art. 34 EuGVO Geimer/Schütze, EuZVR Art. 34 EuGVO Rn. 33.

<sup>407</sup>Vgl. dazu Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 110 Rn. 15 ff.

<sup>408</sup>LG Köln NZI 2011, 957 ff. Über die Berufung hat das OLG Köln am 28.02.2013 entschieden und das Urteil aus anderen Gründen aufrechterhalten (OLG Köln NZI 2013, 506 ff.). Das OLG Köln tendiert dazu, den *ordre public* nicht anzuwenden (OLG Köln, NZI 2013, 506, 511), konnte die Frage jedoch offen lassen, da es unter Anwendung des Art. 4 II 2 lit. k EuInsVO, den Rückgriff auf das englische Recht gewagt hat und nach dem englischen Insolvenzrecht die streitgegenständlichen Ansprüche von der Restschuldbefreiung ausgenommen hat. Siehe zu der Entscheidung Schroeders, NZI 2013, 512.

<sup>409</sup>Kritisch zu der Entscheidung Vallender, EWiR 2011, 775 f. der zu Recht bemängelt, dass das LG Köln sich die erforderlichen Fragen, ob Art. 26 EuInsVO die richtige Norm für die Herbeiführung des gewünschten Ergebnisses sei, nicht gestellt hat. Die zweite Instanz kommt zum gleichen Ergebnis, aber mit einer anderen Begründung (OLG Köln NZI 2013, 506, 511).

<sup>410</sup>Nach Mankowski NZI 2011, 958, 959 wird diese Detektivarbeit der Gegenpartei und des Gerichts (in Verfahren mit Amtsermittlungsprinzip) den Restschuldbefreiungstourismus zum Erliegen bringen. Er führt dazu weitere Indizien für die Vorspiegelung des COMI, wie die Plausibilität der Stromrechnung, der Beibehaltung einer deutschen Handynummer im Ausland etc. auf.

Rechtsmissbrauchs, weil auch in einem solchen Fall das Recht denkllogisch nur „gebraucht“, nicht „missbraucht“, würde.

Das Streben nach der Anwendung eines günstigeren Insolvenzrechts, das nach einigen Stimmen bereits rechtsmissbräuchlich sein soll<sup>411</sup>, *allein*, kann kein taugliches Motiv sein, die Anerkennung zu verweigern. Zu denken ist dabei zum Beispiel an Konstellationen, in denen bewusst ein günstigeres Insolvenzrecht durch Schuldner *und* Gläubiger gesucht wird, das ein erhöhtes Maß an Flexibilität in den angebotenen Insolvenzverfahren oder im Verfahrensablauf ermöglicht<sup>412</sup>. Ein *Missbrauch* eines Rechts scheidet aber a priori aus, wenn niemand geschädigt wird. Geschädigt wird niemand, der mit der vorgeschlagenen Vorgehensweise einverstanden ist. Die Anwendbarkeit eines „günstigeren“ Insolvenzrechts ist ein Ziel, das wohl ebenso als notwendige aber nicht als hinreichende Bedingung qualifiziert werden kann. Problematisch ist dabei vor allem die Perspektive des „für den Insolvenzschuldner günstigeren“ Rechts, denn mit der Aussage zur Günstigkeit des Rechts für den Schuldner ist noch nicht zwingend eine Aussage getroffen, ob das Recht für die anderen Beteiligten, insbesondere die Gläubiger, ungünstig ist<sup>413</sup>.<sup>414</sup> Nur auf letzteren Aspekt kann es jedoch bei der Frage nach der Rechtsmissbräuchlichkeit ankommen.

Um Rechtsmissbrauch identifizieren zu können, werden im Folgenden die anerkennenswerten Motive dargestellt, die, so sie vorliegen, die Sitzverlegung *nicht* rechtsmissbräuchlich machen. Der Umkehrschluss kann jedoch nicht (unbedingt) gezogen werden. Nur weil die unten angeführten Motive nicht vorliegen, ist das Verhalten nicht zwingend rechtsmissbräuchlich. Der Umkehrschluss scheidet deswegen aus, weil die Niederlassungsfreiheit<sup>415</sup> in Art. 49 AEUV (Art. 43 EGV alt) sowohl für Gesellschaften als auch für natürliche

---

<sup>411</sup>FK-InsO/*Wenner/Schuster*, EuInsVO Art. 3 Rn. 19. Ebenso *Eidenmüller*, Prohibition of Abuse of Law, S. 144.

<sup>412</sup>Dazu sogleich.

<sup>413</sup>Siehe *Splittgerber*, S. 196 f. zu den Gerechtigkeitsvorstellungen, die hinter der Zuständigkeitsnorm im autonomen Deutschen Recht, § 3 Abs 1 S. 2 InsO stehen und die einen Ausgleich der Interessen von Schuldner einerseits und Gläubiger andererseits vorsehen. Diese Erwägungen lassen sich auch für die Zuständigkeitsnorm im Europäischen Insolvenzrecht, Art. 3 EuInsVO fruchtbar machen.

<sup>414</sup>Diesen Aspekt übersieht *Reinhart*, NZI 2012, 304, 306, wenn er darauf abstellt, die problematischen Fälle seien die, bei denen der Schuldner „in den Genuss einer schnelleren und weniger schmerzvollen Rechtsschuldbefreiung“ kommen wolle.

<sup>415</sup>*Reinhart*, NZI 2012, 304, 306.



Personen garantiert<sup>416</sup> ist. Auch dieser Aspekt kann nur dafür sprechen, eine Verlegung im Zweifel als *nicht* rechtsmissbräuchlich anzusehen.

### 1) Private Motive

Die aner kennenswerten Motive des Schuldners können bei natürlichen Personen insbesondere im privaten Bereich liegen. Ein Umzug auch in Ansehung eines (drohenden) Insolvenzverfahrens ist nicht zu beanstanden, wenn der Schuldner zu seiner Familie zieht, eine neue Arbeitsstelle annimmt<sup>417</sup>, ggf. sogar dann nicht, wenn der Umzug ins Ausland dazu dient, um sich dort eine neue Arbeitsstelle erst zu suchen, solange das Unterfangen mit einer gewissen Ernsthaftigkeit betrieben wird. Selbst der Umzug um des Umzugs oder des schöneren Wetters willen darf in Ansehung der Niederlassungsfreiheit nicht per se rechtsmissbräuchlich sein.

### 2) Insolvenzrechtliche Motive

Es muss anerkannt werden, dass es durchaus aner kennenswerte Motive gibt, das Insolvenzrecht nach den sich bietenden Verfahrensmöglichkeiten zu wählen. Es sind in diesem Fall z.B. Konstellationen denkbar, in denen gezielt der COMI in Mitgliedsstaaten verlegt wird, in denen Insolvenzverfahren flexibler durchgeführt werden<sup>418</sup>. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs verbietet sich dann jedenfalls von selbst, wenn mittels dieser Verfahren eine Sanierung des Unternehmens erfolgreich verläuft. Aber auch die fehlgeschlagene Sanierung begründet noch keinen Rechtsmissbrauch. Denn wenn das zuträfe, hieße das den Erfolglosen zusätzlich zu „bestrafen“, indem ihm gleichsam automatisch der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegengehalten werden könnte. Bei der Einordnung als Rechtsmissbrauch verbietet sich jedoch jedweder Automatismus.

Aner kennenswert ist zum Beispiel auch im Falle einer Konzerninsolvenz die COMI-Verlagerung der ausländischen Tochter- oder Schwestergesellschaften

---

<sup>416</sup>Eidenmüller, Prohibition of Abuse of Law, S. 144. Die Garantie der Freizügigkeit ist jedoch wiederum nicht schrankenlos. Vielmehr findet sich in der Unionsbürgerrichtlinie (RiLi. 2004/38/EG v. 29.04.2004, Abl. Nr. 158/77 v. 30.04.2004) der Gedanke des Rechtsmissbrauchs (Art. 35) und auch eine ordre public-Kontrolle (Art. 27) ist vorhanden, vgl. dazu und zu neueren Entwicklungen in der Rechtsprechung zum Freizügigkeitsrecht *Hailbronner*, JZ 2010, 398 ff.

<sup>417</sup>Ob dies ggf. sogar seine Pflicht sein kann, diskutiert *Hergenröder* DZWIR 2009, 309, 318f.

<sup>418</sup>*Wright/Fenwick*, IILR 2012, 45 für England und Wales. Vgl. zum englischen scheme of arrangement auch *Mäsch*, IPRax 2013, 234, 235.



mit dem Ziel, die gesamte Konzerninsolvenz einem einheitlichen Recht und einer einheitlichen Verwaltung zu unterstellen<sup>419</sup>. Jede Verfahrens- und Verwaltungserleichterung, die vor allem die Kosten senkt<sup>420</sup>, ist unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs nicht zu beanstanden. Insbesondere wenn die COMI-Verlagerung von dem Gedanken getragen ist, die Haftungsmasse der Gläubiger zu erhöhen oder auch nur einen entsprechenden Effekt hat, ist das Vorgehen des Insolvenzschuldners anerkennenswert.

### 3) Indizien für Rechtsmissbrauch bei Gesellschaften<sup>421</sup>

Ein Indiz für eine rechtsmissbräuchliche COMI-Verlagerung ist die Übertragung der Anteile an professionelle Firmenbestatter<sup>422</sup>. Ein weiteres Indiz, das in der Regel mit dem ersten Punkt zusammenhängt, kann sein, dass zwar der COMI der Gesellschaft verlegt wird, ohne dass jedoch der Wechsel des Gesellschaftsstatuts ebenfalls vollzogen wird<sup>423</sup>. Dieses Auseinanderfallen von Insolvenzstatut und Gesellschaftsstatut erschwert das Verfahren, führt zu erhöhten Verfahrenskosten und zu weiteren Friktionen im Ablauf<sup>424</sup>, ist dabei aber unter keinem Gesichtspunkt sinnvoll.

Ein Indiz kann die COMI-Verlagerung in der Krise und kurz vor der Stellung des Insolvenzantrages sein. Dabei ist jedoch zu beachten, dass nur das allein keine hinreichende Bedingung ist, da wie oben gezeigt, auch verfahrenserleichternde Konzentrationswirkungen häufig durch die Verlagerung des COMI in der Krise eingeleitet werden (müssen).

Wichtigstes Indiz ist die Übertragung von Vermögensgegenständen auf Gesellschafter oder Dritte, oder verallgemeinert gesagt, die Verringerung der Haftungsmasse der Gesellschaft<sup>425</sup>.

---

<sup>419</sup> Eidenmüller, KTS 2009, 137, 151; ders., Prohibition of Abuse of Law, S.147. Vgl. auch Wright/Fenwick, IILR 2012, 45.

<sup>420</sup> Vgl. Splittgerber, S. 196, 217 f.

<sup>421</sup> Reinhart, NZI 2012, 304, 306 scheint davon auszugehen, dass die problematischen Fällen allein natürliche Personen betreffen.

<sup>422</sup> Eidenmüller, KTS 2009, 137, 147 ff.

<sup>423</sup> Eidenmüller, KTS 2009, 137, 147 ff.

<sup>424</sup> Eidenmüller, KTS 2009, 137, 148; Wright/Fenwick IILR 2012, 45, scheinen den Fall des Gesellschaftsinsolvenztourismus nicht für problematisch zu halten.

<sup>425</sup> Eidenmüller, KTS 2009, 137, 151, ders., Prohibition of Abuse of Law, S.147

#### 4) Indizien für Rechtsmissbrauch bei natürlichen Personen

Auch bei natürlichen Personen können Indizien darauf hinweisen, dass ein Fall des Rechtsmissbrauchs vorliegt.

Dies sind Umstände, anhand derer der Schluss nahe liegt, dass der Umzug *nur* zur Erlangung des günstigeren Insolvenzrechts dient<sup>426</sup>. Solche Konstellationen werden sich zum Teil in den Erscheinungsformen in der Nähe der Simulation bewegen. Z.B. können sie dadurch gekennzeichnet sein, dass ein zweiter<sup>427</sup> (faktischer oder rechtlicher<sup>428</sup>) Wohnsitz<sup>429</sup> im Ursprungsstaat bestehen bleibt, dass ein „Rück“umzug<sup>430</sup> sofort nach der Sicherung der Vorteile, die der Umzug mit sich bringen sollte, erfolgt oder Ähnliches. Ein Indiz wird unter anderem die Inanspruchnahme von entsprechenden Entschuldungsberatungen sein<sup>431</sup>. Ebenso kann die Gläubigerstruktur einen gewissen Anhaltspunkt für einen beabsichtigten Rechtsmissbrauch bieten. Wenn viele Kleingläubiger oder gar private Gläubiger vorhanden sind, so ist gerade aus Sicht des Insolvenzschuldners nicht damit zu rechnen, dass diese ihre Forderungen grenzüberschreitend geltend machen. Diese verlieren die Forderung, ohne dass ihnen (tatsächlich) die Möglichkeit einer quotenmäßigen Befriedigung verbleibt<sup>432</sup>. Weiterhin ist es denkbar, dass bei einer entsprechenden Gläubigerstruktur die Masse zugunsten einzelner, meist mit dem Insolvenzschuldner verbundener, Gläubiger optimiert wird, indem die privaten und Kleingläubiger durch die Anwendung des fremden Insolvenzrechts und die grenzüberschreitende Forderungsgeltendmachung abgeschreckt werden und diese so nicht an der Schlussverteilung teilnehmen<sup>433</sup>.

---

<sup>426</sup>Nach *Laukemann*, IPRax 2012, 207, 208 Rn. 13 sind die Gläubiger jedoch nicht in ihrem Vertrauen auf die Anwendbarkeit eines bestimmten Insolvenzrechts geschützt.

<sup>427</sup>Dies wurde dem Schuldner in dem Verfahren LG Köln NZI 2011, 957 ff. zum Verhängnis, auch wenn dieser Fall wohl ein Fall der Simulation gewesen sein dürfte.

<sup>428</sup>Zumindest nach deutschem Verständnis sind mehrere Wohnsitz einer Person denkbar, vgl. dazu *Rauscher*, IPR Rn. 280, 286.

<sup>429</sup>Dabei ist der COMI einer natürlichen Person nicht der „Wohnsitz“ einer Person, vgl. *Rauscher/Mäsch*, EuZPR, Art. 3 EG-InsVO Rn. 13. Vgl. auch die Neufassung „EuInsVO 2017“ wo in Art. 3 Abs. 1 Unterabsatz 4 eine Vermutung für den gewöhnlichen Aufenthalt bei natürlichen Personen als COMI aufgestellt wird.

<sup>430</sup>*Goslar*, NZI 2012, 912, 917 prognostiziert, dass die englischen Gericht in Zukunft gerade in Fälle des Rückumzugs wohl häufiger die Restschuldbefreiung verweigern dürften.

<sup>431</sup>Zu deren Angebot zum Beispiel *Hergenröder*, DZWIR 2009, 209, 311.

<sup>432</sup>Laut *Hergenröder*, DZWIR 2009, 309, 311, die „wahren Verlierer des Restschuldbefreiungstourismus“. Auch *Laukemann*, IPRax 2014, 258, 26 f. weist daraufhin, dass es gerade Kleingläubigern häufig an der effektiven Möglichkeit der Geltendmachung ihrer Rechte fehlt, was insbesondere auf ein Informationsdefizit zurückzuführen sei.

<sup>433</sup>Dies ist nicht nur bei privaten Insolvenzen denkbar, sondern auch bei Gesellschaften, wenn durch die mit dem Umzug verbundene Verkomplizierung und daraus folgende Abschreckung der Gläubiger zum Beispiel ermöglicht wird, dass die nach deutschem Verständnis nachrangigen Gesellschafterforderungen noch bedient werden können.

Wenn auch der „vorsichtige“ Insolvenzschuldner faktisch verhindern können wird, dass seine wahren – rechtsmissbräuchlichen – Absichten zu Tage treten, so wird es in der Praxis trotzdem Anwendungsfälle geben, bei denen die Indizien<sup>434</sup> nachweisbar sein werden.

#### 5) Ergebnis

Nach dem Vorgesagten lässt sich festhalten, dass die Feststellung der Rechtsmissbräuchlichkeit der Sitzverlegung einer sorgfältigen Abwägung aller Umstände des Einzelfalls bedarf, wobei gerade den subjektiven Kriterien maßgebliche Bedeutung zukommt. Für die Nachvollziehbarkeit der subjektiven Kriterien, insbesondere der Motivation des Handelns, kann auf eine Vielzahl von Indizien zurückgegriffen werden, wobei ein Schädigungsbewusstsein zumindest ein Motiv unter weiteren sein muss, um einen Rechtsmissbrauch bejahen zu können.

#### c. Ausschluss der Überprüfbarkeit der internationalen Zuständigkeit

Gegen die Anerkennung des Rechtsmissbrauchs in der oben dargestellten Fallgruppe der Zuständigkeitserschleichung könnte ins Feld gebracht werden, dass diese nicht zu den Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs gezählt werden dürfe, da die Überprüfung der internationalen Zuständigkeit ausgeschlossen ist<sup>435</sup>.

Diese zutreffende Feststellung steht jedoch der Annahme eines Rechtsmissbrauchs nicht im Wege. Denn es geht bei der hier vorliegenden Konstellation nicht um die Überprüfung der Annahme des Erstgerichts, es sei zuständig, vielmehr wird diese Annahme nicht in Frage gestellt. In der hier vorliegenden Konstellation ist das Erstgericht *zuständig*, weil die Tatbestandsvoraussetzun-

---

<sup>434</sup>Auf die zum Teil an den Tag gelegte Detektivarbeit weist zum Beispiel *Mankowski* NZI 2011, 958, 959 hin. *Goslar*, NZI 2012, 912, 917 weist darauf hin, dass bei den Gerichten in England, also dem Erstaustaat, ebenfalls versucht wird die Fälle des Restschuldbefreiungstourismus durch eine restriktivere Anwendung des Englischen Rechts einzudämmen.

<sup>435</sup>Allg. Ansicht EuGH v. 21.01.2010, Rs. C-444/07 Slg. 2010, I-417, 419, 432 (*MG Probud Gdynia sp.z o.o.*) Rn. 29; EuGH v. 02.05.2006 Rs. 341/04 Slg. 2006, I-3813, 3854, 3870, f. (*Eurofood ISFC Ltd*) Rn. 41 f.; OLG Nürnberg Beschluss v. 15.12.2011 Az. 1 U 2/11 zitiert nach juris; Rauscher/*Mäsch*, EuZPR, Art. 16 EG-InsVO Rn. 12; in der Brüssel Ia-VO ist dieser Grundsatz in Art. 52 Brüssel Ia-VO (Art. 35 Abs. 3 S. 1 EuGVO alt) ausdrücklich festgeschrieben. *Matscher* IPRax 2001, 428, 433 spricht sich jedoch für eine teleologische Reduktion des Art. 35 EuGVO (nunmehr Art. 52 Brüssel Ia-VO) dergestalt aus, dass die Gerichte des Anerkennungsstaates die internationale Zuständigkeit des Ursprungsgerichts mittels *ordre public*-Kontrolle überprüfen können, um den Grundrechtsschutz zu verwirklichen. Ebenso Rauscher/*Mäsch*, EuZPR, Art. 26 EG-InsVO Rn. 20.

gen der Zuständigkeitsnorm vorliegen. Es geht nicht um den Vorwurf an das Erstgericht, es habe das Recht fehlerhaft angewandt, sondern um die Verweigerung der Rechtsfolge einer Norm, obwohl deren Tatbestand erfüllt wird.

Dies steht nicht im Widerspruch zu der Aussage<sup>436</sup>, eine nach Art. 3 EuInsVO eröffnete Zuständigkeit dürfe nicht kontrolliert werden<sup>437</sup>.

Weiterhin geht es nicht darum, dass mittels einer verbotenen *rèvision au fond* das gefundene Ergebnis einer erneuten Kontrolle unterzogen werden würde, auch hier richtet sich der Vorwurf erneut nicht gegen das Erstgericht, dessen Entscheidung vollumfänglich überprüft wird, sondern gegen den *Schuldner*, der sich rechtsmissbräuchlich verhalten hat und so die Entscheidung des Gerichts gezielt und gegen das Recht im Sinne einer hinter den Normen stehenden Vorstellung von Gerechtigkeit herbeigeführt hat. Das ist *mehr* als die Überprüfung der Entscheidung des Erstgerichts auf die korrekte Anwendung der Normen. Zudem wird nicht der komplette Sachverhalt, über den das erststaatliche Gericht entschieden hat, in Frage gestellt. Entscheidungserheblich bei der Überprüfung der erststaatlichen Entscheidung ist einzig und allein der Sachverhaltskomplex des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens.

Somit ist in der hier vertretenen engen Auslegung des Begriffs des Rechtsmissbrauchs ein Geltendmachen desselben nicht durch die Prämisse, die internationale Zuständigkeit dürfe nicht mehr überprüft werden, ausgeschlossen.

### III. Einordnung als Rechtsmissbrauch

Damit ist der hier untersuchte Fall der Gesetzesumgehung in Form der Zuständigkeitserschleichung bei Vorliegen der oben beschriebenen Indizien in der Regel ein Fall des Rechtsmissbrauchs<sup>438</sup>. Kein Fall des Rechtsmissbrauchs sind dabei die Fälle der Simulation<sup>439</sup>.

---

<sup>436</sup>Diese Aussage gilt in der Absolutheit mit Geltung der EuInsVO 2017 nicht mehr, vgl. Art. 5 EuInsVO 2017. Dazu siehe unten.

<sup>437</sup>Rauscher/*Mäsch*, EuZPR, Art. 26 EG-InsVO Rn. 20; *Becker*, S. 270 f. kommt für die EuGVO zum selben Ergebnis, stützt dies aber auf eine durch die Grundrechte gebotene teleologische Reduktion des Art. 35 Abs. 2 EuGVO (alt). Er bringt also letztlich den *ordre public* in Stellung.

<sup>438</sup>*Tichý*, FS Martiny, S. 853 und S. 858 ordnet die Gesetzesumgehung ebenfalls als Fall des Rechtsmissbrauchs ein.

<sup>439</sup>A.A. MüKoBGB/*Kindler*, Art. 26 VO (EG) 1346/2000 Rn. 12; *Koch*, FS Jayme Band I, 437, 440; vgl. auch LG Köln NZI 2011, 957 ff.; AG Göttingen IPrax 2014, 285 ff.

Im Hinblick auf die oben genannten Fallgruppen liegt wohl regelmäßig ein Fall der *exceptio doli praesentis* vor. Das subjektive Tatbestandsmerkmal ist zwangsläufig erfüllt, wenn man – wie hier vertreten wird – auf die Motive des Schuldners abstellt.

### 3. Kapitel Rahmen des Rechtsmissbrauchs

Mögliche Lösungsansätze haben sich an den Vorgaben des Europäischen Rechts messen zu lassen. Dabei sind insbesondere die Ziele der Europäischen Union und der bislang erreichte Status der Integration zu berücksichtigen. Gleichzeitig stellt sich bei den Lösungsansätzen die Herausforderung, die Interessen der Beteiligten angemessen zu berücksichtigen.

Im Folgenden werden zunächst die Ziele und der aktuelle Status der Integration der Europäischen Union, soweit dies für die Fragen der Anerkennung von Urteilen von Bedeutung ist, herausgearbeitet. Dann werden die Interessen der an der Anerkennung beteiligten Personen dargestellt.

#### A. Vorgaben der Europäischen Union

##### I. Wechselseitiges Vertrauen

Die Grundprämisse, die sowohl von der Europäischen Kommission als auch vom EuGH<sup>440</sup> immer wieder<sup>441</sup> postuliert wird, ist die der strukturellen Gleichwertigkeit<sup>442</sup> der Rechtssysteme innerhalb der Europäischen Union<sup>443</sup>. Als Folge dieser Prämisse herrsche ein Klima des gegenseitigen Vertrauens<sup>444</sup> vor<sup>445</sup>. Dieses wechselseitige Vertrauen<sup>446</sup> führt nach Lesart des EuGH dazu,

---

<sup>440</sup>EuGH v. 9. 12. 2003, Rs. C-116/02, Slg. 2003, I-14693, 14721, 14476 (*Erich Gasser GmbH./MISAT Srl.*) Rn. 72; EuGH v. 27.4.2004, Rs. 159/02, Slg. 2004, I-3565, 3578, 3587 f. (*Gregory Paul Turner./Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd und Changepoint SA*) Rn. 24, 25; EuGH v. 02.05.2006, Rs. 341/04 Slg. 2006, I-3813, 3854, 3870, f. (*Eurofood ISFC Ltd*) Rn. 41 f.; EuGH v. 10.02.2009, Rs. C-185/07, Slg. 2009 I- 663, , 687, 696 (*Allianz SpA vormalsRiunione Adriatica di Sicurtà SpA und General Assicurazioni Generali SpA./West Tankers Inc*) Rn. 24.

<sup>441</sup>*Mankowski*, KTS 2011, 185, 186 Fn. 3 „mantrahafte[s] offizielle[s] Bekenntnis“.

<sup>442</sup>Dazu *Hess*, EuZPR, § 4 Rn. 75 ff.

<sup>443</sup>Vgl. auch *Adolphsen*, EuZVR, § 7, Rn. 133 ff.

<sup>444</sup>Vgl. Jenard Bericht, ABl. EG C 1979, 59/1, 46, Kommentar zu Art. 28 EuGVÜ; vgl. auch Erwägungsgrund 16 zur EuGVO alt / Erwägungsgrund 26 Brüssel Ia-VO; Erwägungsgrund 18 EuVTVO.

<sup>445</sup>Kritisch zu dieser Prämisse und insbesondere zu der Annahme des EuGH die Gleichwertigkeit sei bereits vollends erreicht, *Althammer/Löhnig*, ZZPInt 9 (2004), 23, 33 ff. und *Laukemann*, IPRax 2012, 207, 214 für das Insolvenzrecht.

dass die Gemeinschaftsrechtsakte strikt anzuwenden und zu befolgen sind<sup>447</sup>. Denn weil die Justizsysteme der Mitgliedsstaaten gleichwertig sind, sind – nach Ansicht des EuGH – identische<sup>448</sup> Ergebnisse zu erwarten<sup>449</sup>.

Dabei erfasst dieses Vertrauen in die Gleichwertigkeit grundsätzlich<sup>450</sup> alle Mitgliedsstaaten der Europäischen Union. Insbesondere werden dabei alle neuen Beitrittsländer erfasst und zwar sowohl im Hinblick auf den Beitritt Estlands, Lettlands, Litauens, Maltas, Polens, der Slowakei, Sloweniens, Tschechiens, Ungarns und Zyperns zum 01.05.2004 als auch im Hinblick auf den Beitritt Bulgariens und Ungarns zum 01.01.2007. Die Übernahme der Gemeinschaftsrechtsakte auf dem Gebiet des (insbesondere Zivil-)Prozessrechts als *acquis communautaire* durch die Beitrittsstaaten erfolgte grundsätzlich vollständig<sup>451</sup>.

## II. Urteilsfreizügigkeit/Wechselseitige Anerkennung

Als rechtspolitisches (Fern-)Ziel formulierte bereits Art 220 EWG-Vertrag<sup>452</sup> die „Vereinfachung der Förmlichkeiten für die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung richterlicher Entscheidungen“. Der Grundsatz der erleichterten Anerkennung von Urteilen ist ein wesentlicher Teil des Selbstverständnisses und der Fortentwicklung des Europäischen Prozessrechts<sup>453</sup>. Dieses Ziel wird von den Organen und Institutionen der Europäischen Union, insbesondere der Europäischen Kommission, stetig weiterverfolgt<sup>454</sup>. Dementsprechend findet dieser Grundsatz in Art. 67 Abs. 4 AEUV sowie in Art. 81 AEUV ausdrückliche Erwähnung.

---

<sup>446</sup>Linke/Hau, IZVR, Rn. 7.13 bezeichnet die Prämisse der Gleichwertigkeit der Rechtspflegesysteme als „durchaus sinnvolle Arbeitshypothese“, der in Extremfällen nicht „blind zu trauen“ ist.

<sup>447</sup>Hess, EuZPR, § 4 Rn. 75. Vgl. aber die Entscheidung des polnischen Verfassungsgerichtshofs vom 16.11.2011, der das Sekundärrecht, Art. 41 EuGVO (a.F.) an der polnischen Verfassung misst, dazu *Wudarski/ Stürner*, IPRax 2013, 278 ff.

<sup>448</sup>Zumindest gleichwertige.

<sup>449</sup>EuGH v. 11.07.2008 Rs. C-195/08 PPU, Slg. 2008 I-5271, 5305, 5327 (*Inga Rinau*) Rn. 50.

<sup>450</sup>Als Staaten, in denen das Vertraute zumindest theoretisch insofern nicht greifen könnte, weil nicht alle vereinheitlichten Rechtsakte automatisch übernommen werden, kommen wegen der jeweils erklärten Vorbehalte Großbritannien, Irland und Dänemark in Betracht. Vgl. zu dem jeweils in diesen Ländern geltenden Stand der abgestuften Integration, Hess, FS Leipold, S. 241 f.

<sup>451</sup>Art. 39 der Beitrittsakte (ABl. EG L 236 v. 23.09.2003) und Art. 38 des Beitrittsprotokolls (ABl. EG L 157 v. 21.06.2005 S. 27 ff.) gewähren der Europäischen Kommission zwar die Möglichkeit den praktischen Vollzug des Europäischen Rechts zu kontrollieren und bei Mängel der Umsetzung das Recht einen Vorbehalt zur Anwendung des Europäischen Zivilprozessrechts zu erklären, praktisch hat die Kommission dieses Recht jedoch nicht wahrgenommen, Hess, FS Leipold, S. 243 f.

<sup>452</sup>Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, der am 1.1.1958 in Kraft trat.

<sup>453</sup>Hess, EuZPR, § 3 Rn. 12; *Adolphsen*, EuZVR, Rn. 142 „Eckstein der justiziellen Zusammenarbeit“.

<sup>454</sup>Nach *Schack*, FS Leipold, S. 317, 321 „ohne Rücksicht auf die Interessen des Vollstreckungsstaates“.

Ebenso wie bei der Prämisse des gegenseitigen Vertrauens ist davon auszugehen, dass der Grundsatz der Urteilsfreizügigkeit ein unverzichtbarer Maßstab für die Beurteilung aller möglichen Lösungsansätze ist. Lösungsansätze, die *strukturell* weder das gegenseitige Vertrauen noch die Urteilsfreizügigkeit fördern oder wenigstens gewährleisten, haben sich allein deswegen bereits für den Gang der Untersuchung disqualifiziert.

## B. Interessen

### I. Der Europäischen Union

Sowohl die Europäische Union als auch die einzelnen Mitgliedsstaaten haben zunächst ein Interesse an der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung auch ausländischer Urteile, weil dies den internationalen Rechtsverkehr fördert. Dies gilt umso mehr für den innereuropäischen Rechtsraum. Dort dient eine erleichterte Urteilsanerkennung vor allem dem Abbau von Handelshemmnissen und damit der Schaffung und Förderung des Binnenmarkts<sup>455</sup>. Nur wenn grundsätzlich die Urteile der europäischen Mitgliedsstaaten in allen anderen Mitgliedsstaaten anerkannt werden, ist dieses Ziel zu erreichen. Denn nur in diesen Fällen ist es aus Sicht der Bürger der Union, seien es Verbraucher oder im weitesten Sinne am (internationalen und insbesondere innergemeinschaftlichen) Wirtschaftsverkehr Tätige, unerheblich, ob Verträge grenzüberschreitenden Charakter haben oder nicht. Weiterhin hat die Europäische Union ein wirtschaftliches Interesse an vereinfachter Anerkennung. Die Kosten für die Durchführung des Exequaturverfahrens in den Mitgliedsstaaten belaufen sich nach Schätzungen der Kommission auf 2.200 Euro für einen einfach gelagerten Fall<sup>456</sup>. Nach Einschätzung der Kommission belaufen sich die Gesamtkosten für die Exequaturverfahren auf über 47 Millionen Euro pro Jahr in der gesamten Europäischen Union<sup>457</sup>.

---

<sup>455</sup>Vgl. z.B. Art 3 des Vertrages von Lissabon.

<sup>456</sup>Vgl. Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen Zusammenfassung der Folgeschätzung, v. 14.12.2010 SEK(2010) 1548 endg., Punkt 2.1.1.

<sup>457</sup>Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen Zusammenfassung der Folgeschätzung, v. 14.12.2010 SEK(2010) 1548 endg., Punkt 2.1.1.



Nach Erhebungen der Europäischen Kommission sind nur ein Viertel der in der Union ansässigen kleinen und mittleren Unternehmen grenzüberschreitend tätig<sup>458</sup>. Mehr als ein Drittel der bislang nicht grenzüberschreitend Tätigen wären – ebenfalls nach Erhebungen der Kommission - eher bereit, ihren Tätigkeitsbereich über die Grenzen auszudehnen, wenn die Anerkennung und Vollstreckung mitgliedstaatlicher Entscheidungen durch den Wegfall des Exequaturverfahrens<sup>459</sup> vereinfacht würde<sup>460</sup>.

Im modernen Wirtschaftsverkehr ist die Möglichkeit der grenzüberschreitende Durchsetzung der eigenen Rechte zwar nicht der einzige Grund für oder gegen die Entscheidung der Aufnahme von Handelsbeziehungen mit Angehörigen anderer Staaten, dennoch ein Grund der - für den insoweit Sensibilisierten – nicht völlig außer Acht gelassen wird<sup>461</sup>. Unglücklicherweise muss man zugestehen, dass die Sensibilisierung für die Belange der Urteilsanerkennung häufig genug erst dann eintritt, wenn man in der Praxis auf entsprechende Probleme stößt.

Basierend auf der Kompetenznorm des Art. 114 AEUV ist es zudem Ziel der Europäischen Union, einen einheitlichen europäischen Rechtsraum zu schaffen. In jüngerer Vergangenheit schritt die Vereinheitlichung des IPR mit den verschiedenen ROM-Verordnungen voran<sup>462</sup>. Die Vereinheitlichung des Sachrechts ist zur Zeit - abgesehen von einzelnen als Insellösung auftretenden Aspekten – nicht vorgesehen. Schritte in die Richtung wie der Draft Common Frame of Reference existieren zwar, die Kommission widmet sich im Moment jedoch u.a. einem *optionalen* Instrument für die business to consumer Beziehung<sup>463</sup>.

---

<sup>458</sup>Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen Zusammenfassung der Folgeschätzung, v. 14.12.2010 SEK(2010) 1548 endg., Punkt 2.1.4.

<sup>459</sup>Dabei ist die Idee der Abschaffung des Exequaturverfahrens älter als die Europäischen Gemeinschaften, *Adolphsen*, Die Anerkennung, S.5.

<sup>460</sup>Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen Zusammenfassung der Folgeschätzung, v. 14.12.2010 SEK(2010) 1548 endg., Punkt 2.1.4.

<sup>461</sup>Vgl. auch Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen Zusammenfassung der Folgeschätzung, v. 14.12.2010 SEK(2010) 1548 endg., Punkt 2.1.1.

<sup>462</sup>Als letztes die Rom III-VO (VO (EU) Nr. 1259/2010 des Rates v. 20.12.2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, ABl. EU L 343/10 v. 29.10.2010).

<sup>463</sup>GRÜNBUCH DER KOMMISSION Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM(2010) 348 endg. Dazu und zum Verhältnis zum DCFR *Tamm*, GPR 2010, 281 ff.



Diese Entwicklung deutet neben vielen anderen bereits an, dass die Europäische Kommission ein weiteres Zusammenwachsen der Mitgliedsstaaten auch auf rechtlicher Ebene nicht vollständig aus den Augen verliert, sollte es auch still geworden sein um das umfassende europäische Zivilgesetzbuch<sup>464</sup>.

## II. Der Mitgliedsstaaten

Die Interessen der Mitgliedsstaaten an einer Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von ausländischen – insbesondere europäischen - Urteilen laufen teils mit denen der Europäischen Union gleich, divergieren jedoch auch zum Teil.

Zunächst ist auch hier – ebenso wie bei der Europäischen Union als Einheit - ein Interesse eines jeden Staates an der Förderung des internationalen Rechtsverkehrs zu berücksichtigen<sup>465</sup>. Aus Sicht der Einzelstaaten kommen schöne wirtschaftliche Erwägungen zusätzlich zum Tragen: Ein Urteil, das im Ausland ergangen ist und anerkannt wird, entlastet den Staat und dessen Justizapparat<sup>466</sup>. Denn sofern ein Rechtsschutzinteresse der Parteien im Inland an der Entscheidung über den Sachverhalt besteht, ist die Alternative zur Anerkennung des ausländischen Urteils nur die komplette Durchführung des Verfahrens – also eine Wiederholung - im Inland<sup>467</sup>. Die Pflicht der Staaten sich auf eine der beiden Alternativen einzulassen, folgt aus dem Anspruch auf Justizgewährung<sup>468</sup>, der z.B. in Deutschland aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankertem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet wird.

Ein weiteres Ziel der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile ist die Wahrung des internationalen Entscheidungseinklangs<sup>469</sup>. Das Ziel ist dabei

---

<sup>464</sup>Entschließung des Europäischen Parlaments zu den Bemühungen um eine Angleichung des Privatrechts der Mitgliedstaaten v. 26 Mai 1989, ABl. C 158 vom 26.6.1989, S. 400.

<sup>465</sup>*Geimer/Schütze*, Internationale Urteilsanerkennung, § 179 S. 1367, *Martiny* in Hdb. IZVR III/1, S. 44.

<sup>466</sup>*Geimer/Schütze*, Internationale Urteilsanerkennung, § 179 S. 1367; *Martiny* in Hdb. IZVR III/1, S. 44; *Becker*, S. 54 f. *Schack* IZVR Rn. 878 weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass es gerade für die Gerichte des Anerkennungsstaates einfacher sei, die entsprechende Anerkennungs Voraussetzungen zu prüfen, als den Prozess von Neuem aufrollen zu müssen. Vgl. auch *Regen*, Prozessbetrug, Rn. 588.

<sup>467</sup>*Geimer/Schütze*, Internationale Urteilsanerkennung, § 179 S. 1367.

<sup>468</sup>*Geimer/Schütze*, Internationale Urteilsanerkennung, § 179 S. 1367; dazu auch *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 3 m.w.N.

<sup>469</sup>*Geimer/Schütze*, Internationale Urteilsanerkennung, § 179 S. 1368; *Schack*, IZVR Rn. 879; *Becker*, S. 55.

die Vermeidung sich widersprechender Entscheidungen. Dabei sollen insbesondere hinkende Rechtsverhältnisse, d.h. Rechtsverhältnisse, die von den Richtern des einen Staats anders entschieden worden sind als von den Richtern des anderen Staats, vermieden werden. Dies kann verschiedene Gründe haben, so z.B. tatsächliche, wie die Verfügbarkeit von Zeugen, aber auch rechtliche, wie Verschiedenheiten des anzuwendenden materiellen Rechts oder des Prozessrechts<sup>470</sup>. Die Folge dieser abweichenden Urteile ist jedoch immer eine Störung des internationalen Entscheidungseinklangs mit verschiedenen - meist negativen - Folgen vor allem für die betroffenen Personen. Denkbar ist dabei z.B. dass eine Person wegen der Nichtanerkennung eines Scheidungsurteils<sup>471</sup> in einem Staat den erb- und familienrechtlichen Folgen der Ehe unterworfen ist, ja sogar der Bigamie angeklagt werden kann, während sie in einem anderen Staat völlig legal ein zweites – aber eben nur ein einziges – Mal verheiratet ist. Es ist dabei die Aufgabe des Staats seine eigenen Bürger – soweit möglich – vor diesen Folgen zu bewahren.

Die genannten Gründe streiten dabei sämtlich für eine weitestgehende Anerkennung der Urteile ausländischer Staaten, laufen also mit den Interessen der Europäischen Union gleich.

Es gibt jedoch Interesse der Einzelstaaten, die gegen die Anerkennung und Vollstreckung zumindest einiger ausländischer Entscheidungen streiten. Dies sind Entscheidungen, die mit den elementaren inländischen Rechtsnormen<sup>472</sup> kollidieren und den grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen eines Staates widersprechen<sup>473</sup>.

Die hinter der Nichtanerkennung solcher Entscheidungen stehende ratio ist die Durchsetzung der eigenen Machtinteressen eines Staats<sup>474</sup>, der es sich nicht erlauben kann, das Fundament der staatlichen Macht und die eigenen Gerech-

---

<sup>470</sup> Geimer/Schütze, Internationale Urteilsanerkennung, § 179 S. 1368 f.

<sup>471</sup> Die gravierensten Folgen der Störung des internationalen Entscheidungseinklangs dürften sich dabei bei sich widersprechenden Gestaltungsurteilen stellen, vgl. dazu Geimer/Schütze, Internationale Urteilsanerkennung, § 179 S. 1368 f.

<sup>472</sup> Geimer/Schütze, Internationale Urteilsanerkennung, § 179 S. 1369.

<sup>473</sup> Geimer/Schütze, Internationale Urteilsanerkennung, § 179 S. 1369; Dies., EuZVR, Art. 34 EuGVO Rn. 38.

<sup>474</sup> Geimer/Schütze, Internationale Urteilsanerkennung, § 179 S. 1369.

tigkeitsvorstellungen durch die Anerkennung ausländischer Urteile, die eben diesen Prinzipien widersprechen, zu unterminieren<sup>475</sup>.

Dabei muss die Frage gestellt werden, ob die Durchsetzung dieser, gegen eine Anerkennung sprechenden, Interessen – vor allem angesichts des europäischen Rechtsraums – und angesichts der Vorgaben der Europäischen Union nicht veraltet und überflüssig sind<sup>476</sup>. Schließlich nimmt die Europäische Union ausdrücklich in Anspruch, eben diese Mindestvorgaben in Bezug auf die Gerechtigkeitsvorstellungen der Staaten und die elementaren Rechtsnormen vereinheitlicht zu haben oder dies wenigstens zu planen (vgl. z.B. die Charta der Grundrechte). Alle Mitgliedsstaaten der Europäischen Union<sup>477</sup> sind zudem Mitglied der Konvention für Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention EMRK).

Man kann davon ausgehen, dass dieses „Level“ der „gleichen“ Gerechtigkeitsvorstellungen – respektive des gleichen Fundaments dieser Gerechtigkeitsvorstellungen – möglicherweise theoretisch<sup>478</sup>, wohl aber nicht praktisch, erreicht ist<sup>479</sup>. Dabei muss man mitnichten seinen Blick (nur) auf die neuen Mitgliedsstaaten<sup>480</sup> werfen, um auf verschiedene Gerechtigkeitsvorstellungen in den Mitgliedsstaaten zu stoßen. In Detailfragen existieren diese sogar in den Gründungsstaaten der Europäischen Gemeinschaft(en)<sup>481</sup>. So betraf der leading case der ordre public-Kontrolle, der EuGH-Fall *Krombach/Bamberski*<sup>482</sup>, die (Nicht-)Anerkennung einer französischen Entscheidung durch deutsche Gerichte.

---

<sup>475</sup> *Geimer/Schütze*, Internationale Urteilsanerkennung, § 179 S. 1369.

<sup>476</sup> Der polnische Verfassungsgerichtshof hat in einem Urteil vom 16.11.2011 Art. 41 EuGVO (a.F.) einer Kontrolle am Maßstab der polnischen Verfassung unterzogen, dazu *Wudarski/ Stürner*, IPRax 2013, 278 ff. Das ist vor dem Hintergrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts beachtlich, zeigt aber auch, dass die Frage sich nicht überholt hat. Vgl. zu dem Urteil und der Rechtslage nach deutschem Recht *Wudarski/ Stürner*, IPRax 2013, 278 ff.

<sup>477</sup> Zur Zeit ist diese selbst noch nicht Mitglied.

<sup>478</sup> *Beaumont/Johnston*, IPRax 2010, 105, 107. Vgl. auch die Kritik von MüKoBGB/*Kindler*, Art. 26 VO (EG) 1346/2000 Rn. 2. A.A. *Stein*, IPRax 2004, 181, 184, der „kaum mehr Unterschiede ausmachen“ will.

<sup>479</sup> *Althammer/Löhnig*, ZZPInt 9 (2004) 23, 37: „Phase der Vertrauensvervollständigung“.

<sup>480</sup> *Stein*, IPRax 2004, 181, 186 sieht im Hinblick auf den Wechsel von der Diktatur zu Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, den einige neue Mitgliedsstaaten zu bewältigen hätten, „keinen Anlass zur Sorge“.

<sup>481</sup> Vgl. *Stolz*, JuS 2002, 541, 543.

<sup>482</sup> EuGH v. 28.03.2000, Rs. 7/98 Slg. 2000, S. I-1935, 1956 ff. (*Dieter Krombach./André Bamberski*).

Zudem hat bei der Frage der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen im europäischen Raum ein gewisser Paradigmenwechsel stattgefunden<sup>483</sup>. Das Ziel des Exequaturverfahrens – und damit die Verhinderung einer automatischen Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Entscheidungen – waren früher der Schutz des eigenen Rechtssystems vor der „Invasion“ durch fremde Länder (respektive durch deren Entscheidungen)<sup>484</sup>. Eine möglicherweise ursprünglich „zufällige“ Auswirkung ist, dass die nationalen Gesetzgeber, denen auf dem Wege der Feststellung eines ordre public-Verstoßes bescheinigt wird, dass die (insbesondere Verfahrens-)Normen, die diese erlassen haben, überdenkenswert sind, nach dieser Feststellung ihre Normen kritisch hinterfragen, überprüfen und anpassen<sup>485</sup>. Diese Denkanstöße können dabei durchaus zu Gesetzesänderungen führen<sup>486</sup> und können eine Möglichkeit und Chance sein, die einzelnen Rechtsordnungen in Europa einander im Hinblick auf die Grundwertungen (weiter) anzunähern.

### III. Titelgläubiger

Der Titelgläubiger, d.h. die Partei, die im Ausland einen Titel erstritten hat und aus diesem die Vollstreckung betreiben will – gleichgültig, ob Kläger oder Beklagter<sup>487</sup> des Ursprungsverfahrens - hat ein Interesse an der weitestgehenden Anerkennung und Vollstreckung des für ihn günstigen Urteils<sup>488</sup>. Er möchte vermeiden den – letztlich gleichen - Prozess erneut führen zu müssen und sich dabei erneut dem Risiko des Prozessverlusts auszusetzen<sup>489</sup>. Dabei liegt es weiterhin in seinem Interesse, dem Gegner keine Gelegenheit zu geben, das für ihn – den Titelgläubiger – günstige Urteil wieder, sei es durch erneuten Tatsachen- oder rechtlichen Vortrag, in Frage stellen zu können<sup>490</sup>.

Letzteres Interesse korrespondiert mit dem Interesse des Titelgläubigers an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit<sup>491</sup>. Ihm ist daran gelegen, dass die durch

---

<sup>483</sup>Schlosser, IPRax 2010, 101, 104.

<sup>484</sup>Schlosser, IPRax 2010, 101, 104.

<sup>485</sup>Schlosser, IPRax 2010, 101, 104.

<sup>486</sup>Schlosser, IPRax 2010, 101, 104.

<sup>487</sup>Schließlich kann auch der obsiegende Beklagte i.d.R. zumindest wegen seiner Kosten vollstrecken.

<sup>488</sup>Domej, Die Anerkennung, S. 116 weist darauf hin, dass die Möglichkeit der Anerkennung und Vollstreckung von Titel im Ausland nicht immer ein adäquater Ersatz für Inlandsvollstreckung sei.

<sup>489</sup>Geimer/Schütze, Internationale Urteilsanerkennung, § 179 S. 1372; Martiny in Hdb. IZVR III/1, S. 39 f.

<sup>490</sup>Vgl. Geimer/Schütze, Internationale Urteilsanerkennung, § 179 S. 1372; Becker, S. 57.

<sup>491</sup>Geimer/Schütze, Internationale Urteilsanerkennung, § 179 S. 1377; Becker, S. 57.

ihn erstrittene Entscheidung möglichst einfach und für ihn vorhersehbar im Ausland vollstreckt wird<sup>492</sup>.

Ein weiteres Interesse des Titelgläubigers erschließt sich erst auf den zweiten Blick. Der Titelgläubiger hat ein Interesse, ja sogar einen auf Art. 6 EMRK gestützten Anspruch auf wirksame Vollstreckung<sup>493</sup>. Dieser Anspruch folgt aus dem Recht auf ein faires Verfahren<sup>494</sup>, denn auch dem Titelgläubiger steht zu, dass er im Hinblick auf seine Rechtspositionen, die bereits einer gerichtlichen Kontrolle im Erststaat unterworfen wurden, im weiteren Verlauf des Verfahrens fair behandelt zu werden. Somit stellt eine zu starke Kontrolle der bereits erstrittenen Titel des Titelgläubigers einen Verstoß gegen die EMRK dar<sup>495</sup>, den der Titelgläubiger gesondert angreifen kann.

#### IV. Titelschuldner

Das Interesse des Titelschuldners, d.h. der Partei, gegen die mittels dem ergangenen Urteil die Vollstreckung betrieben werden soll, ist – im Gegensatz zum Titelgläubiger – darauf gerichtet, die Wirkungen des ausländischen – negativen – Urteils möglichst zu begrenzen<sup>496</sup>. Das betrifft gerade auch die Begrenzung der Wirkungen des Urteils. Je weniger Wirkung das ausländische Urteil – insbesondere außerhalb des Erststaats - entfaltet, je beschränkter ist die Rechtsposition, die der Gläubiger gegen den Schuldner nutzbar machen kann.

Trotz der eben genannten Interessen des Titelschuldners, die Anerkennung zu begrenzen, kann es jedoch auch seitens der Titelschuldner durchaus ein Interesse an (erleichterter) Anerkennung ausländischer Urteile durch seinen Heimatstaat geben. Denn wenn der Titelschuldner seinen (Wohn-)Sitz in einem Staat hat, der die Anerkennung fremder Urteile erschwert, so kann dies dazu führen, dass ausländische Gläubiger andere Sicherungsmaßnahmen – insbesondere die Anforderung von Vorausleistungen - ergreifen, falls sie mit dem Titelschuldner in geschäftlichen Kontakt treten<sup>497</sup>.

---

<sup>492</sup>Martiny in Hdb. IZVR III/1, S. 39.

<sup>493</sup>Schilling, IPRax 2011, 31.

<sup>494</sup>Schilling, IPRax 2011, 31.

<sup>495</sup>Schilling, IPRax 2011, 31.

<sup>496</sup>Regen, Prozessbetrug, Rn. 605.

<sup>497</sup>Schack, IZVR Rn. 877; Becker, S. 58.

Dies kann ein deutlicher wirtschaftlicher Nachteil des Titelschuldners gegenüber Einwohnern von Staaten mit erleichterter Urteilsanerkennung sein.

Weiterhin hat in der Regel auch der Titelschuldner ein Interesse an einem einfach handhabbaren Anerkennungsverfahren, das zu vorhersehbaren und rechtssicheren Ergebnissen führt<sup>498</sup>.

Die Interessenlage des Titelschuldners ist somit nicht allein darauf gerichtet, dass das gegen ihn ergangene Urteil nur unter erschwerten Bedingungen anerkannt, bzw. größtmöglich überprüft, wird. Auch der Titelschuldner hat ein zu diesem vorherigen Aspekt gegenläufiges Interesse an erleichterter Urteilsanerkennung.

#### V. Unumgänglichkeit einer Interessenabwägung

Bei der eben dargestellten Gemengelage der Interessen ist eine Abwägung derselben unumgänglich<sup>499</sup>. Nicht jedes Interesse lässt sich gleichermaßen berücksichtigen<sup>500</sup>. Die Interessen des Titelschuldners und – Gläubigers sind meist gegenläufig<sup>501</sup>. Die einzelnen Interessen müssen in einer generalisierenden Betrachtung gewichtet und gegeneinander abgewogen werden<sup>502</sup>.

Die Problematik lässt sich nicht lösen, wenn nicht die verschiedenen Interessen im Sinne angemessener Gewichtung der jeweiligen Einzelinteressen berücksichtigt werden.

Den einzelnen Interessen kann bei dieser Abwägung durchaus ein verschiedenes Gewicht beigemessen werden. So kann als Grundsatz gelten, dass dem Interesse des Titelschuldners an möglichst nur lokaler Wirkung des gegen ihn erwirkten Titels, eine geringere Bedeutung zukommt<sup>503</sup>, als dem gegenläufigen Interesse des Titelgläubigers an möglichst weiter Wirkung des erstrittenen Ti-

---

<sup>498</sup> *Martiny* in Hdb. IZVR III/1, S. 39. *Domej*, Die Anerkennung, S. 119 weist auf die Prozessökonomie hin, die das Interesse aller Beteiligten, Staaten, wie Parteien, sei.

<sup>499</sup> Vgl. ähnlich *Baumgärtel*, ZZP (69) 1956, 89, 100, der für die Frage des Rechtsmissbrauchs jedoch nur auf die *beiderseitigen* Interessen abstellt und damit wohl nur die Interessen der am Erkenntnisverfahren beteiligten Parteien einbeziehen und abwägen will.

<sup>500</sup> *Martiny* in Hdb. IZVR III/1, S. 43.

<sup>501</sup> *Martiny* in Hdb. IZVR III/1, S. 39.

<sup>502</sup> *Martiny* in Hdb. IZVR III/1, S. 43 spricht von einem „*sehr schmalen Grat*“.

<sup>503</sup> Wenn dieser Punkt überhaupt als legitimes Interesse des Vollstreckungsschuldners zu berücksichtigen ist, vgl. *Domej*, Die Anerkennung, S. 116 f.

tels. Das folgt bereits daraus, dass auch der Titelschuldner ein Interesse an erleichterter Anerkennung hat (oder haben sollte). Dieser Grundsatz folgt aber auch daraus, dass es bereits ein justizförmiges Verfahren im Ausland gegeben hat, in dem der Titelgläubiger seinen Anspruch erstritten hat. Zugunsten des Titelgläubigers streitet also bei der Interessenabwägung, dass er bereits eine Rechtsposition - das Urteil – erstreiten, bzw. den zugrunde liegenden Anspruch erfolgreich behaupten, konnte.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass es die vorrangige Aufgabe des Internationalen Zivilprozessrechts ist, den Parteien, also den einzelnen Beteiligten, Chancengleichheit im Hinblick auf die Durchsetzung der Ansprüche im Inland wie im Ausland zu gewährleisten<sup>504</sup>. Aus diesem Grund ist den Interessen der Parteien tendentiell ein höheres Gewicht beizumessen als den Interessen der Staaten<sup>505</sup> oder der Europäischen Union. Zu berücksichtigen ist jedoch ebenfalls, dass es durchaus übergeordnete staatliche (mitgliedsstaatliche wie europäische) Interessen, insbesondere die Erleichterung der grenzüberschreitenden Rechtsverfolgung sowie Integrationsinteressen der EU, geben kann, die eine gewisse Vorrangstellung vor den Privatinteressen beanspruchen können<sup>506</sup>.

Eine Interessenabwägung ist damit bei der Betrachtung der einzelnen in Betracht kommenden Lösungsmöglichkeiten unumgänglich.

Die Tendenz dieser Interessenabwägung hat aber nach den oben dargestellten Wertungen, insbesondere unter Berücksichtigung der Interessen des Titelgläubigers, anerkennungsfreundlich zu sein und dessen Position nicht unnötig zu erschweren. An dieser Vorgabe muss sich auch ein Rechtsmissbrauchsverbot messen lassen. Es hat also zwingend den Charakter einer Ausnahme zur Regel zu wahren.

---

<sup>504</sup> *Martiny* in Hdb. IZVR III/1, S. 38.

<sup>505</sup> *Martiny* in Hdb. IZVR III/1, S. 37.

<sup>506</sup> Vgl. *Martiny* in Hdb. IZVR III/1, S. 50.



### C. Allgemeines Verbot des Rechtsmissbrauchs im Europäischen Recht

Das Verbot des Rechtsmissbrauchs ist ein Prinzip, das im Europäischen Recht verankert ist<sup>507</sup>. Dieses Prinzip ist sowohl vom EuGH<sup>508</sup> als auch von der Literatur<sup>509</sup> anerkannt worden.

#### I. Anerkennung durch EuGH

Nach der Rechtsprechung des EuGH existiert

„ein allgemeine[r] Grundsatz des Gemeinschaftsrechts [...], wonach Rechtsmissbrauch verboten ist.“<sup>510</sup>

In der Entscheidung *Kofoed*<sup>511</sup> spricht der EuGH dabei expressis verbis aus, was sich in früheren Entscheidungen des EuGH, z.B. in den Entscheidungen *Centros*<sup>512</sup>, *Kefalas*<sup>513</sup>, *Emsland-Stärke*<sup>514</sup>, *Halifax*<sup>515</sup>, bereits angedeutet hat und erkennt ein gemeinschaftsrechtliches Verbot des Rechtsmissbrauchs an.

Als gemeinsamer Faktor stellt der EuGH bei der Feststellung des Rechtsmissbrauchs auf das von der für die Feststellung des Rechtsmissbrauchs maßgeblichen Norm verfolgte Ziel ab<sup>516</sup>. Dieses Ziel, bzw. der mit der Norm verfolgte

---

<sup>507</sup>Zimmermann, S. 180 f., Tichý, FS Martiny, S. 852 „als universaler Rechtsgrundsatz eines der Prinzipien des Unionsrechts“; vorsichtiger Baudenbacher ZfRV 2008, 205, 212 ff.

<sup>508</sup>EuGH v. 05.07.2007, Rs. C-321/05 Slg. 2007, I-5795, 5818, 5830 (*Hans Markus Kofoed./Skatteministeriet*) Rn. 38; EuGH v. 09.03.1999, Rs. C-212/97 Slg. 1999 I-1459, 1484, 1492 (*Centros Ltd./Erhvervs- og Selskabsstyrelsens*) Rn. 24; EuGH v. 21.07.2005, Rs. C- 515/03 Slg. 2005, I-7355, 7370, 7386 (*Eichsfelder Schlachtbetrieb GmbH./Hauptzollamt Hamburg-Jonas*) Rn. 39. Vorsichtiger Staudinger/Reppen § 226 Rn. 50: „noch keine durchgebildete Rechtsmissbrauchslehre“ siehe aber Rn. 52 „Das europäische Gemeinschaftsrecht hat das Verbot des Rechtsmissbrauchs als Rechtsgrundsatz aufgenommen.“

<sup>509</sup>MüKoBGB/Schubert, § 242 Rn. 159 ff.; Staudinger/Reppen, § 226 Rn. 52; PWW/Schmidt-Kessel, § 242 Rn. 3; Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 1244 f.; Wolf/Neuner, BGB AT, § 20 Rn. 75 (ebenso bereits die Voraufgabe Larenz/Wolf, BGB AT, § 16 Rn. 36); Zimmermann, S. 180 f., Tichý, FS Martiny, S. 852; Engsig Sørensen, CML Rev. 2006, 423 ff.

<sup>510</sup>EuGH v. 05.07.2007, Rs. C-321/05 Slg. 2007, I-5795, 5818, 5830 (*Hans Markus Kofoed ./ Skatteministeriet*) Rn. 38.

<sup>511</sup>EuGH v. 05.07.2007, Rs. C-321/05 Slg. 2007, I-5795, 5818 ff. (*Hans Markus Kofoed./Skatteministeriet*).

<sup>512</sup>EuGH v. 09.03.1999, Rs. C-212/97 Slg. 1999 I-1459, 1484 ff. (*Centros Ltd./Erhvervs- og Selskabsstyrelsens*).

<sup>513</sup>EuGH v. 12.05.1998, Rs. C-367/96 Slg. 1998, I-2843, 2862, 2869 (*Alexandros Kefalas u. a../ Elliniko Dimosio und Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*) insbesondere Rn. 20.

<sup>514</sup>EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-110/99 Slg. 2000, I-11569, 11595 ff. (*Emsland-Stärke GmbH./Hauptzollamt Hamburg-Jonas*).

<sup>515</sup>EuGH v. 21.02.2006, Rs. C-255/02 Slg. 2006, I-1609, 1655 ff. (*Halifax plc u.a../Commissioners of Customs & Exercise*).

<sup>516</sup>EuGH v. 09.03.1999, Rs. C-212/97 Slg. 1999 I-1459, 1484, 1493 (*Centros Ltd./Erhvervs- og Selskabsstyrelsens*) Rn. 25; EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-110/99 Slg. 2000, I-11569, 11595, 11612 (*Ems-*



Zweck, ist danach zu ermitteln und das Ergebnis der Anwendung der Norm ohne Rechtsmissbrauchskontrolle kritisch anhand dieses Ziels zu überprüfen. Widerspricht das Ergebnis der Anwendung der Norm diesem Ziel, so ist ein Eingreifen vonnöten<sup>517</sup>.

Weniger Klarheit herrscht jedoch bei den weiteren Voraussetzungen<sup>518</sup>, die der EuGH an das Vorliegen des Rechtsmissbrauchs stellt<sup>519</sup>. Insbesondere nicht geklärt ist die Frage, ob ein subjektives Element zur Begründung des Rechtsmissbrauchs notwendig oder ob ein solches entbehrlich ist.

Während der EuGH in einigen Entscheidungen, z.B. in der Entscheidung *Emsland-Stärke*<sup>520</sup> ausdrücklich das Vorliegen eines subjektives Elements, nämlich der

*„Absicht, sich einen gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden“*<sup>521</sup>

fordert, wird in anderen Entscheidungen, z.B. in den Entscheidung *Centros*<sup>522</sup> und *Halifax*<sup>523</sup> ausschließlich auf *objektive* Anhaltspunkte und das *Verfehlen des Ziels*, das die missbrauchte Norm verfolgt, abgestellt<sup>524</sup>. Bemerkenswert ist

---

*land-Stärke GmbH./Hauptzollamt Hamburg-Jonas*) Rn. 52; EuGH v. 21.02.2006 Rs. C-255/02 Slg. 2006, I-1609, 1655, 1679 (*Halifax plc u.a./Commissioners of Customs & Exercise*) Rn. 86, EuGH v. 06.04.2006, Rs. C-456/04, Slg. 2006, I-3395 (*Agip Petroli*) Rn. 20. Vgl. EuGH v. 12.05.1998, Rs. C-367/96 Slg. 1998, I-2843, 2862, 2869 (*Alexandros Kefalas u. a./Elliniko Dimosio und Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*) Rn. 22.

<sup>517</sup>EuGH v. 21.02.2006, Rs. C-255/02 Slg. 2006, I-1609, 1655, 1679 (*Halifax plc u.a. / Commissioners of Customs & Exercise*) Rn. 86.

<sup>518</sup>*Klöpper*, Missbrauch, S. 174 beschreibt treffend, dass das Missbrauchsverbot des EuGH verschiedene Fallkonstellationen des nationalen Rechts, insbesondere Gesetzesumgehung und individuellen Rechtsmissbrauch erfasst.

<sup>519</sup>PWW/*Schmidt-Kessel*, § 242 Rn. 3 weist darauf hin, dass der EuGH die anerkannte Generalklausel nicht selbst konkretisiert. Vgl. auch *Hess*, IPRax 2006, 348, 352 der darauf auferksam macht, dass die Verallgemeinerung der Urteile des EUGH nicht möglich sei, da er Einzelfälle entscheide und keine Rechtsinstitute oder Gesamtkonzeptionen entwickle.

<sup>520</sup>EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-110/99 Slg. 2000, I-11569, 11595 ff. (*Emsland-Stärke GmbH./Hauptzollamt Hamburg-Jonas*).

<sup>521</sup>EuGH v. 14.12.2000, Rs. C-110/99 Slg. 2000, I-11569, 11595, 11613 (*Emsland-Stärke GmbH./Hauptzollamt Hamburg-Jonas*) Rn. 53.

<sup>522</sup>EuGH v. 09.03.1999, Rs. C-212/97 Slg. 1999 I-1459, 1484 ff. (*Centros Ltd ./ Erhvervs- og Selskabsstyrelsens*).

<sup>523</sup>EuGH v. 21.2.2006, Rs. C-255/02 Slg. 2006, I-1609, 1655 ff. (*Halifax plc u.a./Commissioners of Customs & Exercise*).

<sup>524</sup>EuGH v. 09.03.1999, Rs. C-212/97 Slg. 1999 I-1459, 1484, 1493 (*Centros Ltd./Erhvervs- og Selskabsstyrelsens*) Rn. 25; EuGH v. 21.02.2006, Rs. C-255/02 Slg. 2006, I-1609, 1655, 1679 (*Halifax plc u.a./Commissioners of Customs & Exercise*) Rn. 86.

dabei erstens, dass die Entscheidung *Emsland-Stärke* von Entscheidungen eingerahmt wird, die das subjektive Element nicht fordern, und zweitens, dass diese Reduktion der Tatbestandsmerkmale soweit ersichtlich vom EuGH unkommentiert vonstatten gegangen ist. In der Entscheidung *Weald Leasing*<sup>525</sup> stellt der EuGH unter Verweis auf die *Halifax*-Entscheidung fest, dass sich neben der oben erwähnten Verfehlung des Zwecks, aus objektiven Anhaltspunkten<sup>526</sup> die *Absicht* ergeben müsse, dass „im Wesentlichen“<sup>527</sup> der Steuervorteil durch die gewählte Vorgehensweise bezweckt sei.

Diese Entscheidung *Weald Leasing* spricht wieder für das Erfordernis eines subjektiven Tatbestands, nämlich einer Ausnutzungsabsicht. Dass der EuGH dabei darauf hinweist, dass sich die Absicht aus objektiven Anhaltspunkten ergeben muss, ist dabei nichts Ungewöhnliches, sofern man diese objektiven Anhaltspunkte im Sinne von Indizien versteht, die darauf hinweisen, dass die Absicht vorgelegen hat.

Auch in der Literatur werden die entsprechenden Entscheidungen des EuGH verschieden gedeutet. Während einige annehmen, dass der EuGH an dem subjektiven Tatbestandsmerkmal festhält<sup>528</sup>, sind andere deutlich skeptischer<sup>529</sup>, bzw. gehen davon aus, dass der EuGH nur objektive Tatbestandsmerkmale fordert<sup>530</sup>.

Festzuhalten bleibt, dass sich anhand der bislang vorliegenden Entscheidungen keine klare Linie<sup>531</sup> des EuGH zum Erfordernis von subjektiven Tatbestandsmerkmalen eines Rechtsmissbrauchsverbots erkennen lässt.

---

<sup>525</sup>EuGH v. 22.12.3.2010, Rs. C-103/09 (*The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs./Weald Leasing Ltd*) zitiert nach <http://curia.europa.eu>.

<sup>526</sup>EuGH v. 22.12.3.2010, Rs. C-103/09 (*The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs./Weald Leasing Ltd*) Rn. 30 zitiert nach <http://curia.europa.eu>.

<sup>527</sup>EuGH v. 22.12.3.2010, Rs. C-103/09 (*The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs./Weald Leasing Ltd*) Rn. 30 zitiert nach <http://curia.europa.eu>.

<sup>528</sup>Grabitz/Hilf/Nettesheim/*von Rintelen*, Recht der EU, Art. 43 EU-Arbeitsweisevertrag Rn. 142; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Forsthoff*, Recht der EU, Art. 45 EU-Arbeitsweisevertrag Rn. 312; Zimmermann, S. 222 f. Vgl. auch MüKoInsO/*Thole*, Art. 3 EufnsVO Rn. 66.

<sup>529</sup>Baudenbacher ZfRV 2008, 205, 215 f.

<sup>530</sup>Schmidt-Kessel in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, 2000, S. 61, 68 f.

<sup>531</sup>Eidenmüller, KTS 2009, 137, 143 bezeichnet die Urteile des EuGH zutreffenderweise als „nur bedingt hilfreich“ für die Untersuchung der Tatbestandsvoraussetzungen eines europäischen Rechtsmissbrauchs-konzepts. *De La Feria*, CML Rev. 2008, 395, 441 bezeichnet die Rechtsprechung des EuGH als „patchy and vague“; ähnlich auch Engsig Sørensen, CML Rev. 2006, 423, 447 zum Begriff des „artificial arrangement“ das er „hardly a precise definition“ nennt.

## II. Anerkennung durch Literatur

Ein gemeinschaftliches Prinzip<sup>532</sup> des Rechtsmissbrauchs ist in der Literatur bereits vor der ausdrücklichen Aussage des EuGH in der Rechtssache *Kofoed* anerkannt worden<sup>533</sup>.

Dabei kann ein solches Prinzip auf verschiedene Weisen hergeleitet werden<sup>534</sup>. Festhalten lässt sich dabei wohl, dass der Grundsatz von Treu und Glauben ein Grundsatz ist, der im Europäischen Recht und vor allem im Europäischen Privatrecht anerkannt ist<sup>535</sup>.

*Eidenmüller* erkennt ein allgemeines Konzept des Rechtsmissbrauchs im Europäischen Recht an<sup>536</sup>. Er fordert jedoch, dass man sich von der Rechtsprechung des EuGH löse<sup>537</sup>, da der EuGH bislang kein klares Konzept des Rechtsmissbrauchs entwickelt habe<sup>538</sup>. Der EuGH versuche vor allem, den jeweiligen vorgelegten Sachverhalt zu entscheiden<sup>539</sup>. Zudem habe er es im Einzelfall mit verschiedenen Rechtsgebieten mit jeweils eigenen Besonderheiten zu tun<sup>540</sup>. Er versuche also vor allem, dem Einzelfall und dem jeweiligen Rechtsgebiet gerecht und nicht den sich ggf. stellenden dogmatischen Anforderungen Herr zu werden<sup>541</sup>. *Eidenmüller* sieht den Rechtsmissbrauch als Unterfall der Auslegung der Norm<sup>542</sup> an. Er verlangt, dass zwei Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, um von einem Rechtsmissbrauch sprechen zu können: Zum einen das zweck-

---

<sup>532</sup> *Arnulf*, Prohibition of Abuse of Law, S. 23 sieht darin kein verfassungsmäßiges generelles Prinzip, sondern eine Auslegungsmaxime, da das Verbot des Rechtsmissbrauchs zu unsicher in der Anwendung und potentiell gefährlich für das Funktionieren der EU sei. Insbesondere seien contra legem Auslegungen damit nicht zulässig. Dagegen *Engsig Sørensen*, Prohibition of Abuse of Law, S. 25 ff., der auf S. 28 f. darauf hinweist, dass die Unterscheide meist gering sind.

<sup>533</sup> Vgl. z.B. *PWW/Schmidt-Kessel*, § 242 Rn. 3; *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 20 Rn. 75; *Zimmermann*, S. 180 f., *Engsig Sørensen*, Prohibition of Abuse of Law, S. 25 ff. Vgl. *Ranieri*, ZEuP 2001, 165, 172 ff. dazu, dass das Prinzip in allen europäischen Rechtsordnungen anerkannt ist. *De La Feria*, CML Rev. 2008, 395, 439 sieht als Entscheidung, die letztlich das Prinzip des Rechtsmissbrauchs im Europäischen Recht etabliert hat, die Entscheidung *Halifax* aus 2006 an. *Brown*, Abuse in European Community Law, S. 511, 524 spricht 1994 noch von einem „need to establish a general principle of abuse of rights.“ Ebenfalls etwas vorsichtiger im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung und Reichweite *Rauscher/Leible*, EuZPR, Art. 29 Brüssel Ia-VO, Rn. 36.

<sup>534</sup> Vgl. zu den einzelnen Herleitungsansätzen auch unter Berücksichtigung der öffentlich-rechtlichen Perspektive, *Zimmermann*, S. 31 ff.

<sup>535</sup> *PWW/Schmidt-Kessel*, § 242 Rn.3; *Zimmermann* S. 50; vgl. auch oben, Fn. 14.

<sup>536</sup> *Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 142 ff.

<sup>537</sup> *Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 143.

<sup>538</sup> *Eidenmüller*, Prohibition of Abuse of Law, S. 141 f.; Ähnlich auch *De La Feria*, CML Rev. 2008, 395, 441.

<sup>539</sup> *Hess*, IPRax 2006, 348, 352, *Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 143. *Ders.*, Prohibition of Abuse of Law, S. 141.

<sup>540</sup> *Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 143. *Ders.*, Prohibition of Abuse of Law, S.

<sup>541</sup> *Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 143.

<sup>542</sup> *Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 145.

widrige Ausnutzen einer Norm und zum anderen, dass das fragliche Verhalten, das die Tatbestandsvoraussetzung der missbrauchten Norm erfüllte, bewusst vorgenommen wurde<sup>543</sup>. Ein absichtliches Verhalten ist nach *Eidenmüller* nicht erforderlich<sup>544</sup>.

*Althammer*<sup>545</sup> fordert vom EuGH, auch ein allgemeines Rechtsmissbrauchsverbot in der Brüssel Ia-VO anzuerkennen<sup>546</sup>. Dies diene den Interessen des Klägers und Beklagten gleichermaßen<sup>547</sup> und stärke gerade durch die Anwendung *einheitlicher* europäischer Maßstäbe das Vertrauen in die europäische Zuständigkeitsordnung<sup>548</sup>. *Stauder* bezweifelt, dass „*ein so fundamentaler Rechtsgrundsatz wie das Verbot von Rechtsmissbrauch vom Brüsseler Recht ferngehalten werden kann*“<sup>549</sup>.

Ein allgemeines Prinzip des Verbots des Rechtsmissbrauchs ist also in der Literatur anerkannt worden, auch wenn die Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelnen nicht abschließend geklärt sind.

### III. Vorgaben des Gemeinschaftsrechts

#### 1. Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an das Prinzip des Rechtsmissbrauchs

Die Anwendung des Prinzips des Rechtsmissbrauchs muss einigen Mindestanforderungen genügen, damit seine Anwendung nicht dem Sinn des Gemeinschaftsrechts zuwiderläuft und seine Anwendung nicht jegliche Rechtssicherheit zerstört.

Die Doktrin des Rechtsmissbrauchs muss eng ausgelegt werden, um eine einheitliche Rechtsanwendung in den Mitgliedsstaaten zu gewährleisten.<sup>550</sup> Um eben dies zu gewährleisten, haben die Gerichte nicht das Recht, sondern die

---

<sup>543</sup>*Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 145.

<sup>544</sup>*Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 145.

<sup>545</sup>*Althammer*, GS Konuralp, 103, 123 ff.

<sup>546</sup>Ebenso *Stauder*, FS Schrickler, 917, 928.

<sup>547</sup>*Althammer*, GS Konuralp, 103, 124 f.

<sup>548</sup>*Althammer*, GS Konuralp, 103, 126 f.

<sup>549</sup>*Stauder*, FS Schrickler, 917, 928.

<sup>550</sup>Vgl. EuGH v. 23.03.2000, Rs. 373/97, Slg. 2000, I-1705, 1723, 1734 (*Dionysios Diamantis./Ellinko Dimosio und Organismos Oikonomikis Anasykrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*) Rn. 33.

Pflicht, das Prinzip anzuwenden.<sup>551</sup> Es folgt aus dem Erkennen und Anerkennen eines Phänomens des Rechtsmissbrauchs die Pflicht sämtlicher in Frage kommender Gerichte, sowohl auf mitgliedstaatlicher als auch auf europäischer Ebene, tätig zu werden, um eine einheitliche Rechtsanwendung sicherzustellen.

Weniger genuin aus dem Gemeinschaftsrecht, als aus dem allgemein – so auch im Gemeinschaftsrecht<sup>552</sup> - anerkannten Grundsatz der Rechtssicherheit<sup>553</sup> folgt, dass das Gebot den Rechtsmissbrauch zu bekämpfen, nicht zu einem reinen Billigkeitsrecht verkommen darf<sup>554</sup>. Es kann bei der Bekämpfung des Rechtsmissbrauchs nicht nur auf den Einzelfall ankommen<sup>555</sup>, auch wenn sich - wie oben gezeigt wurde - der Rechtsmissbrauch erst bei Betrachtung des Einzelfalls zeigt. Es muss gewährleistet sein, dass die Anwendung des Rechtsmissbrauchsprinzips, das insbesondere durch die Gerichte erfolgt, vorhersehbar<sup>556</sup> ist, damit den Normunterworfenen, also anderen EU-Institutionen, Mitgliedsstaaten und vor allem den EU-Bürgern, im *Vorhinein* ermöglicht wird, zu erkennen, welches Verhalten dazu führt, dass durch die Anwendung des Rechtsmissbrauchsprinzips Rechte und Rechtspositionen beschnitten oder sogar negiert werden. Dabei ist dieses Spannungsverhältnis zwischen der notwendig einzelfallabhängigen Beurteilung, ob ein Rechtsmissbrauch vorliegt, und dem Gebot der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit nicht unauflösbar<sup>557</sup>. Die Tatbestandsvoraussetzungen des Rechtsmissbrauchsverbots müssen – bei aller notwendigen Flexibilität – so eng gefasst sein, dass das Verbot des Rechtsmissbrauchs nur in absoluten Ausnahmefällen eingreift<sup>558</sup>.

Weiterhin ist die Frage zu beantworten, wer berufen ist, den Rechtsmissbrauch zu verhindern. In Frage kommen dabei insbesondere die einzelnen Mitgliedsstaaten und deren Gerichte sowie die Europäische Union und ihre Institutionen,

---

<sup>551</sup> Engsig Sørensen, CML Rev. 2006, 423, 440.

<sup>552</sup> EuGH v. 09.12.2003, Rs. C-116/02, Slg. 2003, I-14693, 14721, 14476 (*Erich Gasser GmbH./MISAT Srl.*) Rn. 72; EuGH v. 21.02.2006, Rs. C-255/02 Slg. 2006, I-1609, 1655, 1675 (*Halifax plc u.a./Commissioners of Customs & Exercise*) Rn. 72.

<sup>553</sup> Hess, IPRax 2006, 348 f. weist auf die besondere Rolle der Vorhersehbarkeit und Rechtsklarheit gerade im Verfahrensrecht hin.

<sup>554</sup> Vgl. dazu Bamberger/Roth/Suttschet, § 242 BGB Rn. 49; Engsig Sørensen, CML Rev. 2006, 423, 434.

<sup>555</sup> Mader, S. 82.

<sup>556</sup> Zum Erfordernis der Vorhersehbarkeit insbesondere bei belastenden Maßnahmen EuGH v. 21.02.2006, Rs. C-255/02 Slg. 2006, I-1609, 1655, 1675 (*Halifax plc u.a./Commissioners of Customs & Exercise*) Rn. 72.

<sup>557</sup> Althammer, GS Konuralp, 103, 125.

<sup>558</sup> Althammer, GS Konuralp, 103, 125.

insbesondere der EuGH. Die Frage ist also, auf welcher Ebene ein Rechtsmissbrauchsverbot angesiedelt sein sollte. In seiner Entscheidung *Kefalas* stellt der EuGH fest, dass die Mitgliedsstaaten ihr eigenes Recht anwenden dürfen, um festzustellen, ob ein Verhalten rechtsmissbräuchlich ist<sup>559</sup>. Ein möglicher Vergleichsmaßstab ergibt sich also aus dem mitgliedstaatlichen Recht. Das könnte dafür sprechen, den Mitgliedsstaaten aufzuerlegen, den Rechtsmissbrauch zu bekämpfen<sup>560</sup>. Trotzdem ist die Ebene des Europäischen Rechts die geeignetere, um ein Rechtsmissbrauchsverbot anzusiedeln. Denn anders als beim *ordre public*-Vorbehalt, wo der Prüfungsmaßstab laut Rechtsprechung des EuGH<sup>561</sup> bislang<sup>562</sup> von den Grundwertungen der *einzelnen Mitgliedsstaaten* in dem vom EuGH gesteckten und kontrollierten<sup>563</sup> Rahmen bestimmt wird, ist es im Sinne einer einheitlichen Rechtsanwendung zweckmäßiger, nicht nur den Rahmen der Kontrolle vorzugeben, sondern gleich das komplette Prüfungsprogramm einschließlich des Maßstabs festzulegen. Denn es geht beim Rechtsmissbrauchsverbot um ein Prinzip, das bereits auf Ebene des Europäischen Rechts eingreift, da es bereits auf dieser Ebene existiert und anerkannt ist<sup>564</sup>, auch wenn die Grenzen noch nicht vollständig geklärt sind<sup>565</sup>. Es geht also nicht um die Wahrung *nationaler* Grundwertungen – wie beim *ordre public* –, die zu bestimmen und zu wahren die Mitgliedsstaaten besser geeignet sind als die Europäischen Union, sondern um die Wahrung *supranationaler europäischer* Grundwertungen. Weiterhin geht es um die Ausnutzung von Rechtspositionen und Rechten, die durch das Europäische Recht vermittelt und gewährt wurden<sup>566</sup>. Insofern ist es auch zweckmäßig, dieselbe Rechtsordnung mit denselben Wertungen und demselben Verständnis dieser Grundwerte über die Grenzen der vermittelten Rechte entscheiden zu lassen<sup>567</sup>. Es sind unweigerlich Systembrüche zu befürchten, wenn das Recht von einer Rechtsordnung gewährt, aber von einer anderen Rechtsordnung mit zwar einem ähnlichen aber nicht

---

<sup>559</sup> EuGH v. 12.05.1998, Rs C-367/96 Slg. 1998, I-2843, 2862, 2869 (*Alexandros Kefalas u. a./Elliniko Dimosio und Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*) Rn. 21.

<sup>560</sup> Dafür wohl *Engsig Sørensen*, CML Rev. 2006, 423, 439 ff, 451.

<sup>561</sup> EuGH v. 28.03.2000, Rs. 7/98 Slg. 2000, I-1935, 1956 ff. (*Dieter Krombach./André Bamberski*).

<sup>562</sup> Zu einem gemeineuropäischen *ordre public* siehe *Föhlisch*.

<sup>563</sup> EuGH v. 28.03.2000, Rs. 7/98 Slg. 2000, I-1935, 1956 ff. (*Dieter Krombach./André Bamberski*).

<sup>564</sup> Vgl. S. 78 ff.

<sup>565</sup> Vgl. S. 78 ff.

<sup>566</sup> *Eidenmüller*, Prohibition of Abuse of Law, S. 143 will das Rechtsmissbrauchsverbot auf der Ebene anzusiedeln, auf der sich die missbrauchte Norm befindet.

<sup>567</sup> *Schmidt-Kessel* in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 2000, S. 61, 75.



dem gleichen Systemverständnis wieder beschnitten oder gar entzogen wird<sup>568</sup>. Denn so würde das mitgliedstaatliche Recht das eigentlich vorrangig anzuwendende europäische Recht kontrollieren, wobei zumindest vergleichbar dem Prinzip der Entscheidung *Krombach*<sup>569</sup> wohl eine Kontrolle dieser Kontrolle im Hinblick auf die Einhaltung des durch das Europarecht vorgegebenen Rahmens stattfinden dürfte. Das wäre unnötig kompliziert und verwirrend. Ein Rechtsmissbrauchsverbot auf europäischer Ebene sichert also nach dem Vorhergesagten gerade den Vorrang des Gemeinschaftsrechts<sup>570</sup>.

Ein weiterer Grund dafür, das Rechtsmissbrauchsverbot bereits auf Ebene des Europäischen Rechts anzusiedeln, ist, dass damit Vertrauen der Rechtsunterworfenen in das Europäische Rechtssystem aufgebaut wird<sup>571</sup>. Denn dadurch, dass gerade den EU-Bürgern aufgezeigt wird, dass es Mechanismen gibt, die aus ihrer Sicht ungerechten Fälle bereits auf Ebene des Gemeinschaftsrechts zu bekämpfen, entsteht das Vertrauen, sich ohne Nachteile fürchten zu müssen in die Maschinerie des fremden (bzw. fremd anmutenden) Gemeinschaftsrechts begeben zu können. Denn selbst wenn es zu eklatanten Problemen im jeweiligen Fall des betroffenen Bürgers kommen sollte, bietet die europäische - und vielen fremde - Rechtsordnung auch dafür noch angemessene Mittel der Reaktion. Wahrscheinlich wird auch das Verständnis des Bürgers dafür, dass gerade sein Fall – obwohl aus seiner subjektiven Sicht höchst ungerecht – *kein* zu korrigierender Anwendungsfall eines Rechtsmissbrauchsverbots ist, geweckt, wenn wenigstens die theoretische Möglichkeit besteht, dies einer Überprüfung unterziehen zu lassen. Denn allein dadurch besteht nicht die Gefahr, dass sich der Bürger mit den aus seiner Sicht an ihm begangenen Ungerechtigkeiten allein gelassen fühlt. Es ist in der Praxis meist einfacher dem Bürger zu erklären, dass die Tatbestandsmerkmale einer Norm nicht erfüllt sind, als ihn darauf verweisen zu müssen, dass sein Fall von der maßgeblichen Rechtsordnung komplett ignoriert wird.

---

<sup>568</sup>A.A. *Larenz/Wolf*, BGB AT § 16 Rn. 36, der *sowohl* EuGH als auch mitgliedstaatliche Gerichte die Grenzen der durch das Europäische Recht gewährten Rechte vermitteln lassen will, „*weil und soweit dadurch die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts gewährleistet bleibt.*“

<sup>569</sup>EuGH v. 28.03.2000, Rs. 7/98 Slg. 2000, I-1935, 1956 ff. (*Dieter Krombach./André Bamberski*).

<sup>570</sup>*Schmidt-Kessel* in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 2000, S. 61, 75.

<sup>571</sup>*Althammer*, GS Konuralp, 103, 126 f.; *Althammer/Löhnig*, ZZPInt 9 (2004), 23, 37.

Da der Rechtsmissbrauch sich also zweckmäßigerweise auf der Ebene der Europäischen Union bekämpfen lässt, ist nur kurz festzustellen, dass dies nicht zu Kompetenzproblemen führt. Zwar gilt im Bereich der Europäischen Union das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung<sup>572</sup>. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Europäische Union die Kompetenz hat, die von ihr gewährten Rechte und Rechtsposition im Einzelnen auszuformen und im Zweifel auch wieder zu entziehen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Rechtsmissbrauchsverbot nur für die krassen Fälle Anwendung finden darf. Um eine einheitliche Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbots zu gewährleisten, sollte das Prinzip auf europäischer Ebene angesiedelt werden.

## 2. Erforderlichkeit Rechtsmissbrauch zu bekämpfen

Angesichts der engen Vorgaben, die nach der hier vertretenen Auffassung an den Rechtsmissbrauch gestellt werden und gemessen an der geringen praktischen Bedeutung, muss man sich die Frage stellen, ob es gerechtfertigt ist, die Gerichte mit dessen Bekämpfung zu beschäftigen und damit die ohnehin begrenzte Ressource Zivilprozess weiter zu verknappen.

Als Gegenentwurf zur Bekämpfung des Rechtsmissbrauchs ist schließlich auch denkbar, die wenigen Fälle<sup>573</sup>, in denen Rechtsmissbrauch vorliegt *und* dieser auch mit der erforderlichen Sicherheit nachgewiesen wurde, zu ignorieren und insofern die Einzelfallgerechtigkeit zugunsten der Rechtssicherheit und Praktikabilität zurückstehen zu lassen.

Dieser Weg ist jedoch gefährlich. Denn er führt dazu, dass der Normgeber, der (Mitglieds-)Staat, bzw. die Europäische Union, sich *sehenden* Auges ausnutzen lässt. Mit genau der gleichen Argumentation, mit der man rechtfertigen würde, dass man Rechtsmissbrauch wegen der geringen Zahl der Anwendungsfälle hinnimmt, könnte man auch einen Teil der Strafnormen, nämlich die, deren

---

<sup>572</sup> Art. 7 AEUV. Vgl. *Streinz*, Europarecht, Rn. 539 f.

<sup>573</sup> *Oberhammer*, IPRax 2010, 197, 201 vergleicht die Argumentation zur Abschaffung des ordre public-Vorbehalts wegen der geringen Zahl der Anwendungsfälle mit der Argumentation eine seltene Krankheit könne bekämpft werden, indem die Krankheit und das Heilmittel verboten werde. Auch danach sterben die Kranken, und auf die Dauer sterbe auch die Krankheit irgendwie aus.



Tatbestände seltener verwirklicht werden, abschaffen. Schon dieser Vergleich zeigt, dass es nicht um die reine Anzahl der praktisch verwirklichten Fälle gehen kann.

In der Regel handelt es sich bei den Fällen, die für die Einordnung als Rechtsmissbrauch verbleiben, um die Fälle, die den Beteiligten und der Öffentlichkeit besonders krass die Ungerechtigkeit des Einzelfalls vor Augen führen<sup>574</sup>. Die Gefahr, die dadurch heraufbeschworen wird, ist, dass Urteilsschuldner oder die Öffentlichkeit das Vertrauen in die Justiz des Urteilstaats<sup>575</sup>, bzw. in das Schutzlevel, das die Europäische Union ihnen vor Ungerechtigkeiten bieten kann, verliert. Ein solches verlorenes Vertrauen kann die Akzeptanz der EU-Bürger im Hinblick auf die Europäische Union als Institution, also als Ganzes, negativ beeinflussen. Dabei geht es nicht um irrationale Ängste, sondern es muss anerkannt werden, dass die Probleme des Rechtsmissbrauchs, die sich aus Sicht vieler Mitgliedsstaaten bereits auf nationaler Ebene stellen und mit verschiedenen Mitteln bekämpft werden, sich auch auf europäischer Ebene stellen können. Die Akzeptanz der Bürger der Mitgliedsstaaten für das Europäische Recht wird nicht gesteigert, wenn die Bürger dieser Mitgliedsstaaten sich die Frage stellen, warum dieses – ihre nationale Rechtsordnung überlagernde<sup>576</sup> – Recht aus ihrer Sicht nicht nur hinter dem Schutzniveau ihres Heimatrechts zurückbleibt, sondern sogar gar keinen Schutz für die aus ihrer Sicht besonders pathologischen Fälle bereitstellt und ein Problem damit ignoriert.

Diese Bekämpfung des Rechtsmissbrauchs muss auch auf allen Ebenen des Gemeinschaftsrechts<sup>577</sup> vorgenommen werden. Insbesondere ist es nicht ausreichend, die Bekämpfung nur auf die Ebene des Erkenntnisverfahrens zu beschränken. Denn abgesehen davon, dass sich der Rechtsmissbrauch auch genuin aus der Ausnutzung der Möglichkeiten jedes Verfahrensstadiums ergeben kann, hätte die Europäische Union keine Kompetenz für Rechtsbehelfe, die

---

<sup>574</sup>Vgl. Stadler, IPRax 2004, 2, 8 zum ordre public-Vorbehalt.

<sup>575</sup>Stadler, IPRax 2004, 2, 8.

<sup>576</sup>Vgl. zum Anwendungsvorrang des Europarechts EuGH v. 05.02.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 ff. insbesondere 24 ff. (*NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos./Niederländische Finanzverwaltung*); EuGH v. 09.03.1978, Rs. 106/77 Slg. 1978, 629 ff., insbesondere 644 (*Staatliche Finanzverwaltung./S.p.A. Simmenthal*).

<sup>577</sup>Gordley, *Prohibition of Abuse of Law*, S. 46 spricht sich für ein eigenes System des Verbots des Rechtsmissbrauchs aus, dass nicht dem Privatrecht entlehnt sein soll.

sich unter Umständen (nur) auf rein nationale Verfahren bezögen<sup>578</sup>. Da im Erkenntnisverfahren häufig noch nicht mit Sicherheit absehbar ist, ob die Anerkennung und Vollstreckung der Entscheidung rein national oder auf europäischer Ebene vorgenommen werden wird, ist zum derzeitigen Zeitpunkt der Europäischen Union ein Eingreifen in den Teilbereich des rein nationalen Zivilprozessrechts verwehrt<sup>579</sup>.

Es gibt also keine Alternative dazu, gegen erkannte und bewiesene Fälle des Rechtsmissbrauchs (wie auch immer<sup>580</sup>) vorzugehen.

#### 4. Kapitel Lösungsansätze de lege lata

##### A. Ordre public

Bei einigen der untersuchten Fallkonstellationen scheint ein möglicher Ansatz die Berufung auf den ordre public zu sein.

##### I. Inhalt des ordre public

Im Europäischen Zivilverfahrensrecht wird die Frage nach dem Inhalt des ordre public diskutiert. Ob dieser inzwischen als ordre public europäischer Prägung<sup>581</sup> oder zur Sicherung rein nationaler Grundprinzipien<sup>582</sup> verstanden wird, ist für den Gang der Bearbeitung nur dann relevant, wenn sich für den Bereich des Rechtsmissbrauchs verschiedene Wertungen ergeben. Dies ist dann der Fall, wenn entweder dem nationalen<sup>583</sup> Recht oder dem Europäischen Recht das Konzept des Rechtsmissbrauchs insofern fremd ist, als dass es in einer der Rechtsordnungen nicht bekannt ist oder als (generell<sup>584</sup>) nicht beachtenswert eingestuft wird. Wie oben gezeigt, ist das Konzept jedoch in beiden Rechtsordnungen verankert. Daraus kann geschlossen werden, dass es zumindest möglich ist, die Bekämpfung des Rechtsmissbrauchs mit Hilfe der ordre public-

---

<sup>578</sup>Vgl. Netzer, S. 208.

<sup>579</sup>Vgl. Netzer, S. 208.

<sup>580</sup>Zu den Lösungsansätzen sogleich.

<sup>581</sup>Dazu Föhlisch, der gemeineuropäische ordre public.

<sup>582</sup>Mit einer gewissen Kontrolle durch den EuGH, der die Grenzen der Anwendung der nationalen Grundprinzipien – wozu auch z.B. europarechtliche Vorgaben gehören – überwacht, vgl. EuGH v. 28.03.2000, Rs. 7/98 Slg. 2000, I-1935, 1956, 1965 (Dieter Krombach./André Bamberski) Rn. 22 f.

<sup>583</sup>Exemplarisch dem Deutschen Recht, zu den anderen Rechtsordnungen, siehe oben S. 22 ff.

<sup>584</sup>Die Einzelheiten des Rechtsmissbrauchsbegriffs im Europäischen Recht sind vor allem in der Rechtsprechung des EuGH ungeklärt und die Aussagen dazu zum Teil widersprüchlich, vgl. oben, S. 78

Kontrolle bewerkstelligen zu wollen. Ob dies in den einzelnen Konstellationen gelingt, wird im Folgenden untersucht.

Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs kann sich dabei auf den beiden „Ebenen“ des anerkennungsrechtlichen ordre public-Vorbehalts ergeben. Es ist sowohl eine Verletzung des materiellen ordre public<sup>585</sup> als auch des verfahrensrechtlichen ordre public<sup>586</sup> denkbar. Der Hauptaugenmerk wird dabei auf eine Verletzung des verfahrensrechtlichen ordre public zu legen sein<sup>587</sup>.

Obwohl sich der Schwerpunkt der Kontrolle auch des *verfahrensrechtlichen* ordre public-Vorbehalts im materiellen Recht findet, so ist diese Kontrolle doch substantiell Anderes als eine im (modernen) Anerkennungsrecht zu Recht verbotene<sup>588</sup> révision au fond<sup>589</sup>, in der die Entscheidung des Erststaats einer kompletten Überprüfung unterzogen wird.

### 1. Ordre public atténué

Unterschiedlich beurteilt wird die Reichweite des ordre public-Vorbehalts. Die Streitfrage ist, ob sich beim anerkennungsrechtlichen ordre public ein gegenüber dem internationalprivatrechtlichen ordre public-Vorbehalt des Art. 6 EGBGB (inhaltsgleich in Art. 21 Rom I-VO und Art. 26 Rom II-VO) abgeschwächter Prüfungsmaßstab ergibt.

#### a. Abgeschwächte Wirkung

In Rechtsprechung<sup>590</sup> und Literatur<sup>591</sup> wird weithin vertreten, dass die Prüfungsmaßstäbe der ordre public-Klauseln verschieden<sup>592</sup> seien. Der anerken-

---

<sup>585</sup>Dazu Rauscher/Leible, EuZPR, Art. 45 Brüssel Ia-VO Rn. 26 ff.

<sup>586</sup>Dazu Rauscher/Leible, EuZPR, Art. 45 Brüssel Ia-VO Rn. 15 ff.

<sup>587</sup>Schlosser/Hess, EU-ZPR, Art. 45 EuGVVO, Rn. 4.

<sup>588</sup>Ausdrücklich z.B. in Art. 52 Brüssel Ia-VO normiert; „*Essentiale der internationalen Urteilsanerkennung*“ Geimer in Geimer/Schütze, EuZVR, Art. 36 EuGVVO Rn. 1.

<sup>589</sup>Schack, IZVR Rn. 958.

<sup>590</sup>BGHZ 98, 70, 73 f.; 118, 312, 328 ff.; 138, 331, 334 f.; 140, 395, 398 f.; in der Rechtsprechung wird der abgeschwächte ordre public-Vorbehalt mit dem Begriff „ordre public international“ betitelt. Dieser Begriff hilft aber nicht weiter, vgl. dazu Staudinger/Voltz, Art. 6 EGBGB Rn. 120.

<sup>591</sup>Geimer/Schütze, Internationale Urteilsanerkennung, § 198 S. 1583; *dies.*, EuZVR; Art. 34 EuGVO Rn. 19; HK-ZPO/Dörner, Art. 45 EuGVO Rn. 5; MüKoBGB/v.Hein, EGBGB Einl. IPR Rn. 99, 101 ff.; Schlosser/Hess, EU-ZPR, Art. 45 EuGVVO, Rn. 2; Staudinger/Voltz, Art. 6 EGBGB Rn. 118, Stein/Jonas/Roth, § 328 Rn. 102; Stein/Jonas/Oberhammer, Art. 34 EuGVVO Rn. 10; Martiny in Hdb. IZVR III/1, S. 458 f.; Kropholler, IPR, S. 667 f.; Bach, Grenzüberschreitende Vollstreckung, S. 309; Föhlisch, S. 11 f.

nungsrechtliche *ordre public* (wie er sich in § 328 Nr. 4 ZPO für das autonome Deutsche und z.B. in Art. 34 Nr. 1 EuGVO alt. / Art. Brüssel Ia-VO sowie Art. 26 EuInsVO für das Europäische Zivilprozessrecht findet) sei in seinen Wirkungen schwächer<sup>593</sup>. Die Wirkungen eines bereits ergangenen ausländischen Urteils könnten anzuerkennen sein, obschon die Anwendung derselben Norm, die Grundlage der ausländischen Entscheidung war, durch den inländischen Richter wegen des materiellrechtlichen *ordre public*-Vorbehalts hätte unterbleiben müssen.<sup>594</sup> Während die Entscheidung des ausländischen Gerichts respektiert werden müsse, könnten an die Entscheidungen inländischer Richter strengere Maßstäbe angelegt werden<sup>595</sup>. Der Grund für die Differenzierung sei, dass die Parteien bereits eine Rechtsposition gewonnen hätten<sup>596</sup>. Danach kommt es für die Anwendung der *ordre public*-Vorbehalte also auf die handelnden Richter an. Während der inländische Richter nach dieser Konzeption bei seiner eigenen Urteilsfindung mehr „Skrupel“ im Hinblick auf eine mit den wesentlichen Grundzügen des Deutschen Rechts konforme Anwendung der ausländischen Normen entwickeln muss, soll er – wenn es „nur“ um die Anerkennung einer fremden Entscheidung geht - „ein Auge zudrücken“<sup>597</sup>.

b. Gleichlauf von materiellrechtlichem *ordre public* und anerkennungsrechtlichem *ordre public*

Andere halten eine Differenzierung zwischen den anzuwendenden Prüfungsmaßstäben für verfehlt.<sup>598</sup> Da sowohl bei der Anerkennung von Entscheidungen im Vollstreckungsverfahren, als auch bei der Schaffung der Grundlage der Vollstreckung des (inländischen) Titels, der hinter diesen Akten stehende Sinn und Zweck die (ggf. zwangsweise) Durchsetzung eines Rechts mittels staatlicher Gewalt gegen den Willen des Schuldner sei, könne nicht im Hinblick auf die zu beachtenden Gerechtigkeitsvorstellungen differenziert werden.<sup>599</sup> Aus Sicht des Gläubigers sei es irrelevant, in welchem Verfahrensabschnitt, im Er-

---

<sup>592</sup>Vergleiche z.B. BGHZ 118, 312, 319, der *ordre public* sei „teilbar“.

<sup>593</sup>HK-ZPO/Dörner, Art. 45 EuGVO Rn. 5.

<sup>594</sup>HK-ZPO/Dörner, Art. 45 EuGVO Rn. 5.

<sup>595</sup>Stein/Jonas/Oberhammer, Art. 34 EuGVVO Rn. 10.

<sup>596</sup>Staudinger/Voltz, Art. 6 EGBGB Rn. 118.

<sup>597</sup>Vgl. auch Stein/Jonas/Roth, § 328 Rn. 102.

<sup>598</sup>HK-ZV/Mäsch, Art. 34 EuGVVO Rn. 10; Wiczorek/Schütze/Schütze, § 328 Rn. 59, 61; Völker, *ordre public*, S.303 f.; wohl auch v. Bar/Mankowski, IPR § 7 Rn. 137; Leipold, FS Stoll, S. 625, 635 f.

<sup>599</sup>HK-ZV/Mäsch, Art. 34 EuGVVO Rn. 10.

kenntnis- oder Anerkennungsverfahren, ihm die Hilfe durch die Gerichte verwehrt werde.<sup>600</sup>

### c. Stellungnahme

Der letzten Ansicht ist zu folgen. Abgesehen von der Tatsache, dass es bislang keinem Vertreter der *Théorie vom ordre public atténué de la reconnaissance* gelungen ist, den Unterschied zwischen den Wirkungen der *ordre public*-Vorbehalte konkret oder auch nur anhand von Beispielen herauszustellen<sup>601</sup>, spricht auch folgendes gegen eine Differenzierung:

Die Funktion des *ordre public*-Vorbehalts ist die Wahrung der grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen, der – wenn man so will – Mindeststandards der Gerechtigkeit. Gegen eine fragwürdige Entscheidung werden *nicht* einzelne konkrete – auch nicht zwingende – Verfahrensnormen durchgesetzt, sondern die hinter diesen Normen stehenden *Prinzipien* der Verfahrensgerechtigkeit<sup>602</sup>. Dieses *Fundament* an Gerechtigkeitsvorstellungen weiter abzuschichten ist nicht möglich<sup>603</sup>. Entweder eine Vorstellung von Gerechtigkeit ist *grundlegend* oder aber sie ist es nicht<sup>604</sup>. Eine etwaige Differenzierung findet - insofern vorgelagert - auf der Ebene der Einordnung als grundlegende Gerechtigkeitsvorstellung statt. Wenn die Einordnung einmal vorgenommen wurde und damit die Weichen entsprechend für die Feststellung einer grundlegenden Verletzung der Verfahrensgerechtigkeit gestellt wurden, kann die Entscheidung des anerkennenden Zweitrichters nur sein, zumindest, soweit die Verletzung reicht, das verletzende Urteil nicht anzuerkennen. Die Feststellung, dass eine Entscheidung – trotz Verletzung der *Mindeststandards* an Verfahrensgerechtigkeit – anerkannt werden könne, ist nicht vorstellbar. Denn wenn etwas anderes gelten würde, hat man es bei der Festlegung der Mindeststandards nicht ernst gemeint, sondern diese a priori bereits in (ausgehend von der Sichtweise des Richters des Zweitstaates) Verzichtbare und Unverzichtbare eingeteilt. Bei dieser Einteilung wird man jedoch dem Ausnahmecharakter des *ordre public*-

---

<sup>600</sup>HK-ZV/Mäsch, Art. 34 EuGVVO Rn. 10.

<sup>601</sup>Stein/Jonas/Oberhammer, Art. 34 EuGVVO Rn. 10 gibt zu, dass in der „Praxis kein scharf akzentuierter Unterschied“ bestehe.

<sup>602</sup>Geimer/Schütze, EUZVR, Art. 34 EuGVO Rn. 24; *Völker*, *ordre public*, S. 61 f.

<sup>603</sup>Ähnlich auch Wieczorek/Schütze/Schütze, § 328 Rn. 61.

<sup>604</sup>Vgl. auch Wieczorek/Schütze/Schütze, § 328 Rn. 159.

Vorbehalts und seiner Funktion, der Abwehr *krassester* Ungerechtigkeiten, nicht gerecht. Auch das Argument, dass eine Rechtsposition bereits erworben sei und man deswegen mehr Vorsicht bei der Anwendung des *ordre public* walten lassen müsse, verfängt nicht. Denn wenn die erworbene Rechtsposition gegen die grundlegenden Mindeststandards verstößt ist sie nicht schützenswert und anerkennungswürdig. Das bereits ein Gericht eines anderen Staates dies anders beurteilt und gerade keinen Verstoß gegen die eigenen Vorstellungen von Gerechtigkeit angenommen hat, hängt damit zusammen, dass die Gerechtigkeitsvorstellungen andere sind. Dies ist die Prämisse der Anwendbarkeit des *ordre public*-Vorbehalts. Gerade diesen verschiedenen Gerechtigkeitsvorstellungen zu begegnen und den inländischen Gerechtigkeitsvorstellungen den Vorrang einzuräumen ist der Zweck des *ordre public*-Vorbehalts. Einen Vertrauensschutz für die fremde Entscheidung, nur weil sie von einem ausländischen Richter gefällt wurde, kann es nicht geben.

Somit ist die Vorstellung von einem abgeschwächten *ordre public atténué* nicht zielführend. Der internationalprivatrechtliche und der anerkennungsrechtliche *ordre public*-Vorbehalt laufen gleich.

## II. Einschränkungen des *ordre public*

Die Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts unterliegt den im Folgenden dargestellten Einschränkungen.

### 1. Inlandsbezug erforderlich

Nach h.M. ist ein Inlandsbezug erforderlich, um den *ordre public*-Vorbehalt anwenden zu können<sup>605</sup>.

Weniger Konsens herrscht dabei bei der notwendigen Intensität des Inlandsbezugs:

---

<sup>605</sup>BGHZ 140, 395, 398; Duursma-Kepplinger/Duursma/*Chalupsky*, EuInsVO, Art. 26 Rn. 3; FK-InsO/*Wenner/Schuster*, EuInsVO Art. 26 Rn. 6; Geimer/Schütze, EuZVR Art. 34 EuGVO Rn. 40; Rauscher/*Mäsch*, EuZPR, Art. 26 EG-InsVO Rn. 5; Zöllner/*Geimer*, ZPO, § 328 ZPO Rn. 243; *Geimer*, IZPR Rn. 2967; Gottwald/*Kolmann/Keller*, Insolvenzrechtshandbuch, § 134 Rn. 34; *Schack*, IZVR Rn. 958; *Bach*, Grenzüberschreitende Vollstreckung, S. 309; *Völker*, *ordre public*, S. 231 ff.

Einige fordern eine „hinreichend starke Inlandsbeziehung“<sup>606</sup>, die weder durch die inländische Staatsangehörigkeit, noch die Belegenheit eines Vermögensgegenstands im Inland bei ständigem Aufenthalt im Ausland, noch durch die Anerkennung im Inland allein vermittelt werden soll<sup>607</sup>.

*Völker* spricht sich für ein System aus, in dem auf einer ersten Stufe die Berührungspunkte mit der Zielsetzung der inländischen Interessenwertung des Prinzips, das den ordre public-Verstoß rechtfertigen soll - also der Grundlage der Norm, gegen die verstoßen wird – in Beziehung gesetzt werden.<sup>608</sup> Dadurch soll die Inlandsbeziehung gewichtet werden<sup>609</sup>. Daran anschließend wird diese gefundene Gewichtung der Inlandsbeziehung in Relation zur Bedeutung des verletzten fundamentalen Prinzips und der Stärke der Verletzung eben dieses Prinzips gesetzt.<sup>610</sup> Dieses „relative System“<sup>611</sup> sei flexibel und ermögliche durch diese Flexibilität „variable und interessengerechte Lösungen“<sup>612</sup>. Entscheidend sei nicht die Quantität der Berührungspunkte mit dem Inland, sondern deren Qualität.<sup>613</sup> Letztere lasse sich nur durch Inbezugnahme der Zielsetzung des fundamentalen Prinzips, gegen das verstoßen werde, feststellen.<sup>614</sup>

Während einige darauf rekurren, dass im Rahmen des Art. 26 EuInsVO der notwendige Inlandsbezug *nur* durch die Belegenheit des von der Entscheidung betroffenen Vermögens im Inland vermittelt werden könne<sup>615</sup>, lassen andere einen deutlich geringeren Inlandsbezug ausreichen<sup>616</sup>. Danach genüge es, dass die Insolvenzeröffnung oder die im Rahmen eines ausländischen Insolvenzverfahrens ergangene Entscheidung anerkannt und damit möglicherweise auch

---

<sup>606</sup>FK-InsO/*Wenner/Schuster*, EuInsVO Art. 26 Rn. 6.

<sup>607</sup>FK-InsO/*Wenner/Schuster*, EuInsVO Art. 26 Rn. 6; ähnlich wohl *Gottwald/Kolmann/Keller*, Insolvenzrechtshandbuch, § 134 Rn. 34. A.A. *Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky*, EuInsVO, Art. 26 Rn. 3, wonach ein hinreichender Bezug hergestellt ist, wenn entweder ein Verfahrensbeteiligter die Staatsangehörigkeit des fraglichen anerkennenden Staates besitzt, einen ständigen Aufenthalt in diesem Staat hat oder sich Vermögensgegenstände in diesem Staat befinden.

<sup>608</sup>*Völker*, ordre public, S. 235 f.

<sup>609</sup>*Völker*, ordre public, S. 235 f.

<sup>610</sup>*Völker*, ordre public, S. 236.

<sup>611</sup>*Völker*, ordre public, S. 235.

<sup>612</sup>*Völker*, ordre public, S. 236.

<sup>613</sup>*Völker*, ordre public, S. 236, für ein ähnliches, flexibles System spricht sich wohl *Schack*, IZVR Rn. 958 aus.

<sup>614</sup>*Völker*, ordre public, S. 236.

<sup>615</sup>MüKoInsO 2. Aufl./*Reinhart*, Art. 26 EuInsVO Rn. 13.

<sup>616</sup>MüKoBGB/*Kindler*, Art. 26 VO (EG) 1346/2000 Rn. 5.



vollstreckt werden soll<sup>617</sup>. Da damit Wirkungen im Inland ausgelöst würden, sei der Inlandsbezug hergestellt.<sup>618</sup> Ein verfahrensrechtlicher Inlandsbezug sei nicht erforderlich, dieser ergebe sich notwendigerweise aus der Anerkennung im Inland<sup>619</sup>. Auch ein materieller Inlandsbezug sei nicht zu fordern<sup>620</sup>. Ob materiellrechtlich eine Inlandsbeziehung in ausreichendem Maße vorliege oder nicht, sei bei der *Verletzung* des deutschen Grundrechts zu berücksichtigen<sup>621</sup>. Sei wegen eines zu geringen Inlandsbezugs das Grundrecht nicht verletzt, ergebe sich *allein deswegen* dass der ordre public nicht eingreife<sup>622</sup>.

Letztere Auffassung verdient Zustimmung. Obwohl den Gegenansichten zugestanden werden muss, dass eine etwaig einschränkende Funktion des Merkmals Inlandsbezug damit weitestgehend leer läuft, ist doch der Auffassung zu folgen, die den Inlandsbezug bereits dann als gegeben ansieht, wenn die fragliche Entscheidung im Inland anerkannt, bzw. vollstreckt, werden soll. Der Grund dafür ist folgender:

Die Anerkennung und vor allem die Vollstreckung, die in Rede steht, wird durch Vertreter der inländischen Staatsgewalt vorgenommen. Die Anerkennung wird durch die an Art. 19 Abs. 3 Grundgesetz gebundenen Gerichte vorgenommen<sup>623</sup>. Die Vollstreckung erfolgt durch die entsprechenden Vollstreckungsorgane, also den Gerichtsvollzieher, bzw. das Vollstreckungsgericht. Auch diese sind an Recht und Gesetz gebunden. Würde man nun die ordre public-Kontrolle durch die Einschränkung des Begriffs des notwendigen Inlandsbezugs stark begrenzen, bedeutete dies, dass die inländischen Vollstreckungsorgane durch die zu großzügige Anerkennung ausländischer Titel gezwungen wären, aufgrund von Entscheidungen zu handeln, die gegen das grundlegende Verständnis der Organe, also zum Beispiel gegen Grundrechte verstießen. Das

---

<sup>617</sup>Rauscher/Mäsch, EuZPR, Art. 26 EG-InsVO Rn. 5; Mankowski, KTS 2011, 185, 189 f.; a.A. FK-InsO/Wenner/Schuster, EuInsVO Art. 26 Rn. 6, der die Anerkennung im Inland nicht genügen lassen will; ebenso Geimer, IZPR, Rn. 2967 zu § 328 Nr. 4 ZPO sowie Geimer/Schütze, EUZVR, Art. 34 EuGVO Rn. 41 wobei nicht herausgestellt wird, worin die „nötige Inlandsbeziehung“ bestehen soll. Auch Völker ist der Ansicht, dass die „rein prozessuale Inlandsbeziehung“, nicht ausreichend ist, vgl. Völker, ordre public, S. 240.

<sup>618</sup>Rauscher/Mäsch, EuZPR, Art. 26 EG-InsVO Rn. 5; Mankowski, KTS 2011, 185, 190.

<sup>619</sup>Mankowski, KTS 2011, 185, 190.

<sup>620</sup>Mankowski, KTS 2011, 185, 190; vgl. auch MüKoInsO/Thole, Art. 26 EuInsVO Rn. 20.

<sup>621</sup>Mankowski, KTS 2011, 185, 190.

<sup>622</sup>Mankowski, KTS 2011, 185, 190.

<sup>623</sup>Mankowski, KTS 2011, 185, 190.



ist mit dem öffentlich-rechtlichen Gewaltmonopol und mit der Vorgabe der Artt. 1 Abs. 3 und 19 Abs. 3 Grundgesetz nicht vereinbar<sup>624</sup>. Die Auslegung des Begriffs Inlandsbezug kann also nicht anders sein, als es bereits ausreichen zu lassen, dass inländische Stellen, insbesondere Vollstreckungsorgane, handeln.

Damit ist zwar ein Inlandsbezug zu fordern, dieser ist jedoch in den Anerkennungs- und Vollstreckungskonstellationen unter Beteiligung von Stellen, die aufgrund hoheitlicher Befugnisse handeln, immer gegeben. Eine weitere Einschränkung der ordre public-Kontrolle verbirgt sich dahinter nicht.

## 2. Präklusion

Eine weitere Hürde, die von der herrschenden Ansicht<sup>625</sup> vor dem Rückgriff auf die ordre public-Klausel errichtet wurde, ist die Obliegenheit des Schuldner, alles ihm zumutbare im *erststaatlichen* Verfahren unternehmen zu müssen, um seine Rechte zu wahren<sup>626</sup>.

Diese Einschränkung verdient grundsätzlich Zustimmung. Der ordre public-Vorbehalt hat nicht die Funktion, dem Gläubiger die Untätigkeit im erststaatlichen Verfahren zu ermöglichen, um ihm dann über das Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren eine Überprüfung des Erstverfahrens zu erlauben<sup>627</sup>.

Umstritten ist jedoch der Umfang der Obliegenheit. Während einige die Obliegenheit auf die Einlegung ordentlicher Rechtsmittel im Erststaat begrenzen wollen<sup>628</sup>, gehen andere in der Literatur weiter und fordern sogar, dass der

---

<sup>624</sup> Mankowski, KTS 2011, 185, 190.

<sup>625</sup> A.A. Wieczorek/Schütze/Schütze, § 328 Rn. 66, der darauf hin weist, dass die Partei das Vertrauen in den Erststaat verlieren darf, wenn ein Urteil verfahrensmäßig so anstößig ist, dass ein Verstoß gegen die Grundprinzipien der deutschen Rechtsordnung gegeben ist, der das Urteil unerträglich erscheinen lässt.

<sup>626</sup> BGH NJW 1990, 2201, 2203; OLG Saarbrücken NJW 1988, 3100, 3102; OLG Hamm NJW-RR 1995, 189, 190; MükoZPO/Gottwald, Art. 34 EuGVO Rn. 17; Geimer/Schütze, EuZVR Art. 34 EuGVO Rn. 30; Schlosser/Hess, EU-ZPR Art. 45 EuGVVO Rn. 10; Laukemann, IPRax 2012, 207, 208 (für die Eu-InsVO); nicht recht in die Linie der Rechtsprechung fügt sich BGH NJW 2004, 2386, 2388 ein, wonach dies nur gelten soll, wenn sich der Beklagte im Falle eines Prozessbetrugs tatsächlich verteidigt hat. Als Gegenschluss ist daraus zu ziehen, dass er sich nicht hätte verteidigen müssen. Ebenso in Verkennung dieses Grundsatzes LG Köln NZI 2011, 957 f. wo - und darauf weisen Vallender, EWiR 2011, 775, 776 und Mankowski, NZI 2011, 958, 959 zu Recht hin – die Möglichkeiten der anderen Partei sich im Erststaat zu wehren und die Eingriffsmöglichkeiten der englischen Gerichte nicht einmal diskutiert werden. MükoZPO/Gottwald, Art. 34 EuGVO Rn. 14 will dem Vollstreckungsschuldner nicht auferlegen gegen einen Prozessbetrug gemäß § 826 BGB vorzugehen.

<sup>627</sup> A.A. Wieczorek/Schütze/Schütze, § 328 Rn. 66.

<sup>628</sup> Geimer/Schütze, EuZVR Art. 34 EuGVO Rn. 30; 65; Becker, S. 165 ff.; Völker, ordre public, S. 219 f.

Schuldner sämtliche, also insbesondere auch außerordentliche, Rechtsbehelfe einlegen muss, um sich auf die ordre public-Klausel berufen zu können<sup>629</sup>.

Rein tatsächlich wird – unabhängig von der Entscheidung der aufgeworfenen Streitfrage - die Einlegung jeglicher Rechtsbehelfe im Erststaat teilweise daran scheitern, dass zu diesem Zeitpunkt schlicht keine Kenntnis der Tatsachen, die den ordre public-Verstoß begründen, vorliegt. Aber auch für diese Konstellationen muss ein Regelungsinstrument existieren. Dem Vollstreckungsschuldner muss die Möglichkeit gegeben werden, zu dem Zeitpunkt, in dem er Kenntnis von Tatsachen erlangt, die das Verhalten des Vollstreckungsgläubigers ordre public-widrig erscheinen lassen, sich zur Wehr zu setzen.

Es ist also sinnvoll, dem Vollstreckungsschuldner aufzuerlegen, *sämtliche* Einwände, die er zu haben glaubt, mit sämtlichen Mitteln zu dem frühestmöglichen Zeitpunkt geltend zu machen. Trotzdem sind eine Vielzahl von Konstellationen denkbar, in denen das Instrument der Präklusion von vorneherein nicht greifen kann, weil sich der Kenntnisstand der Beteiligten im Laufe des Verfahrens deutlich verändert hat. So ist es zum Beispiel denkbar, dass die Kenntnis der Umstände, die einen Prozessbetrug ausmachen, erst ans Licht treten, nachdem das Urteil gefällt und rechtskräftig geworden ist. Ebenso ist es denkbar, dass in der Konstellation der Zuständigkeitserschleichung im Insolvenzrecht sich erst nach Verfahrenseröffnung oder erst nach Abschluss des gesamten (kurzen) ausländischen Insolvenzverfahrens die Umstände zeigen, die den ordre public-Verstoß ausmachen. Möglich ist, dass der Insolvenzschuldner in dem Moment, in dem er den erhofften Erfolg des Verfahrens – die Verfahrenseröffnung im anderen Mitgliedsstaat oder gar die schnelle Restschuldbefreiung – gesichert hat, seinen COMI sofort wieder an den Ort zurückverlegt, an dem er sich vor dem Umzug befand. Gerade der Fall des sofortigen Rückumzugs ist das Paradebeispiel für Umstände, die sich erst im Nachhinein zeigen, aber eine relativ große Indizwirkung für das Vorliegen eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens entfalten.

---

<sup>629</sup>Rauscher/Leible, EuZPR, Art. 45 Brüssel Ia-VO Rn. 24 f.; Schlosser/Hess, EU-ZPR Art. 45 EuGVVO Rn. 10; Stein/Jonas/Oberhammer, Art. 34 EuGVVO Rn. 28.

### III. Anwendung des ordre public-Vorbehalts auf die einzelnen Konstellationen

Die oben gefundenen Grundsätze sollen nun anhand ihrer Anwendung auf die beispielhaft herausgegriffenen Fallkonstellationen einer Überprüfung unterzogen werden.

#### 1. Prozessbetrug

Die Konstellation des Prozessbetrugs ist ein „klassischer“ Anwendungsfall der Verweigerung der Anerkennung wegen Verstoßes gegen den ordre public-Vorbehalt<sup>630</sup>, insbesondere des Art. 45 Nr. 1 lit. a. Brüssel Ia-VO.

Eine andere Ansicht vertritt hingegen *Regen*, nur bei Hinzutreten weiterer Umstände könne der Prozessbetrug als Anerkennungshindernis zur Verfügung stehen<sup>631</sup>. Es sei nur dann interessengerecht im Sinne des Ergebnisses einer anzustellenden Interessenabwägung<sup>632</sup>, Prozessbetrug als Anerkennungshindernis anzuerkennen, wenn der Ursprungsstaat keine<sup>633</sup> oder nur unzureichende<sup>634</sup> Rechtsschutzmöglichkeiten bereit halte. In den Fällen, in denen im Ursprungsstaat andere Mittel, insbesondere die Restitutionsklage (oder vergleichbare Rechtsinstitute), zur Verfügung stünden, bestehe kein Bedürfnis des Betroffenen sich zusätzlich im Zweitstaat zur Wehr zu setzen<sup>635</sup>.

*Hau* hält die These, eine durch einen Prozessbetrug erschlichene Entscheidung sei immer ordre public-widrig, für „[w]enig hilfreich“<sup>636</sup>. Er hält die Anerkennung eines erschlichenen Urteils in dem Fall für „hinnehmbar“<sup>637</sup>, in dem der

---

<sup>630</sup>BGH NJW 1999, 3198 ff.; BayObLG NJW-RR 2000, 885 ff.; OLG Zweibrücken, NJW-RR 2006, 207 f.; Geimer/Schütze, EUZVR, Art. 34 EuGVO Rn. 54 ff.; MüKoZPO/Gottwald, Art. 34 EuGVO Rn. 14; Schlosser/Hess, EU-ZPR, Art. 45 EuGVVO, Rn. 13; Rauscher/Mankowski, EuZPR Art. 52 Brüssel Ia-VO Rn. 12; Stein/Jonas/Roth, § 328 Rn. 111; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, Art. 45 EuGVVO Rn. 6 a.E.; Zöller/Geimer, ZPO, § 328 ZPO Rn. 260; Schütze, DIZPR, Rn. 339; Föhlisch, S. 69; Georganti, S. 63 f. Martiny in Hdb. IZVR III/1, S. 499 für § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO. *Einschränkend Nagel/Gottwald*, IZPR, § 12 Rn. 34, der darauf abstellt, dass kein angemessenes Verfahren im Ursprungsmitgliedstaat vorhanden sein darf, in dem dem Betrug begegnet werden kann. Bei einem Versäumnisurteil basierend auf vorsätzlich falschen Sachvortrag und einer Nichteinlassung des Beklagten will er ebenso den ordre public-Vorbehalt nicht in Stellung bringen. Vorsichtiger auch *Fitchen* in The Brussels I Regulation Recast Rn. 13.293 ff. der weitere Einschränkungen aufstellt.

<sup>631</sup>*Regen*, Prozessbetrug, Rn. 875 ff., 912 ff.

<sup>632</sup>Zu den dazu zu berücksichtigenden Interessen *Regen*, Prozessbetrug, Rn. 569 ff.

<sup>633</sup>*Regen*, Prozessbetrug, Rn. 855.

<sup>634</sup>*Regen*, Prozessbetrug, Rn. 869.

<sup>635</sup>*Regen*, Prozessbetrug, Rn. 875.

<sup>636</sup>*Linke/Hau*, IZVR, Rn. 13.42.

<sup>637</sup>*Linke/Hau*, IZVR, Rn. 13.42.

Beklagte – also das Opfer – sich im Erststaat wehren kann oder hätte wehren können und dies nicht getan hat, bzw. nicht tut.

Ebenfalls *gegen* die Anerkennung der Fallgruppe des Prozessbetrugs als Anwendungsfall des *ordre public* wendet sich *Mäsch*<sup>638</sup>. Zuzustimmen ist ihm dabei, dass sich die *ordre public*-Widrigkeit nicht (jedenfalls nicht in der Regel) aus dem ausländischen Verfahrensrecht oder seiner Fehlanwendung ergibt. Das Gericht hat zumindest im klassischen Fall des Prozessbetrugs keine Fehler begangen, außer dem, dass es den Betrug nicht durchschaut hat.

Trotz dieses einleuchtenden Arguments ist der herrschenden Ansicht zu folgen. Denn der verfahrensrechtliche *ordre public* schützt die Grundregeln eines fairen Verfahrens<sup>639</sup>. Dies beinhaltet auch nicht Opfer eines Betruges zu werden. Insofern ist der verfahrensrechtliche *ordre public* häufig – jedoch nicht zwingend – ein Mittel, um die krassen Fehlbehandlungen durch das Gericht des Erststaates zu kompensieren. Denn es ist mit den Regeln prozessualer Fairness nicht vereinbar, dem Titelgläubiger eine Rechtsposition zu belassen, die er sich erschlichen hat<sup>640</sup>.

Zutreffend in der Sache, jedoch nicht vollends in der Begründung, führt *Oberhammer* aus, dass der Fall des Prozessbetrugs auch als Fall des nicht gewährten rechtlichen Gehörs nach der Entdeckung des Betrugs gewertet werden kann<sup>641</sup>. Dies soll der Anknüpfungspunkt gerade in den Fällen sein, in denen im Erststaat kein Rechtsmittel vorgesehen ist, mit dem der Einwand des Prozessbetrugs geltend gemacht werden kann<sup>642</sup>. Das Manko an dieser Argumentation ist, dass der Anknüpfungspunkt der Nichtgewährung rechtlichen Gehörs zu der Frage des Prozessbetrugs (nach dessen Entdeckung) im Erststaat zwingend voraussetzt, dass der Betroffene sich in irgendeiner Art Verfahren im Erststaat befinden muss. Rechtliches Gehör kann nur in einem Verfahren gewährt werden. Wenn nun der Vorwurf *nicht* ist, dass im Erststaat kein Verfahren vorge-

---

<sup>638</sup>HK-ZV/*Mäsch*, Art. 34 EuGVVO Rn. 14.

<sup>639</sup>HK-ZPO/*Dörner*, Art. 45 EuGVVO Rn. 9.

<sup>640</sup>Vgl. zur missbräuchlichen Inanspruchnahme der Gerichte *Mader*, S. 149 ff. zum erschlichenen Urteil besonders S. 153. Vgl. auch Rauscher/*Mankoswki*, EuZPR Art. 52 Brüssel Ia-VO Rn. 12.

<sup>641</sup>Stein/Jonas/*Oberhammer*, Art. 34 EuGVVO Rn. 40. *Fitchen* in The Brussels I Regulation Recast Rn. 13.295 stellt als Anforderung auf, dass nach der Schluss des Verfahrens im Erststaat “compelling evidence” für den Prozessbetrug aufgetaucht sein müsse, geht also noch weiter.

<sup>642</sup>Stein/Jonas/*Oberhammer*, Art. 34 EuGVVO Rn. 40.

sehen ist<sup>643</sup>, kann es auch nicht der Aspekt sein, dass kein rechtliches Gehör im Erststaat gewährt wurde. Denn das würde dazu führen, dass die Gewährung rechtlichen Gehörs zu einem Recht des „im Allgemeinen-angehört-werdens“ umschlägt, wenn rechtliches Gehör völlig losgelöst von einem Verfahren und Streitgegenstand gewährt werden müsste. Dies würde - überspitzt gesagt - dazu führen, dass die Gerichte sich - ohne die Notwendigkeit einer Klageerhebung oder Einleitung eines sonstigen Verfahrens - die Sorgen und Nöte der Bevölkerung anhören müssten.

Die von *Hau* vorgeschlagene Einschränkung ist nichts anderes als die konsequente Umsetzung der anerkannten Einschränkung des *ordre public*-Vorbehalts durch Präklusionsvorschriften. Dies hat aber weniger damit zu tun, dass das Erschleichen von Urteilen in einigen Fällen weniger gegen das verfahrensrechtliche Gebot der Fairness verstößt und damit zwischen anzuerkennenden und nicht anzuerkennenden erschlichenen Entscheidungen differenziert werden kann, sondern vielmehr damit, dass – wie bereits oben<sup>644</sup> dargelegt wurde – das Anerkennungsverfahren keine weitere Instanz ist, in der man aus taktischen Gründen bislang zurückgehaltene Angriffs- und Verteidigungsmittel in das Verfahren einführen kann. Das Anerkennungsverfahren und insbesondere die *ordre public*-Kontrolle soll dem Urteilsschuldner keine neuen Möglichkeiten eröffnen, sondern nur als letzter Rettungsanker vor schlimmsten justiziellen Fehlritten und Ungerechtigkeiten bewahren.

## 2. Torpedo

Nicht über den *ordre public*-Vorbehalt zu lösen sind die „Torpedo“-Fälle<sup>645646</sup>.

Diese Konstellation des Rechtsmissbrauchs ist einer *ordre public*-Kontrolle nicht zugänglich<sup>647</sup>, weil es sich erstens nicht um eine Anerkennung einer „förmlichen“ Entscheidung i.S.d. Art. 2 lit. a Brüssel Ia-VO handelt. Zweitens geht es bei einer *ordre public*-Kontrolle um die Geltendmachung der Unverein-

---

<sup>643</sup>Stein/Jonas/Oberhammer, Art. 34 EuGVVO Rn. 40.

<sup>644</sup>S. 11 ff.

<sup>645</sup>Stein/Jonas/Oberhammer, Art. 34 EuGVVO Rn. 38 weist darauf hin, dass die Frage dort nicht die der Anerkennung der verspätet ergangenen Entscheidung ist.

<sup>646</sup>Tichý, FS Martiny, S. 862, der *ordre public* Vorbehalt sei „keine gute Lösung für das Problem“.

<sup>647</sup>Aus anderen Gründen, nämlich wegen der der Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts notwendigerweise innewohnenden Rechtsunsicherheit, spricht sich *Weller* in *Hess/Pfeiffer/Schlosser*, Report S. 202 Rn. 459 gegen die Anwendung der *ordre public*-Klausel aus.

barkeit einer Anwendung *ausländischer* Verfahrens- oder materieller Normen mit den inländischen Wertvorstellungen<sup>648649</sup>. Die Brüssel Ia-VO beinhaltet jedoch keine ausländischen Normen, sondern sie beansprucht als europäische Verordnung unmittelbare Geltung im Inland. Die „Fehl“anwendung inländischer bzw. europäischer Normen kann mit dem *ordre public*-Vorbehalt jedoch nicht geltend gemacht werden.

Daraus folgt, dass der *ordre public*-Vorbehalt des Art. 45 Abs. 1 lit. a) Brüssel Ia-VO nicht zur Lösung des „Torpedo“-Problems herangezogen werden kann.

### 3. Gesetzesumgehung

Das Problem der Gesetzesumgehung in Form der Zuständigkeitserschleichung wäre jedenfalls unter Geltung der EuInsVO<sup>650</sup> theoretisch<sup>651</sup> einer *ordre public*-Kontrolle zugänglich. Die Anerkennung einer Entscheidung ließe sich unter Rückgriff auf Art. 26 EuInsVO verhindern.

#### a. Dogmatische Verschiedenheit zwischen *ordre public* und den Regeln der Gesetzesumgehung?

Fraglich ist jedoch, ob das Problem *Gesetzesumgehung* mit der Lösung *ordre public*-Vorbehalt gelöst werden darf, oder ob es sich um unvereinbare Phänomene handelt.

#### 1) Ordre public-Vorbehalt strukturell untauglich

Viele halten den *ordre public*-Vorbehalt für ungeeignet, um das mit dem Begriff Gesetzesumgehung beschriebene Phänomen einer Lösung zuzuführen<sup>652</sup>.

<sup>648</sup>HK-ZV/Mäsch, Art. 34 EuGVVO Rn. 7.

<sup>649</sup>Tichý, FS Martiny, S. 862 stellt darauf ab, dass die Maßstäbe „andere“ seien, ohne dies zu konkretisieren.

<sup>650</sup>Unter Geltung der Brüssel Ia-VO muss zuerst der ausdrückliche Wortlaut des Art. 45 Abs. 3 Brüssel Ia-VO überwunden werden, in besonders krassen Fällen ist auch hier eine Kontrolle der Zuständigkeit anhand der *ordre public*-Klausel möglich, vgl. HK-ZPO/Dörner, Art. 45 EuGVVO Rn. 28; Schlosser/Hess EU-ZPR Art. 45 Rn. 11, 37; Matscher IPRax 2001, 428, 433.

<sup>651</sup>Auch praktisch wird diese Möglichkeit durchaus genutzt, z.B. AG Göttingen, IPRax 2014, 285. Zur Kritik an der konkreten Entscheidung Laukemann, IPRax 2014, 258 ff.

<sup>652</sup>Gottwald/Kolmann/Keller, Insolvenzrechtshandbuch, § 134 Rn. 36; Kegel/Schurig, IPR, S. 487, 491, 494; v.Bar/Mankowski, IPR § 7 Rn. 136 Fn. 596. , Laukemann, IPRax 2014, 258, 261. Ebenso Rauscher/Jakob/Picht, EuZPR, Art. 26 Rom II-VO Rn. 3, die darauf hinweisen, dass bei der *fraus legis* nicht fremden Recht die Geltung versagt werden würde, sondern dem zu missbilligenden Verhalten der Partei. Wohl auch HK-ZV/Mäsch, Art. 34 EuGVVO Rn. 6.

Der ordre public-Vorbehalt greife ein, wenn entweder das Verfahren des Gerichts oder das gefundene materiellrechtliche Ergebnis mit den Gerechtigkeitsvorstellungen des anerkennenden Staates unvereinbar seien.<sup>653</sup> Der Vorbehalt des ordre public habe eine andere Zielsetzung<sup>654</sup>. Er diene dazu rechtsstaatliche Mindestanforderungen sicherzustellen und nicht der Abwehr von Urteilswirkungen, die diesen Mindestanforderungen genügen<sup>655</sup>. Insbesondere bei einer harmonisierten Zuständigkeitsordnung sei die Entscheidung über die internationale Eröffnungszuständigkeit als solche dem ordre public entzogen<sup>656</sup>.

## 2) Ordre public als Lösungsmöglichkeit

Andere halten den Fall einer Zuständigkeitserschleichung für einen Anwendungsfall des ordre public<sup>657</sup>. Zumindest in den Konstellationen, in denen *missbräuchlich* Anknüpfungspunkte herbeigeführt und die Anerkennung der Entscheidung des so angerufenen Gerichts „völlig im Widerspruch zu Recht und Billigkeit“<sup>658</sup> stehe, soll die Gesetzesumgehung in Form der Zuständigkeitserschleichung gegen den ordre public verstoßen können<sup>659</sup>.

## 3) Stellungnahmen

Die Kritik an dem ordre public als Lösungsmöglichkeit für die Fälle der Gesetzesumgehung überzeugt zumindest im Zivilprozessrecht nicht: Zwar ist es richtig, dass der ordre public vor allem gegen das Ergebnis der Anwendung einer

---

<sup>653</sup> Kegel/Schurig, IPR, S. 491.

<sup>654</sup> MüKoBGB/Sonnenberger, Einl. EGBGB Rn. 751; Saenger/Klockenbrink, DZWIR 2006, 183, 185.

<sup>655</sup> Saenger/Klockenbrink, DZWIR 2006, 183, 185.

<sup>656</sup> Laukemann, IPRax 2014, 258, 261 f. Dabei ist nach Laukemann nicht ausgeschlossen bei konkreten Verfahrensverstößen, die über die fehlerhafte – oder auch auf Grund betrügerischem Verhaltens begründete – Bejahung der internationalen Zuständigkeit hinausgehen, den ordre public eingreifen zu lassen. Als Beispiel nennt er die unterlassene Benachrichtigung des Gläubigers (Laukemann, IPRax 2014, 258, 262 f.).

<sup>657</sup> Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, EuInsVO, Art. 3 Rn. 17; Föhlisch, S. 69 f.; wohl auch Rauscher/Mäsch, EuZPR, Art. 26 EG-InsVO Rn. 20; Stein/Jonas/Roth, § 328 Rn. 111; Ehricke, IPRax 2002, 505, 507. Vgl. auch Koch, FS Jayme Band I, 437, 443, der die ordre public-Kontrolle erst daran scheitern lässt, dass kein Verstoß gegen die deutschen Grundprinzipien, bzw. verfassungsmäßig garantierten Rechte, gegeben sei. Ebenso BGH NJW 2002, 960, 961, der den Gesichtspunkt der öffentlichen Ordnung geprüft, im Ergebnis aber verneint hat. Wohl auch Wright/Fenwick, IILR 2012, 45, 52. Letztere schlagen letztlich als Lösungsmöglichkeit gegen „bankruptcy tourism“ letztlich aber die schnellere Insolvenzantragsstellung vor (Wright/Fenwick, IILR 2012, 45, 53), sprechen sich also für ein „Windhunderennen“ aus. Unklar Goslar, NZI 2012, 912, 915 der „regelmäßig“ den Vorrang der Rechtsbehelfe im Erststaat eingreifen lassen will.

<sup>658</sup> Föhlisch, S. 70. Vgl. Martiny in Hdb. IZVR III/2, S. 54. Ähnlich Gottwald/Kolmann/Keller, Insolvenzrechtshandbuch, § 134 Rn. 36.

<sup>659</sup> Föhlisch, S. 70. In die Richtung aber zweifelnd Martiny in Hdb. IZVR III/1, S. 500 f. Deutlicher hingegen Martiny in Hdb. IZVR III/2, S. 54. Für die Möglichkeit die Anerkennung einer Entscheidung, bei der die Zuständigkeit treuwidrig erschlichen wurde, im autonomen Deutschen Recht zu verweigern MüKoZPO/Patzina, § 12 Rn. 103; MüKoZPO/Gottwald, § 328 Rn. 127.



ausländischen Norm in Stellung gebracht wird.<sup>660</sup> Eine Aufgabe ist also die Vermeidung der „Diskrepanz im materiellen Gerechtigkeitsgehalt zwischen dem berufenen Recht und unserem“<sup>661</sup>. Zumindest im Zivilprozessrecht tritt neben diese Aufgabe jedoch die Aufgabe der Vermeidung verfahrensfehlerhafter Entscheidungen durch den verfahrensrechtlichen *ordre public*. Dies kann, muss aber nicht, eine strukturelle Frage des Rechts sein, etwa weil die berufenen ausländischen Normen auf grundsätzlich anderen Vorstellungen von Gerechtigkeit im Prozess fußen und deren Anwendung im Einzelfall also zu einem mit unseren Gerechtigkeitsvorstellungen unvereinbaren Ergebnis führt. Genauso möglich ist es aber auch, dass nur die Anwendung von Normen, die aus unserer Sicht im Hinblick auf die hinter ihnen stehenden Prinzipien akzeptabel sind, im Einzelfall zu einem Ergebnis führt, das nicht mehr akzeptiert werden kann. Dabei muss diese Anwendung nicht zwingend „fehlerhaft“ im Sinne einer Fehlanwendung durch das Gericht sein, sondern es genügt, dass das Ergebnis der Anwendung nicht mit den Gerechtigkeitsvorstellungen vereinbar ist. Dies ist der Fall, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der Zuständigkeitsnorm rechtsmissbräuchlich herbeigeführt wurden. Dann kann der erschleichenden Partei nicht sehenden Auges der Erfolg der Erschleichung gewährt werden.

b. Unterscheidet sich der *ordre public*-Vorbehalt des Art. 26 EuInsVO von dem in anderen Verordnungen

Teilweise wird vertreten, der *ordre public*-Vorbehalt des Art. 26 EuInsVO unterscheidet sich erheblich vom *ordre public* Vorbehalt in anderen Verordnungen wie der Brüssel Ia-VO<sup>662</sup>. Das beruhe darauf, dass es bei Art. 26 EuInsVO um die Überprüfung des Ergebnisses gehe, das der *ordre public*-Kontrolle unterzogen werden, nicht um die Anerkennung, bzw. die Vollstreckung.<sup>663</sup> Dieser Umstand schränke den Anwendungsbereich (noch) weiter ein, als den des Art. 45

---

<sup>660</sup>Kegel/Schurig, IPR, S. 494.

<sup>661</sup>Kegel/Schurig, IPR, S. 494.

<sup>662</sup>Pannen/Riedemann, Art. 26 EuInsVO Rn. 12.

<sup>663</sup>Pannen/Riedemann, Art. 26 EuInsVO Rn. 12.



Abs. 1 lit a) Brüssel Ia-VO.<sup>664</sup> Ein zusätzliches – einschränkendes – Merkmal des Art. 26 EuInsVO sei das darin eröffnete Ermessen des Gerichts.<sup>665</sup>

Stellt man auf den Wortlaut des Art. 26 EuInsVO im Vergleich zu dem des Art. 45 Abs. lit. a) Brüssel Ia-VO ab, überzeugen die Argumente von *Riedemann*<sup>666</sup> auf den ersten Blick.

Auf den zweiten Blick offenbaren sich jedoch einige Schwächen in der Argumentation.

Der Einwand, Art. 26 EuInsVO eröffne ein Ermessen, lässt sich mit einem Rückgriff auf verwaltungsrechtliche Dogmatik entkräften. Denn auch ein eröffnetes Ermessen muss sich in den Grenzen der Rechtsstaatlichkeit bewegen. Auch wenn Ermessen eröffnet ist, kann sich bei entsprechendem Sachverhalt durchaus eine Pflicht zum Handeln ergeben, nämlich dann, wenn das Ermessen auf Null reduziert ist und es keine andere Handlungsmöglichkeit gibt. Es ist bei den Konstellationen, bei denen ein *ordre public*-Verstoß in Rede steht, nicht vorstellbar, dass – wenn der Richter festgestellt hat, dass das Ergebnis der Anerkennung gegen die *grundlegenden* Gerechtigkeitsvorstellungen verstößt, die Eingriffsschwelle also überschritten ist – er gleichwohl zu einem Ergebnis der Ermessenabwägung kommen kann, bei welcher festgestellt wird, das alles sei noch hinnehmbar und deswegen sei sein Einschreiten in Form der Nichtanerkennung nicht geboten. Schließlich greift der *ordre public*-Vorbehalt nur in so seltenen und krassen Fällen, dass dann eine Verteidigung der Rechtsordnung in jedem Fall geboten ist. Die Entscheidung für das Vorliegen einer *ordre public*-widrigen Entscheidung ist also *zwingend* eine Entscheidung für ein Einschreiten. Daran ändert auch das eröffnete Ermessen nichts. Es ist insofern von einem automatisch reduzierten Ermessen auf Null auszugehen.

Auch der zweite angebliche Unterschied ist bei genauer Betrachtung keiner: Zwar ist es zutreffend, dass es bei der *ordre public*-Kontrolle des Art. 26 Eu-

---

<sup>664</sup>Pannen/*Riedemann*, Art. 26 EuInsVO Rn. 12.

<sup>665</sup>Pannen/*Riedemann*, Art. 26 EuInsVO Rn. 14; *Paulus*, EuInsVO, Art. 26 Rn. 1, 5.

<sup>666</sup>Pannen/*Riedemann*, Art. 26 EuInsVO Rn. 12, 14.

InsVO um die Überprüfung des Ergebnisses der Anerkennung und Vollstreckung geht.

Dies ist der ordre public-Kontrolle jedoch schlechthin eigen. Es geht immer um die Kontrolle des konkreten Ergebnisses der Anwendung einer Norm<sup>667</sup>. Dies ist sogar dann der Fall, wenn „nur“ der verfahrensrechtliche ordre public bemüht wird, um die Anerkennung der Entscheidung zu verhindern<sup>668</sup>. Wenn der ordre public-Verstoß in der Verletzung der grundlegenden Forderung nach Gerechtigkeit liegt, so verletzt dies das Rechtsgefühl im Zweitstaat aufs tiefste<sup>669</sup>. Diese Verletzung ist das Ergebnis der Anwendung der Anerkennungsvorschrift, das es zu verhindern gilt.

Worin sich die ordre public-Vorbehalte naturgemäß unterscheiden, sind die verschiedenen Stoßrichtungen der EuInsVO und der Brüssel Ia-VO. Erstere regelt grenzüberschreitende Insolvenzverfahren. Bei der Auslegung des ordre public-Vorbehalts in Art. 26 EuInsVO sind in Bezug auf den verfahrensrechtlichen ordre public also die Besonderheiten des Insolvenzverfahrens zu beachten<sup>670</sup>. Das bedeutet, dass bei der Auslegung dem Umstand Rechnung zu tragen ist, dass es sich bei einem Insolvenzverfahren nicht um ein kontradiktorisches Verfahren handelt<sup>671</sup>, bei dem der Gläubiger zwingend zu beteiligen ist. Aber auch dies ist keine „Besonderheit“ des Art. 26 EuInsVO, sondern nur eine Ausfüllung des Begriffs grundlegende Gerechtigkeitsvorstellung<sup>672</sup>, die sich selbstverständlich an dem jeweiligen Verfahren zu orientieren haben.

Insofern unterscheidet sich der ordre public-Vorbehalt des Art. 26 EuInsVO inhaltlich nicht vom dem in Art. 45 Abs. 1 lit. a) Brüssel Ia-VO<sup>673</sup>.

---

<sup>667</sup>Zum materiellrechtlichen ordre public-Vorbehalt. v. *Bar/Mankowski*, IPR, § 7 Rn. 265; vgl. dazu *MükoZPO/Gottwald*, Art. 34 EuGVO Rn. 12: „...zu bewerten ist nur, ob die Anerkennung im Inland die genannten Folgen hätte.“; *Schack*, IZVR, Rn. 962; *HK-ZV/Mäsch*, Art. 34 EuGVVO Rn. 7.

<sup>668</sup>Vgl. *HK-ZV/Mäsch*, Art. 34 EuGVVO Rn. 7, 13.

<sup>669</sup>*Geimer/Schütze*, EuZVR Art. 34 Rn. 24.

<sup>670</sup>*MüKoInsO/Thole*, Art. 26 EuInsVO Rn. 11, *Laukemann*, IPRax 2012, 207, 212 ff.

<sup>671</sup>*MüKoInsO/Thole*, Art. 26 EuInsVO Rn. 11.

<sup>672</sup>Vgl. dazu im Einzelnen *Laukemann*, IPRax 2012, 207, 212 ff.

<sup>673</sup>*Rauscher/Mäsch*, EuZPR, Art. 26 EG-InsVO Rn. 1. Ebenso *MüKoBGB/Kindler*, Art. 26 VO (EG) 1346/2000 Rn. 7; *FK-InsO/Wenner/Schuster*, EuInsVO Art. 26 Rn. 4. Vgl. auch BGH NJW-RR 2014, 1135, 1136f.

Daraus folgt, dass einer Anwendung des Art. 26 EuInsVO auch der Einwand, es handele sich um einen – sogar im Vergleich zur ordre public-Kontrolle des Art. 45 Abs. 1 lit a) Brüssel Ia-VO – deutlich engeren Anwendungsbereich, nicht entgegenstehen kann.

c. Ergebnis

1) Kein struktureller Grund gegen Anwendung der ordre public-Kontrolle

Wie oben gezeigt, spricht strukturell nichts gegen die Anwendung des ordre public-Vorbehalts auf die Fälle der Gesetzesumgehung, wie sie hier beschrieben werden, insbesondere kann auch der Art. 26 EuInsVO als Lösungsmöglichkeit herangezogen werden.

Hervorzuheben ist jedoch, dass die Gründe für eine Nichtanerkennung wegen eines ordre public-Verstoßes trotzdem nicht wahllos ins Feld gebracht werden können.

*Kein* Grund für eine Verweigerung der Anerkennung ist die Vortäuschung eines COMI in dem verfahrenseröffnenden Mitgliedsstaat<sup>674</sup>. Dies ist - wie oben gezeigt - eine Frage der korrekten Sachverhaltsermittlung durch das Erstgericht. Fehler in diesem Bereich hat derjenige, der die Nichtanerkennung geltend machen will, durch die Einlegung von Rechtsbehelfen im Erststaat zu korrigieren<sup>675</sup>.

Ebenfalls ist der ordre public-Vorbehalt nicht geeignet, um nicht genehme Normen des erststaatlichen Rechts „auszuschalten“. Voraussetzung für eine Verletzung des ordre public ist, dass das konkrete Ergebnis der *Anwendung* der ausländischen Norm mit den wesentlichen inländischen Wertvorstellungen

---

<sup>674</sup>Rauscher/Mäsch, EuZPR, Art. 26 EG-InsVO Rn. 11, 22; a.A. AG Nürnberg, NZI 2007, 185, 186. Diesen Fall bezeichnet Koch, FS Jayme Band I 437, 440 als „rechtsmissbräuchliche Wohnsitzmanipulation“. Unklar Reinhart, NZI 2012, 304, 306, der auf die „Grenzfälle der Simulierung“ verweist, die von der Rechtsprechung u.a. mit dem ordre public-Vorbehalt gelöst würden.

<sup>675</sup>Rauscher/Mäsch, EuZPR, Art. 26 EG-InsVO Rn. 11, 22; Knof, ZinsO 2007, 629, 634; Wright/Fenwick, IILR 2012, 45, 52. Wohl auch HambKomm/Undritz, Art. 26 EuInsVO Rn. 12, der auf die Chance verweist, dem eröffneten Gericht die Möglichkeit zu geben, „die Dinge – ganz i.S.d. community trust – vor Ort ins Reine zu bringen.“

nicht konform ist<sup>676</sup>. Das *AG Nürnberg* hat in seiner Entscheidung<sup>677</sup> gerade diesen Grundsatz nicht beachtet, wenn es zumindest sämtliche Feststellungen zur konkreten Anwendung des § 22 Anhang B 1 Insolvency Act 1986 vermissen lässt. Aus den Umständen allein, dass es nach Englischem Insolvenzrecht möglich ist, dass der administrator auf Antrag des Insolvenzschuldners bestellt und dass jener von den Beratern des Insolvenzschuldners ebenfalls beraten wird, lässt sich jedenfalls kein ordre public-Verstoß konstruieren<sup>678</sup>. Denn die Anwendung der Normen, die dieses aus deutscher Sicht zugegebenermaßen etwas ungewöhnliche Ergebnis zulassen, hat - ohne weitere Feststellungen - nicht zu einer Verletzung der Neutralität des administrators geführt.

2) Art. 26 EuInsVO in concreto als Lösungsmöglichkeit geeignet

Fraglich ist jedoch, ob die Fallgruppe der rechtsmissbräuchlichen Zuständigkeitserschleichung rein tatsächlich ein Anwendungsfall des ordre public Vorbehalts des Art. 26 EuInsVO ist.

Gegen die Anwendung des ordre public Vorbehalts in der Fallgruppe der Zuständigkeitserschleichung im Europäischen Insolvenzrecht spricht sich *Laukemann*<sup>679</sup> aus. Die Lösung über die Anerkennungsversagung gem. Art. 26 EuInsVO widerspreche dem gesamten Regelungssystem der EuInsVO<sup>680</sup>. Es bestehe die Gefahr zweier parallel laufender Hauptinsolvenzverfahren, da durch die Feststellung eines Rechtsmissbrauchs durch das zweite angerufene Insolvenzgericht nicht die Zuständigkeit des ersten angerufenen Gerichts entzogen würde<sup>681</sup>. Es entstünden dadurch ungelöste Zuständigkeitskonflikte<sup>682</sup>. Die Annahme eines ordre public-Verstoßes widerspreche der Niederlassungsfreiheit<sup>683</sup>. *Laukemann* selbst möchte aber entgegen der absoluten Aussagen, die er vorher getroffen hat, Art. 26 EuInsVO dahingehend auslegen, dass die „*Regelung bei Sitzverlegungen nur in Fällen evidenten Missbrauchs zulasten der Gläubiger-*

---

<sup>676</sup>Rauscher/Mäsch, EuZPR, Art. 26 EG-InsVO Rn. 4.

<sup>677</sup>NZI 2007, 185, 186.

<sup>678</sup>Laukemann, IPRax 2012, 207 f. A.A. AG Nürnberg, NZI 2007, 185, 186.

<sup>679</sup>Laukemann, RIW 2005, 104, 106 f.; Laukemann, IPRax 2012, 207, 211; ebenso Paulus, EuInsVO, Art. 26 Rn. 16 f.

<sup>680</sup>Laukemann, RIW 2005, 104, 106.

<sup>681</sup>Laukemann, RIW 2005, 104, 106.

<sup>682</sup>Laukemann, RIW 2005, 104, 106.

<sup>683</sup>Laukemann, RIW 2005, 104, 106.

*gemeinschaft zum Tragen kommen kann*<sup>684</sup>. Die Frage, die *Laukemann* aufwirft, ist also bei genauer Betrachtung nicht die Frage danach, ob überhaupt eine Zuständigkeitserschleichung einen ordre public-Verstoß begründen kann, sondern *wann* eine solche einen Rechtsmissbrauch darstellt<sup>685</sup> und damit auch gegen den ordre public verstößt. *Laukemann* stellt darauf ab, ob wirkungsvoller Rechtsschutz im Erststaat gegeben sei, dann scheidet eine Berufung auf den ordre public-Vorbehalt aus.<sup>686</sup>

Gegen das nicht von der Hand zu weisende Argument der potentiellen Zuständigkeitskonflikte kann vorgebracht werden, dass durch die unbestritten notwendige enge Auslegung des ordre public-Vorbehalts und die hohen Hürden, die nach der hier vertretenen Auffassung an eine missbräuchliche und damit potentiell ordre public-widrige Sitzverlegung gestellt werden, der Fall in der Praxis selten relevant werden dürfte. Der letzte Rettungsanker, den der ordre public-Vorbehalt darstellt, wird schon rein faktisch selten das Regelungsgefüge der Verordnung vollständig in Frage stellen können. Zudem ist jedoch zu beachten, dass in der EuInsVO ja sogar vorgesehen ist, dass bestimmte Entscheidungen, also auch Eröffnungsentscheidungen, wegen eines ordre public-Verstoßes nicht anerkannt werden. In diesem Fall stellt sich ebenfalls die Frage nach möglichen Zuständigkeitskonflikten. Ob dabei die Zuständigkeitserschleichung eine Fallgruppe der Nichtanerkennung ist oder nicht, stellt schwerlich das System an sich in Frage, wenn nur weiterhin vorgesehen ist, dass mögliche Eröffnungsentscheidungen – aus welchem Grund auch immer – nicht anerkannt werden. Das Argument *Laukemanns* dass der Vorrang des Rechtsschutzes im Erststaat zu beachten sei<sup>687</sup>, ist grundsätzlich korrekt, jedoch eine Frage der Präklusion. Zudem weist er selbst darauf hin, dass der Vorrang nur für den „wirkungsvolle[n] Rechtsschutz“<sup>688</sup> gelte, anderenfalls sei sowohl im Fall der fehlerhaften Rechtsanwendung, als auch im Falle des Prozessbetrugs durch Manipulation der Entscheidungsgrundlage, der Rückgriff auf den ordre public-Vorbehalt denkbar.<sup>689</sup> Dieses Argument ist also letztlich mit so vielen Einschränkungen versehen, dass festgestellt werden kann, dass auch *Lauke-*

---

<sup>684</sup> *Laukemann*, RIW 2005, 104, 107.

<sup>685</sup> Vgl. dazu oben, S. 57 ff.

<sup>686</sup> *Laukemann*, IPRax 2012, 207, 211.

<sup>687</sup> *Laukemann*, IPRax 2012, 207, 211.

<sup>688</sup> *Laukemann*, IPRax 2012, 207, 211.

<sup>689</sup> *Laukemann*, IPRax 2012, 207, 211.

mann in den gebotenen engen Grenzen die Anwendbarkeit der Vorbehaltsklausel (wohl) nicht gänzlich ausschließt<sup>690</sup>.

*Paulus*<sup>691</sup> spricht sich ebenfalls vehement gegen die Anerkennung eines ordre public-Verstoßes in der Fallgruppe der Zuständigkeitserschleichung aus. Forum shopping<sup>692</sup> sei nicht untersagt und kein Anwendungsfall des ordre public<sup>693</sup>. Die Sitzverlegung, um ein günstigeres Recht Anwendung finden zu lassen, sei „als solche“ nicht ordre public-widrig<sup>694</sup>. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist jedoch der Ausgangspunkt für die Beurteilung der Rechtsmissbräuchlichkeit ein anderer. Aus Sicht des Insolvenzschuldners ist die Wahl des günstigeren Rechts solange gestattet, wie die Wahl auf aner kennenswerten Motiven beruht<sup>695</sup>, bzw. nicht auf nicht aner kennenswerten. Die Sitzverlegung mit dem Ziel der Wahl eines günstigeren Rechts „als solche“ ist auch nach der hier vertretenen Auffassung nicht rechtsmissbräuchlich, solange das Ziel nicht die Benachteiligung der Gläubiger ist.

Ebenfalls gegen eine Anwendung der ordre public-Kontrolle führt *Klockenbrink*<sup>696</sup> aus, dass der ordre public-Vorbehalt dem Zweck diene, die nach dem anwendbaren Recht des das Insolvenzverfahren eröffnenden Gerichts rechtmäßigerweise eintretenden Wirkungen des Insolvenzverfahrens, die aus Sicht eines anderen Mitgliedsstaats jedoch nicht mit den elementaren Forderungen nach Gerechtigkeit in Einklang zu bringen sind, abzuwehren<sup>697</sup>. Wegen des in der Europäischen Union herrschenden Vertrauensgrundsatzes sei erstens davon auszugehen, dass das nationale Recht eines Mitgliedsstaats rechtmäßig ange-

---

<sup>690</sup>Vgl. *Laukemann*, IPRax 2012, 207, 211 einerseits und auch *Laukemann*, IPRax 2012, 207, 215, wo er auf die Unterschiede in der Gewährung der Restschuldbefreiung und die diesbezügliche Anwendbarkeit des ordre public-Vorbehalts hinweist. Anknüpfungspunkt kann dabei wohl nur die (missbilligte) Zuständigkeitserschleichung allein zum Zweck der Erlangung der Restschuldbefreiung zum Schaden der Gläubiger sein. Denn es ist mit dem auch von *Laukemann* grundsätzlich anerkannten gegenseitigen Vertrauen nur schwer zu vereinbaren, wenn allein auf das Ergebnis der Anwendung der nationalen im Einzelfall laxeren Vorschriften über die Restschuldbefreiung abgestellt wird. Dies würde im Ergebnis bedeuten, dass einzelne Mitgliedsstaaten die Restschuldbefreiung anderer Mitgliedstaaten „flächendeckend“ unter Berufung auf den ordre public-Vorbehalt nicht anerkennen könnten und damit letztlich dem fremde System „an sich“ die Anerkennung verweigern könnten.

<sup>691</sup>*Paulus*, EuInsVO, Art. 26 Rn. 16.

<sup>692</sup>Vgl. zur Kritik am Begriffs des forum shopping im Insolvenzrecht, S. 45 f.

<sup>693</sup>*Paulus*, EuInsVO, Art. 26 Rn. 16.

<sup>694</sup>*Paulus*, EuInsVO, Art. 26 Rn. 16.

<sup>695</sup>Vgl. S. 57 ff.

<sup>696</sup>*Klockenbrink*, S. 107 ff.

<sup>697</sup>*Klockenbrink*, S. 108.

wendet werde<sup>698</sup> und zweitens, dass die nationalen Rechte ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten gewährten, sollte es trotz der ersten Prämisse zu einer Fehlanwendung des Rechts kommen<sup>699</sup>. Es bestünde insofern kein Bedarf, die Eröffnungsentscheidung im Hinblick auf die fehlerhafte Bejahung der internationalen Zuständigkeit im Anerkennungsstaat zu überprüfen<sup>700</sup>. Die gläubigerschädigende Zuständigkeitserschleichung sei daher kein Anwendungsfall des ordre public-Vorbehalts<sup>701</sup>.

Dem kann zunächst der Einwand entgegengehalten werden, den *Klockenbrink* selbst anführt, indem er die Möglichkeit eines anderen Anknüpfungspunkts als die fehlende internationale Zuständigkeit in Erwägung zieht<sup>702</sup>. Denn es geht nach der hier vertretenen Auffassung nicht darum, die fehlende internationale Zuständigkeit zu rügen, sondern dem Insolvenzschuldner die Früchte seines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens zu verwehren. *Klockenbrink* vertritt die Auffassung, dies sei eine normale Prüfung der Voraussetzungen eines ordre public-Verstoßes<sup>703</sup> und der Verstoß sei dabei in diesen Fällen nur dann gegeben, wenn die Voraussetzungen eines ordre public-Verstoßes auch unabhängig von der Missbrauchskonstellation vorlägen<sup>704</sup>. Dieser Ansatz überzeugt jedoch nicht. Denn an einen ordre public-Verstoß lässt sich im konkreten Fall durchaus denken, wenn man an die Rechtsmissbräuchlichkeit der Sitzverlegung anknüpft. Denkbar ist zum Beispiel der Fall, dass gezielt eine Rechtsordnung über den Weg der Sitzverlegung gewählt wird, um die Rechte eines einzelnen Gläubigers zu beschneiden, indem ein Recht zur Anwendung gebracht wird, in dem die Sicherungsmittel, bzw. die Forderungen des betreffenden Gläubigers eine geringere Wertigkeit haben, weil andere Gläubiger vorzuziehen sind. Dieser Fall würde ohne Berücksichtigung der Rechtsmissbräuchlichkeit der Sitzverlegung kein ordre public-Verstoß sein<sup>705</sup>.

---

<sup>698</sup>*Klockenbrink*, S. 108.

<sup>699</sup>*Klockenbrink*, S. 108.

<sup>700</sup>*Klockenbrink*, S. 108.

<sup>701</sup>*Klockenbrink*, S. 108.

<sup>702</sup>*Klockenbrink*, S. 109.

<sup>703</sup>*Klockenbrink*, S. 109.

<sup>704</sup>*Klockenbrink*, S. 109.

<sup>705</sup>Vgl. auch die Fallgruppen von *Klockenbrink*, S. 80 ff.



Der ordre public-Vorbehalt ist also ein taugliches Gegenmittel gegen die Fallgruppe der Gesetzesumgehung in Form der Zuständigkeitserschleichung<sup>706</sup>.

#### IV. Zukunft des ordre public

Problematisch ist bei den oben dargestellten Lösungsansätzen über den ordre public-Vorbehalt, dass sich der ordre public im Bereich des Europäischen Zivilverfahrensrechts faktisch auf dem Rückzug befindet<sup>707</sup>.

##### 1. Standpunkt der Kommission

Die Europäische Kommission geht davon aus, dass das Niveau der Rechtsstaatlichkeit innerhalb der Mitgliedsstaaten der EU einen Stand erreicht habe, der eine Kontrolle der Entscheidung der jeweils anderen Gerichte überflüssig mache. Dabei wird angeführt, dass die (anerkenntnisrechtliche) ordre public-Kontrolle im europäischen Rechtsraum ihre klassische Aufgabe, die Wahrung von Grundprinzipien einzelner Staaten, nicht mehr erfüllen könne, da die Grundprinzipien<sup>708</sup> vollständig übereinstimmen<sup>709/710</sup>.

Aus diesem Grund sei der ordre public-Vorbehalt veraltet und entbehrlich<sup>711</sup>.

In ihrem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung) vom 14.12.2010<sup>712</sup> hat die Kommission einen halben Schritt in die Richtung der Abschaffung des ordre public-Vorbehalts getan. Mit dem Vorschlag sollte das

---

<sup>706</sup>Wohl auch *Reinhart*, NZI 2012, 304, 306. A.A. *Paulus*, EuInsVO, Art. 26 Rn. 16. Vgl. für die EuGVO a.F.) *HK-ZV/Mäsch*, Art. 34 EuGVVO Rn. 6, der gegen das Problem nicht den ordre public Vorbehalt, sondern die Rechtsfigur der Gesetzesumgehung oder den Rechtsmissbrauch in Stellung bringen will.

<sup>707</sup>So ist der ordre public-Vorbehalt in den Verordnungen *EuMahnVO*, *EuBeweisVO*, *EuVTVO* nicht mehr enthalten. Zum Entwurf der Überarbeitung der EuGVO sogleich. Vgl. auch *Wagner*, IPRax 2014, 217, 222.

<sup>708</sup>Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Kommission im Hinblick auf Art. 29 Brüssel Ia-VO das gegenseitige Vertrauen in Hinblick auf die Gerichtsstandsvereinbarungen nicht mehr absolut geltend lässt, vgl. *Pohl*, IPRax 2013, 109, 111, *Kindler*, FS Coester-Waltjen, S. 490.

<sup>709</sup>*Leipold*, FS Stoll, S. 624, 645. *Mayr*, EuZPR, Rn. IV/24 weist aus österreichischer Sicht darauf hin, dass es nicht sein sollte, dass in einem Mitgliedsstaat einer europäischen Familie etwas als recht und billig eingeordnet werde, was mit den Grundwertungen des eigenen Rechtssystems in Widerspruch stehe. Zu Recht weist jedoch *Schlosser*, IPRax 2010, 101, 104 darauf hin, dass jedes System seine Schwachpunkte habe, die nicht zu tolerierende Ergebnisse produzieren könnte. *Stürner*, GPR 2010, 43, 44 Fn. 5 nennt die Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen eine „bloße Fiktion“.

<sup>710</sup>Die Mitgliedstaaten selbst scheinen dies im Hinblick auf die anderen Mitgliedsstaaten anders zu sehen, vgl. *Fitchen* in *The Brussels I Regulation Recast* Rn. 13.272.

<sup>711</sup>Vgl. dazu auch *Fitchen* in *The Brussels I Regulation Recast* Rn. 13.271.

<sup>712</sup>KOM(2010) 748 endg.



Exequaturverfahren für den Großteil der Entscheidungen abgeschafft werden<sup>713</sup>. Damit einhergehend wurde nach diesem Entwurf für die Entscheidungen, für die ein Exequaturverfahren nicht mehr vorgesehen war<sup>714</sup>, der Prüfungsmaßstab und das -Verfahren für eine Überprüfung der ergangenen Entscheidung stark beschränkt<sup>715</sup>. Der ordre public-Vorbehalt des damaligen Art. 34 EuGVO (alt) sollte auf die Überprüfung enumerativ aufgelisteter Nachprüfungsgründe im *Ursprungsmitgliedstaat* in Art. 45 des VO-Entwurfs, bzw. auf eine Überprüfung auf Nichtvereinbarkeit mit wesentlichen Grundsätzen des Rechts auf ein faires Verfahren im Vollstreckungsmitgliedstaat gem. Art. 46 VO-Entwurf, reduziert werden. Letztere Überprüfungsmöglichkeit entsprach einem *Teilbereich* des *verfahrensrechtlichen* ordre public<sup>716</sup>. Diese Überprüfungsmöglichkeit wurde auch nicht als ordre public-Vorbehalt bezeichnet.

Der ordre public-Vorbehalt fand sich in dem VO-Entwurf nur noch für die Überprüfung der wenigen Entscheidungen<sup>717</sup>, für die das Exequaturverfahren noch erhalten geblieben war. In Art. 48 Nr. 1 des VO-Entwurfs war für *diese* Entscheidungen Art. 34 Nr. 1 EuGVO (a.F.) unverändert übernommen worden.

Die Abschaffung der ordre public-Kontrolle sollte dabei die *Nachprüfung* der Entscheidungen auf ein Minimum reduzieren und sich vor allem auf den Erststaat konzentrieren<sup>718</sup>.

Der Vorstoß der Kommission konnte sich in dieser Radikalität (wohl noch) nicht durchsetzen<sup>719</sup>. Der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments hatte

---

<sup>713</sup>Vergleiche Art. 37 ff. des Entwurfs. Siehe dazu auch *Nagel/Gottwald*, IZPR, § 14 Rn. 63 ff.

<sup>714</sup>Artt. 38 – 44 des Entwurfs.

<sup>715</sup>*Adolphsen*, Die Anerkennung, S.17 f. weist daraufhin, dass die Exequatur und Versagensgründe zu trennen seien.

<sup>716</sup>*Cuniberti/Rueda*, *RabelsZ* 75 (2011), S. 286, 297 bezeichnen eine solche Minimalkontrolle als „*alibi offered by European authorities for suppressing exequatur*“. Sie weisen korrekterweise darauf hin, dass - je nach Ausgestaltung der Überprüfungsmöglichkeit - wohl nur sichergestellt werde, dass eine Information des Schuldners erfolgt sei.

<sup>717</sup>Vgl. Art. 37 Abs. 3 des VO-Entwurfs. Das Exequaturverfahren sollte erhalten bleiben für Schadenersatzklagen wegen Verletzung der Privatsphäre, insbesondere Verleumdung und Verfahren des Kollektiven Rechtsschutzes.

<sup>718</sup>Vgl. zur Verschiebung der Prüfungskompetenz in der EuVTVO, die ebenso keine ordre public-Kontrolle vorsieht, *Bach*, Grenzüberschreitende Vollstreckung in Europa, S. 258 ff. und 484 f.; *Cuniberti/Rueda*, *RabelsZ* 75 (2011), S. 286, 301 f. weisen dabei zutreffend auf die strukturellen Defizite hin, die entstehen können, wenn die Kontrolle der Einhaltung prozessualer Mindeststandards den Gerichten des Staates überantwortet wird, die ggf. gegen diese Standards verstoßen haben. Die Tendenz das eigene Verfahren und die eigenen Normen in Frage zu stellen, sei wenig ausgeprägt.

in seinem „Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung)“ vom 28.06.2011<sup>720</sup> im Hinblick auf die *ordre public*-Klausel in Änderungsantrag 34 zur Änderung des Artikels 46 den derzeitigen Rechtszustand wieder als Diskussionsgrundlage aufgenommen. Die Unterschiede zum damaligen Art. 34 EuGVO (alt) ergaben sich vor allem daraus, dass die Abschaffung des Exequaturverfahrens in diesem Berichtsentwurf weiterverfolgt wurde. Der Diskussionsstand ist der (Kompromiss)Vorschlag des Rates vom 01.06.2012<sup>721</sup> sowie der letztlich verabschiedete<sup>722</sup> Entwurf in der Fassung vom 25.09.2012<sup>723</sup>. In Letzterem ist das Exequaturverfahren nicht mehr vorgesehen (vgl. Erwägungsgrund 23 a, d, e, f sowie Artt. 38 a, 39 b des Vorschlags), die *ordre public*-Kontrolle ist in Art. 48 des Vorschlags bzw. Art. 45 Brüssel Ia-VO jedoch aufgenommen<sup>724</sup>.

In den aktuellen Gesetzgebungsverfahren auf europäischer Ebene ist der *ordre public*-Vorbehalt also auf dem *noch geordneten* Rückzug<sup>725</sup>.

## 2. Stellungnahme

Der Abschaffung, bzw. den Vorstößen zur Abschaffung<sup>726</sup>, der *ordre public*-Kontrolle wird in der Literatur<sup>727</sup> vehement entgegengetreten<sup>728</sup>.

---

<sup>719</sup>Zu dem Ziel der Kommission, den *ordre public*-Vorbehalt abzuschaffen, das seit 1997 kommuniziert wurde, siehe auch Hess in Hess/Pfeiffer/Schlosser, Report S. 241 Rn. 543. Auch MüKoBGB/v.Hein, EGBGB Art. 6 Rn. 93 geht davon aus, dass die Aufrechterhaltung der *ordre public*-Kontrolle nicht dauerhaft gewesen sein könnte.

<sup>720</sup>2010/0383(COD) abzurufen unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARL&mode=XML&language=EN&reference=PE467.046> (zuletzt abgerufen am 11.09.2016).

<sup>721</sup>2010/0383(COD) 10609/12 vom 01.06.2012 abzurufen unter <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/12/st10/st10609.en12.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.09.2016).

<sup>722</sup>Soweit für die Bearbeitung von Bedeutung angenommen in der einzigen Lesung des Europäischen Parlament am 19.11.2012.

<sup>723</sup>2010/0383(COD) Amendment 121 Draft Report Tadeusz Zwiefka vom 25.09.2012 abzurufen unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARL&mode=XML&language=EN&reference=PE496.504> (zuletzt abgerufen am 11.09.2016).

<sup>724</sup>Fitchen in The Brussels I Regulation Recast Rn. 13.272 weist darauf hin, dass die Argumente der Kommission von einer Mehrheit der Mitgliedsstaaten angegriffen wurden und dass die Änderungen des Kommissionsvorschlags letztlich ohne Gegenwehr der Mitgliedsstaaten durchgesetzt wurde. Siehe auch Adolphsen, Die Anerkennung, S. 7.

<sup>725</sup>Stein, WiRO 2003, 289, 294 weist auf das Ziel und die auf höchster politischer Ebene der Europäischen Union getroffene Entscheidung hin, Urteile von Mitgliedsstaaten völlig ohne Zwischenverfahren und völlig ohne weitere Kontrolle anzuerkennen. Dabei bezeichnet er die EuGVO als „Zwischenstadium der Entwicklung“, Stein, WiRO 2003, 289, 294.

<sup>726</sup>Vgl. das Grünbuch der Kommission zur Überprüfung der Regelungen der EuGVO, Kom(2009) 175 endg., das in Frage 1 die Abschaffung des gesamten Exequaturverfahrens und damit einhergehend auch des *ordre public*-Vorbehalts zur Diskussion stellt. Dass dies jedoch nicht zwingend und sehr wohl mög-

Die ordre public-Kontrolle, wenngleich selten praktisch relevant, habe einen wichtigen Anwendungsbereich<sup>729</sup>. Sie stelle das Mittel zu Abwehrung von Extremfällen dar<sup>730</sup>.

Ein ordre public-Vorbehalt könne sogar europarechtlich geboten sein, da in Art. 67 AEUV postuliert werde, dass die *verschiedenen* Rechtsordnungen und –traditionen der Mitgliedsstaaten zu achten sind<sup>731</sup>. Der ordre public-Vorbehalt könne also dazu dienen, die Diversität sicherzustellen und gleichzeitig den Schutz vor in Extremfällen<sup>732</sup> verschiedenen Ansichten zu gewährleisten. Gerade dieses Mit- und Nebeneinander der Rechtsordnungen - ohne dass die Grundrechte der Bürger in Gefahr geraten können – stelle eine Bereicherung der Europäischen Union dar<sup>733</sup>. Weiterhin sei der Binnenmarkt noch nicht im erforderlichen Maße zusammengewachsen<sup>734</sup>.

Diese Kritik ist wiederum auf Ablehnung gestoßen.

So stellt *Regen*<sup>735</sup> die These auf, dass die Abschaffung des ordre public-Vorbehalts in der EuVTVO nicht zu einer erhöhten Gefahr der betrügerischen Machenschaften der Parteien führen würde, da es auch nach autonomen Recht

---

lich und denkbar ist, das Exequaturverfahren abzuschaffen, während die Kontrollmöglichkeiten beibehalten werden, stellt *Oberhammer*, IPRax 2010, 197, 200 dar. Ebenso *Netzer*, S. 207, der darauf hinweist, dass die Notwendigkeit der Abschaffung des Exequaturverfahrens getrennt von der des ordre public-Vorbehalts beurteilt werden müsse. Dies spiegelte auch den letzten Diskussionsstand der Änderung der EuGVO dar, der genau diese Trennung vorsieht und in die Brüssel Ia-VO übernommen hat, s.o.

<sup>727</sup>MüKoBGB/Kindler, Art. 26 VO (EG) 1346/2000 Rn. 2; *Linke/Hau*, IZVR, Rn. 13.45; *Georganti*, S. 143 ff.; *Hess* in *Hess/Pfeiffer/Schlosser*, Report S. 242 Rn. 544 ff. mit Anwendungsbeispielen aus den Mitgliedsstaaten; *Thole* Die Anerkennung, S. 49, *Althammer/Löhnig*, ZZPInt 9 (2004), 23, 35; *Beaumont/Johnston*, IPRax 2010, 105 ff.; *Laukemann*, IPRax 2012, 207, 215; *Magnus/Mankowski*, ZVglRWiss 2010, 1, 4; *Mankowski*, RIW 2004, 587, 588; *Pohl*, IPRax 2013, 109, 113; *Schlosser*, IPRax 2010, 101 ff.; *Stadler*, IPRax 2004, 3, 8; *Staudinger*, ELF 2004, 273, 280; *Stolz*, JuS 2002, 541, 543 ff.; *Stürner*, GPR 2010, 43 ff.; *Wagner*, IPRax 2002, 75, 92, 95; *Wagner/Beckmann*, RIW 2011, 44, 53; vorsichtiger *Martiny*, FS Sonnenberger, 523, 547 f.; ebenso *Kropholler/v. Hein*, EuZPR Art. 34 EuGVO Rn. 3, die Voraufgabe sprach sich deutlich gegen eine Abschaffung aus. Einen leicht anderen Ansatz schlägt *Netzer*, S. 264, 250 ff., insbesondere 258 ff., vor, der die ordre public-Kontrolle durch eine verstärkte Kontrolle im Ursprungsmitgliedstaat unter Beibehaltung einer Mindestüberprüfung im Vollstreckungsstaat ersetzen will. Die „gegenseitige Kontrolle der mitgliedstaatlichen Gerichte“ und die „Letztkontrolle im Vollstreckungsstaat“ blieben erhalten (*Netzer*, S. 264).

<sup>728</sup>*Schlosser/Hess*, EU-ZPR, Art. 45 Rn. 2 bedauert jedoch den fehlenden Mut des EU-Parlaments und des EU-Rates, dem Vorschlag der Kommission zu folgen.

<sup>729</sup>*Wagner*, IPRax 2002, 75, 91; *Wagner/Beckmann*, RIW 2011, 44, 50.

<sup>730</sup>*Wagner/Beckmann*, RIW 2011, 44, 50.

<sup>731</sup>*Wagner/Beckmann*, RIW 2011, 44, 52 f.

<sup>732</sup>*Hess* in *Hess/Pfeiffer/Schlosser*, Report S. 242 Rn. 543.

<sup>733</sup>*Wagner/Beckmann*, RIW 2011, 44, 53.

<sup>734</sup>MüKoBGB/Kindler, Art. 26 VO (EG) 1346/2000 Rn. 2. Vgl. auch *Pohl*, IPRax 2013, 109, 113: „das anwendbare Recht [sei] noch zu unterschiedlich“.

<sup>735</sup>*Regen*, Prozessbetrug, Rn. 928.

nur in seltenen Fällen zu einem erfolgreichen Eingreifen der ordre public-Voraussetzungen kommen würde<sup>736</sup>. Gerade innerhalb der Europäischen Union sei es selten, dass der Ursprungsstaat ein geringeres Schutzlevel<sup>737</sup> als der Zweitstaat zur Verfügung stelle, sodass rein tatsächlich nur selten Nachteile für den Titelschuldner durch die fehlende ordre public-Klausel in der EuVTVO zu befürchten seien<sup>738</sup>. Trotzdem – oder gerade deswegen – spricht sich *Regen* im Ergebnis gegen die Abschaffung der ordre public-Kontrolle aus, da sie – richtig angewendet, nämlich bei enger Auslegung – als Notanker auch bei sehr engem Anwendungsbereich die ausreichende Rechtsprechungsqualität im Erststaat sicherstellen könne<sup>739</sup>.

*Stein* hält die Möglichkeit, Rechtsschutz in dem jeweiligen Ursprungsstaat einlegen zu können, als Schutz des Urteilsschuldners für ausreichend<sup>740</sup>. Ein weiterer Schutz insbesondere durch den verfahrensrechtlichen ordre public sei nicht notwendig<sup>741</sup>. Das Beibehalten des ordre public-Vorbehalts drücke vielmehr nur das Misstrauen gegenüber anderen Mitgliedsstaaten aus, die (möglichen) Verstöße gegen das Recht auf ein faires Verfahren, das sich aus Art. 6 EMRK ergibt, nicht selbst einer annehmbaren Regelung zuzuführen<sup>742</sup>. Verstöße gegen das Recht auf ein faires Verfahren, die auf rein nationale Fälle beschränkt seien, würden auch rechtskräftig und bindend, sollten die entsprechenden Rechtsbehelfe nicht eingelegt werden<sup>743</sup>. Das Schutzlevel, das der EuGMR sicherstelle, reiche aus, um das Recht auf ein faires Verfahren zu gewährleisten<sup>744</sup>. Allein der effektive Schutz des Schuldners im Erkenntnisverfahren sei durch Art. 6 EMRK geboten, eine weitere Kontrolle durch den verfahrensrechtlichen ordre public-Vorbehalt nicht<sup>745</sup>.

Dem kann zunächst entgegnet werden, dass das Schutzlevel, das der EuGMR sicherstellen kann, schon in zeitlicher Hinsicht nicht geeignet ist, dem Verfah-

---

<sup>736</sup> *Regen*, Prozessbetrug, Rn. 928.

<sup>737</sup> Nur dann hält *Regen* den ordre public-Einwand für anwendbar, *Regen*, Prozessbetrug, Rn. 875.

<sup>738</sup> *Regen*, Prozessbetrug, Rn. 928; a.A. *Stürner*, GPR 2010, 43, 50.

<sup>739</sup> *Regen*, Prozessbetrug, Rn. 929.

<sup>740</sup> *Stein*, IPRax 2004, 181, 185 f. Für die EuVTVO *Hüßtege*, FS Jayme, Band I, 371, 385.

<sup>741</sup> *Stein*, IPRax 2004, 181, 185 f.

<sup>742</sup> *Stein*, IPRax 2004, 181, 185 f.

<sup>743</sup> *Stein*, IPRax 2004, 181, 186.

<sup>744</sup> *Stein*, IPRax 2004, 181, 186 f. A.A. *Cuniberti/Rueda*, *RebelsZ* 75 (2011), 286, 294 ff.

<sup>745</sup> *Stein*, IPRax 2004, 181, 187.

rensfehler abzuhelpfen<sup>746</sup>. Denn mit der Anrufung des EuGMR ist kein Suspensiveffekt verbunden, d.h., eine unter Verstoß gegen Art. 6 EMRK erlassene Entscheidung müsste vollstreckt werden<sup>747</sup>, wenn eine ordre public-Kontrolle und die Möglichkeiten der Aussetzung des Annerkennungs- bzw. Vollstreckungsverfahrens<sup>748</sup> nicht bestünden. Ein Verfahren vor dem EuGMR ist – genau wie die Verfahren vor dem deutschen BVerfG – kein ordentlicher Rechtsbehelf<sup>749</sup>. Zwar gibt es die Möglichkeit der gerechten Entschädigung (Art. 41 EMRK), also des Ausgleichs in Geld, sollte das nationale Recht keine andere Entschädigung für die Rechtsverletzung vorsehen<sup>750</sup>. Jedoch sind durchaus Situationen denkbar, in denen die Möglichkeit einer Entschädigung in Geld nicht ausreichend ist<sup>751</sup>.

*Bach* hält die in der Literatur genannten Beispielsfälle für den materiellen ordre public für realitätsfern<sup>752</sup> und die strukturellen Verstöße gegen das Verfahrensrecht, die den verfahrensrechtlichen ordre public-Verstoß begründen, für fernliegend<sup>753</sup>. Durch die hohen Anforderungen, die an den ordre public-Vorbehalt gestellt werden, sei dieser verwässert<sup>754</sup>. Ihm verbleibe ein so geringer Anwendungsbereich, sodass er obsolet sei.

*Hohloch* weist auf die geringe praktische Relevanz des ordre public-Vorbehalts hin und ist der Ansicht, eine Einschränkung des Beschwerdeverfahrens und damit des ordre public-Vorbehalts würden nicht zu einer substantiellen Verkürzung des Rechtsschutzes des Schuldners führen<sup>755</sup>. Vielmehr würde diese Verkürzung des Verfahrens zu dem positiven Effekt führen, dass die Verstrickung in im Ausland geführte Verfahren ernst genommen würden<sup>756</sup>.

---

<sup>746</sup>Wagner, IPRax 2002, 75, 92.

<sup>747</sup>Wagner, IPRax 2002, 75, 92.

<sup>748</sup>Art. 37 EuGVVO bzw. Art. 46 EuGVVO. Auch in den neuen Entwürfen ist diese Möglichkeit trotz Abschaffung des Exequaturverfahrens in Art. 59 des aktuellen Entwurfs (siehe Fn. 723) vorgesehen.

<sup>749</sup>Wagner, IPRax 2002, 75, 92.

<sup>750</sup>Wagner, IPRax 2002, 75, 92.

<sup>751</sup>Cuniberti/Rueda, RabelsZ 75 (2011), 286, 295. Vgl. dazu S. 146.

<sup>752</sup>Bach, Grenzüberschreitende Vollstreckung, S. 310.

<sup>753</sup>Bach, Grenzüberschreitende Vollstreckung, S. 311.

<sup>754</sup>Bach, Grenzüberschreitende Vollstreckung, S. 314.

<sup>755</sup>Hohloch, FS Kropholler, 809, 818.

<sup>756</sup>Hohloch, FS Kropholler, 809, 818.

Dem ist entgegenzuhalten, dass allein die Fallzahl von Gerichtsentscheidungen nicht der Gradmesser für den „Nutzen“ einer Vorschrift sein kann<sup>757</sup>. Es ist gerade im Hinblick auf den in der Entscheidung „ordre public-widrig“ mitschwingenden Vorwurf der Verletzung (selbst) der grundlegendsten Vorstellungen von Gerechtigkeit wünschenswert, dass die Fallzahl gering bleibt und gegen Null tendiert. Der Nutzen einer Norm kann auch darin liegen, ein klares Bekenntnis des Normgebers zu sein, sich gegen bestimmte Sachverhalte deutlich zur Wehr zu setzen.

Der zweite Aspekt, die – angebliche - positive Beeinflussung des Schuldnerverhaltens im Hinblick auf die Pflicht, sich auch ausländischen Verfahren mit der notwendigen Ernsthaftigkeit zu stellen, ist kein Argument für eine (weitere) Einschränkung oder Abschaffung des ordre public-Vorbehalts. Denn bereits in der derzeitigen Auslegung ist es keine erfolgsversprechende Strategie, sich auf den ordre public-Vorbehalt zu berufen, wie *Hohloch* anhand der Fälle<sup>758</sup>, die er selbst als Richter am OLG Stuttgart zu entscheiden hatte, darlegt. Es kann also zumindest für einen rational denkenden Schuldner allenfalls die letzte Verteidigungsbastion sein, sich auf den ordre public zurückzuziehen. In Anbetracht der in der Europäischen Union erleichterten Wege der Anerkennung und Vollstreckung dürfte auch zumindest ein anwaltlich vertretener Schuldner den Prozess in einem anderen Mitgliedsstaat mit der gleichen Ernsthaftigkeit betreiben wie ein entsprechendes Verfahren in seinem eigenen Heimatland. Die Gefahr, dass der innerhalb der Europäischen Union erstrittene Titel anerkannt und vollstreckt werden wird, ist zu hoch, um den anwaltlichen Rat geben zu können, sich allein auf den ordre public-Vorbehalt zu verlassen<sup>759</sup>. Die Schuldner (oder gar Anwälte), die dennoch der Dinge, die da kommen, harren und sich allein auf den ordre public-Vorbehalt stützen wollen, können als Unbelehrbare wohl auch nicht durch die Einschränkung oder Abschaffung des ordre public-Vorbehalts zur Akzeptanz der Verfahren in anderen Mitgliedsstaaten gebracht werden.

---

<sup>757</sup> Abgesehen davon existieren Anwendungsfälle, wie *Hess* in *Hess/Pfeiffer/Schlosser*, Report S. 242 Rn. 544 ff. herausstellt.

<sup>758</sup> *Hohloch*, FS Kropholler, 809 ff.

<sup>759</sup> Vgl. *Mankowski*, RIW 2004, 587, 588: „Zwang zum Auswärtsspiel“.



*Geimer* – der die Abschaffung des *ordre public*-Vorbehalts im Internationalen Zivilprozessrecht als „quasirevolutionären Vorgang“ bezeichnet<sup>760</sup> - hält die Argumente gegen eine Abschaffung „nüchtern“ betrachtet<sup>761</sup> für nicht stichhaltig, da die europäische Integration es mit sich bringe, dass nationale Souveränität auf die Europäische Union transferiert werde<sup>762</sup>. Dieser Transfer zur Herstellung eines vereinten Europas bedinge notwendig einen *Verzicht* auf nationale Souveränität<sup>763</sup>. Da gemäß Art 23 Abs. 1 GG der Souveränitätstransfer auf die Europäische Union gestattet sei und die Verwirklichung des vereinten Europas ein Staatsziel, müsse folglich auch auf die nationale Souveränität verzichtet werden können, um den einheitlichen europäischen Justizraum zu schaffen<sup>764</sup>.

Selbst wenn diese Argumentation *Geimers* zuträfe, spräche sie jedoch einzig und allein gegen ein Instrument des Rechtsmissbrauchsschutzes wie den *ordre public*-Vorbehalt, dessen (ursprünglicher) Zweck die Durchsetzung *inländischer* Gerechtigkeitsvorstellungen und Staatsinteressen gegen *ausländische* Urteile sein sollte. Nicht ausgeschlossen ist durch diese Argumentation der Schutz vor Rechtsmissbrauch schlechthin. Selbst wenn (irgendwann) die Kategorien von Inland und Ausland vollständig in „Europa“ aufgegangen sein sollten<sup>765</sup>, ist über das hier untersuchte Problem, bzw. die Notwendigkeit einer Lösung, noch keine Aussage getroffen.

Ein weiterer Aspekt gegen die Abschaffung von *ordre public*-Vorbehalten findet seinen Grund in der Vereinheitlichung des IPR durch die ROM-Verordnungen. Dieses Argument mag auf den ersten Blick befremden. Der Hintergrund ist folgender: Die zurzeit gültigen ROM-Verordnungen sind in ihrem Anwendungsbereich als *lois uniformes universal* anwendbares Recht<sup>766</sup>. Alle haben einen *ordre public*-Vorbehalt (Art. 21 ROM I-VO, Art. 26 ROM II-

---

<sup>760</sup>*Geimer*, IZPR Rn. 3179. Er bedauert dabei augenscheinlich die „Rolle rückwärts“ (*Geimer*, IZPR Rn. 3180), die das Festhalten an den „hergebrachten Versagensgründen“ (*Geimer*, IZPR Rn. 3179) in Art. 45 Brüssel Ia-VO bedeute.

<sup>761</sup>*Geimer*, IZPR Rn. 3180.

<sup>762</sup>*Geimer*, IZPR Rn. 3180 a.

<sup>763</sup>*Geimer*, IZPR Rn. 3180 a.

<sup>764</sup>*Geimer*, IZPR Rn. 3180a.

<sup>765</sup>Wobei zweifelhaft ist, ob sich dies angesichts der Herausforderungen, denen sich Europa und die Eurozone zur Zeit stellen müssen, überhaupt kurz- bis mittelfristig bewerkstelligen lassen wird.

<sup>766</sup>Vgl. auch *Kropholler/v. Hein*, EuZPR Art. 34 EuGVO Rn. 3; *Rauscher/Thorn*, EuZPR; Art. 21 Rom I-VO Rn. 1.

VO sowie Art. 12 ROM III-VO). Dieser bezieht sich – wie jeder ordre public-Vorbehalt - auf die Vereinbarkeit mit der öffentlichen Ordnung des *angerufenen* Gerichts<sup>767</sup>. In den Fällen, in den ein mitgliedstaatliches Gericht das Recht eines Drittstaats zur Anwendung bringt, gibt es bei Wegfall des ordre public-Vorbehalts in der Brüssel Ia-VO damit EU-weit eine einzige ordre public-Kontrolle, nämlich auf der Ebene des vereinheitlichten IPR und in dem angerufenen Forum. Die Entscheidung des Mitgliedsstaats müsste in den anderen Mitgliedsstaaten ohne weitere Kontrolle anerkannt und vollstreckt werden. Das kann dazu führen, dass das Ergebnis der Anwendung der Normen des Drittstaats in *einem* Mitgliedstaat über den ordre public-Vorbehalt korrigiert werden würde, in einem *anderen* Mitgliedsstaat jedoch nicht. Das Ergebnis, ob die Anwendung drittstaatlicher Normen über den ordre public-Vorbehalt korrigiert wird oder nicht, hängt dann nur noch vom angerufenen Forum<sup>768</sup> ab.

Ein Anwendungsfall, der sich denken lässt, ist z.B. die Verurteilung zum Strafschadensersatz<sup>769</sup>. Strafschadensersatz ist in Deutschland ordre public-widrig<sup>770</sup>. Wenn nun also englische Gerichte angerufen werden, und unter Anwendung des „Amerikanischen“<sup>771</sup> Rechts punitive damages (bzw. exemplary damages) zuerkennen, der die Höhe des nach englischem Verständnis „zu hohen“ Strafschadensersatzes noch nicht erreicht hat<sup>772</sup>, in England also nicht gegen den ordre public-Vorbehalt<sup>773</sup> verstößt, so ist ein solches Urteil ohne ordre public-Vorbehalt - und damit ohne weitere Kontrolle - europaweit<sup>774</sup> – also auch in Deutschland - anzuerkennen. Die Misere kann dabei immer dann

---

<sup>767</sup>Rauscher/Jakob/Picht, EuZPR, Art. 26 Rom II-VO Rn. 1 weist dabei zutreffend darauf hin, dass der Bestand des ordre public „in mancher Hinsicht“ gemeineuropäisch geprägt ist, die Details sich aber durchaus unterscheiden.

<sup>768</sup>Es wird dabei Anerkennungs-forum shopping provoziert.

<sup>769</sup>Strafschadensersatz in *zu hoher* Höhe ist in der gesamte EU ordre public-widrig, vgl. die Entscheidung des englischen Court of Appeal in Sachen *Lewis v. Eliades* [2004] 1 Weekly Law Reports 692 Court of Appeal. Dabei stellt sich die Frage nach der *zu hohen* Höhe. Exemplary damages an sich sind in England zumindest nicht völlig ungewöhnlich, vergleiche *Rookes v. Barnard* [1964] 2 Weekly Law Reports 269 House of Lords. Zur Beziehung von Strafschadensersatz und Europäischem Recht siehe auch *Koziol*, 68 La. L. Rev. 741, 748.

<sup>770</sup>BGHZ 118, 312 ff.

<sup>771</sup>Richtig wäre in den meisten Fällen das Recht des jeweiligen Bundesstaates der USA.

<sup>772</sup>*Hay*, ELF 2009, 61, 68 f. spricht ebenfalls davon, dass das Englische Recht ein Urteil, das „punitive damages“ zuerkennt, anerkennen könnte. Ebenso *Koziol*, 68 La. L. Rev. 741, 748, der aber das Verhältnis von Deutschem Recht und punitive damages ebenfalls relativiert.

<sup>773</sup>Auch in England sind punitive damages aber „ein heißes Eisen“, *Solomon*, Die Anerkennung, S. 48 f.

<sup>774</sup>Inwiefern sich der „Brexit“, also die zum Zeitpunkt der Erstellung dieser Arbeit angekündigte aber nicht vollzogene Austritt Großbritanniens auswirkt, lässt sich noch nicht absehen.



auftreten, wenn sich die Vorstellungen von Gerechtigkeit innerhalb der EU<sup>775</sup> zumindest in so großem Maße unterscheiden, dass das Ergebnis der Anwendung des Rechts von Drittstaaten in einem Mitgliedsstaat „gerade noch“ toleriert wird, in dem anderen aber bereits einen Verstoß gegen die Gerechtigkeitsvorstellungen darstellt, der aus Sicht des Letzteren die Anwendung des ordre public-Vorbehalts rechtfertigt. Insofern ist der Hinweis auf den „*Vertrauensvorschuß*“<sup>776</sup> gegenüber den anderen Mitgliedsstaaten in Grenzbereichen unter Umständen unberechtigt<sup>777</sup>.

Festzuhalten bleibt jedoch, dass bei den derzeitigen Herausforderungen<sup>778</sup>, denen sich die Europäische Union stellen muss, nicht das Berufen auf nicht realisierte Zukunftsvorstellungen dazu führen darf, sich sämtlicher Kontroll- und Abwehrmechanismen zu entledigen. Die Abschaffung des ordre public-Vorbehalts kann dann eine Option sein, wenn die supranationale Organisation EU sich einem Bundesstaat angenähert hat. Bemerkenswert ist dabei, dass sogar in Bundesstaaten, wie den USA und Kanada, die einzelnen Staaten bzw. Provinzen nicht auf eine ordre public-Kontrolle für Urteile aus anderen Staaten bzw. Provinzen verzichten<sup>779</sup>. Kontroll- und ggf. Abwehrmöglichkeiten sind logische Folge der Pluralität der Rechtsordnungen, bei denen ein einheitlicher Standard in Bezug auf die Rechtsanwendung nur schwer erreicht werden kann. Die Bundesstaaten USA und Kanada haben dabei der EU noch voraus, dass über ihren Einzelstaaten eine gemeinsame Verfassung als verbindendes Element schwebt. Ein Zustand, dem sich die Mitgliedsstaaten der EU mit dem Vertrag von Lissabon zwar angenähert, aber den sie nicht verwirklicht haben.

---

<sup>775</sup>Hay, ELF 2009, 61, 69 Fn. 80 weist auf die immer noch bestehenden Unterschiede gerade beim Strafschadensersatz hin und darauf, dass der ursprünglich im Entwurf der ROM II-VO enthaltene ordre public-Vorbehalt für den Strafschadensersatz in der endgültigen Verordnung nur noch als allgemeiner ordre public-Vorbehalt existiert.

<sup>776</sup>Kropholler/v. Hein, EuZPR Art. 34 EuGVO Rn. 3.

<sup>777</sup>Das sehen auch die Mitgliedsstaaten selbst so, vgl. *Fitchen* in The Brussels I Regulation Recast Rn. 13.272.

<sup>778</sup>Zu nennen sind dabei insbesondere aus der jüngsten Vergangenheit die Finanzkrise, die verschiedenen Standpunkte in Bezug auf die Europäische Verfassung, die „Griechenlandkrise“, die „Flüchtlingskrise“, der „Brexit“ wobei diese Punkte zumindest bei einigen Teilnehmern an der politischen Debatte einen Rückzug auf nationalstaatliche Positionen zu Tage treten lassen. *Wagner*, IPRax 2014, 217, 222 mutmaßt, dass die Finanzkrise der Grund dafür gewesen sein mag, dass die ordre public-Kontrolle bei der Brüssel Ia-VO nicht, wie im Entwurf der Kommission vorgesehen, abgeschafft wurde.

<sup>779</sup>Für die USA vgl. *Bruns*, JZ 1999, 278 ff.; für Kanada vgl. Art. 3 Reciprocal Enforcement of Judgments Act, R.S.O. 1990, CHAPTER R.5, abzurufen unter: [http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws\\_statutes\\_90r05\\_e.htm](http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_90r05_e.htm), (zuletzt abgerufen am 11.09.2016) der für alle Provinzen außer Quebec gilt.

Zum Schluss ist hinzuzufügen, dass der Weg der *teilweisen* Abschaffung des *ordre public*-Vorbehalts, den die Kommission in Ihrem VO-Entwurf vorgeschlagen hatte, der denkbar Schlechteste ist: Denn obwohl verständlich ist, dass die Kommission dadurch vor allem politische<sup>780</sup> Querelen<sup>781</sup> in Bezug auf die verschiedenen Vorstellungen der Mitgliedsstaaten über die Reichweite und den Anwendungsbereich der beiden Fallgruppen, für die der *ordre public*-Vorbehalt beibehalten wurde, vermeiden wollte, hätte dies zu einer unnötigen Verkomplizierung des Verfahrens geführt, da zunächst entschieden hätte werden müssen, ob denn nun ein Exequaturverfahren durchzuführen ist oder nicht. Dies ist der Rechtsanwendung nicht zuträglich.

Obwohl die völlige Abschaffung der *ordre public*-Kontrolle in der Reform der EuGVO vorerst nicht durchgeführt worden ist<sup>782</sup>, wird man realistischerweise davon ausgehen können, dass zukünftige Vorstöße der Kommission erfolgreicher geführt werden<sup>783</sup>.

Auch wenn der *ordre public*-Vorbehalt derzeit einen Lösungsansatz für einen Teil der Probleme bietet bzw. nach richtiger Auffassung böte, ist es erforderlich, sich den Realitäten der europäischen Integration zu stellen und Alternativen ins Auge zu fassen. Die Funktionen, die der *ordre public*-Vorbehalt erfüllt, sollten im Falle einer Streichung der Vorhaltsklausel nicht ersatzlos aufgegeben werden.

## B. Einstweiliger Rechtsschutz

Ein in den oben beschriebenen Konstellationen ebenso gangbarer Weg ist zumindest auf den ersten Blick die Einlegung einstweiligen Rechtsschutzes.

---

<sup>780</sup>Auch Hess, IPRax 2011, 125, 127, f. weist auf die deutliche Politisierung des Europäischen Zivilprozessrechts hin.

<sup>781</sup>Auch wenn die Kommission unterschiedliche Auffassungen über das Fehlen von vereinheitlichten Kollisionsnormen als offiziellen Grund angibt, vgl. KOM(2010) 748 endgültig, unter Punkt 3.1.1. Dabei bleibt im Dunklen, warum (allein) vereinheitlichte Kollisionsnormen dazu führen sollen, dass gegenseitiges Vertrauen in die Entscheidungen anderer Mitgliedsstaaten in dem Maße gesteigert wird, dass der *ordre public*-Vorbehalt abgeschafft werden kann. Denn die Aussage „Im Grunde hat jeder Mitgliedsstaat sei eigenes Schadensersatzrecht“ (KOM(2010) 748 endg., unter Punkt 3.1.1.) trifft mitnichten nur auf den Bereich des kollektiven Rechtsschutzes, sondern für das gesamte Schadensersatzrecht, zu. Dabei ist der Kommission zuzugeben, dass die ROM-Verordnungen jeweils den Bereich des materiellen *ordre public*-Vorbehalts durch eigene Normen abdecken.

<sup>782</sup>Vgl. dazu oben, S. 110 ff.

<sup>783</sup>Vgl. Thole, Die Anerkennung, S. 49.

Schließlich ist der einstweilige Rechtsschutz in den oben beschriebenen Konstellationen nicht per se undenkbar und überdies in den entsprechenden Gemeinschaftsrechtsakten zumindest erwähnt (vgl. Artt. 35, 44 Brüssel Ia-VO, Art. 38 EuInsVO).

Im Folgenden wird der mögliche Schutz vor Rechtsmissbrauch durch die Instrumente des einstweiligen Rechtsschutzes untersucht.

### I. Einstweiliger Rechtsschutz in der Konstellation des Prozessbetruges

Der einstweilige Rechtsschutz in dieser Fallkonstellation richtet sich – da es um die Anerkennung, bzw. die dieser nachgelagerten Vollstreckung, einer Entscheidung geht – allenfalls nach Art. 44, Brüssel Ia-VO, nicht nach Art. 35 Brüssel Ia-VO<sup>784</sup>.

Art. 44 Brüssel Ia-VO setzt voraus, dass ein Rechtsbehelf nach Art. 46 Brüssel Ia-VO eingelegt wurde. Maßgeblich für das Verfahren und dessen Einzelheiten ist das Recht des Staats, in dem die Vollstreckung durchgeführt werden soll (Art. 41 Abs. 1 S. 1 Brüssel Ia-VO)<sup>785</sup>. In Deutschland ist der vorgesehene Rechtsbehelf gem. § 12 – 14 AVAG i.V.m. den ergänzend heranzuziehenden Vorschriften der ZPO die Beschwerde gem. § 567 ff. ZPO.

In der Konstellation des Prozessbetrugs ist der einstweilige Rechtsschutz jedoch allein kein adäquates Mittel zur Lösung des Problems:

Inhaltlich handelt es sich bei dem Verfahren nach Artt. 44, 46 Brüssel Ia-VO um ein Verfahren der Beschränkung der Vollstreckung eines Titels auf Sicherungsmaßnahmen<sup>786</sup>.

Zwar besteht die Möglichkeit des Zweitgerichts, die Vollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung nach Art. 44 Abs. 1 lit. b Brüssel Ia-VO anzuordnen, was den Schuldner *kurzfristig* in der Schwebephase, in der das Gericht über den

---

<sup>784</sup>Art. 35 Brüssel Ia-VO betrifft die Konstellation, dass die einstweilige Entscheidung erlassen wird und diese die Grundlage der Anerkennung und Vollstreckung bilden soll. Nicht geregelt ist in Art. 35 Brüssel Ia-VO der Fall, dass einstweilige Entscheidungen im Zusammenhang mit der Anerkennung und Vollstreckung bereits ergangener (vorläufig) vollstreckbarer Titel ergehen.

<sup>785</sup>HK-ZPO/Dörner, Art. 44 EuGVO Rn. 6.

<sup>786</sup>Stein/Jonas/Oberhammer, Art. 47 EuGVVO Rn. 15.

Rechtsbehelf entscheidet, schützen mag. Letztendlich ist jedoch der Ausgang des Rechtsbehelfs für den Schutz entscheidend.

Zur Sicherung seiner Rechtsposition kann der Gläubiger seine Rechte nach Art. 51 Brüssel Ia-VO geltend machen.

In der Konstellation des Prozessbetrugs ist diese Möglichkeit jedoch davon abhängig, dass der Einwand des Prozessbetrugs in dem Rechtsbehelfsverfahren überhaupt eingeführt werden kann. Insofern ist die Frage, ob und wo dies der Fall ist, die maßgebliche und die Frage nach der Beschränkung der Vollstreckung insofern nur eine untergeordnete Nebenentscheidung, die keinen gesonderten Schutz bietet. Wenn also der Einwand des Prozessbetrugs nicht z.B. über den *ordre public*-Vorbehalt im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes berücksichtigt wird, bleibt der Gläubiger auch im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes schutzlos. Der einstweilige Rechtsschutz allein hilft also nicht weiter.

## II. Einstweiliger Rechtsschutz in der Konstellation der „Torpedo“-Situation

Am ehestens scheint die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes durch das Zweitgericht, diesmal nach Art 35 Brüssel Ia-VO, eine adäquate Lösung für die Konstellation zu liefern<sup>787</sup>. Art. 29 Brüssel Ia-VO sperrt bei einer eingelegten Hauptsacheklage dabei nicht Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, denn es handelt sich nicht um denselben Streitgegenstand<sup>788</sup>. In der Hauptsacheklage ist Streitgegenstand die *endgültige* Regelung, während mit dem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nur eine *vorübergehende* Regelung angestrebt wird<sup>789</sup>.

Voraussetzung für die Gewährung des einstweiligen Rechtsschutzes ist, dass das Zweitgericht die Rechtsmissbrauchssituation, wie sie sich im Fall des *Torpedos* darstellt, erkennt und als solche bewertet. Dies muss in Übereinstim-

---

<sup>787</sup>Rauscher/Leible, EuZPR, Art. 29 Brüssel Ia-VO, Rn. 37; Sander/Breßler, ZJP (122) 2009, 157, 171ff.

<sup>788</sup>MükoZPO/Gottwald, Art. 27 EuGVO Rn. 15; Rauscher/Leible, EuZPR, Art. 29 Brüssel Ia-VO, Rn. 24; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO Art. 29 EuGVVO Rn. 6. Dies ist in Art. 35 Brüssel Ia-VO ausdrücklich festgehalten.

<sup>789</sup>Rauscher/Leible, EuZPR, Art. 29 Brüssel Ia-VO, Rn. 24.

mung mit dem jeweiligen nationalen Prozessrecht geschehen, denn dieses ist nach Art. 35 Brüssel Ia-VO auf den Fall anwendbar.

In der Praxis hat die Rechtsprechung diese Vorgehensweise bereits begleitet<sup>790</sup>. Problematisch ist jedoch erstens, dass die Tatbestandsvoraussetzungen der nationalen Norm, in Deutschland §§ 940, 935 ZPO, (selbstverständlich) vorliegen müssen. Insbesondere muss neben einem Verfügungsanspruch ein Verfügungsgrund vorliegen. Dieser dient zur Rechtfertigung der Tatsache, dass eine vorläufige Sicherung, die bereits – ohne Hauptsachentscheidung und ggf. ohne Anhörung des Schuldners – in die Rechtssphäre des Schuldners eingreifen kann, erlassen wird. Dabei hat sich die Rechtsprechung auf den Standpunkt gestellt, dass allein die (mutmaßliche) überlange Verfahrensdauer des erststaatlichen Verfahrens kein Verfügungsgrund ist<sup>791</sup>.

In dieser Pauschalität kann dem nicht gefolgt werden. Denn der Wortlaut des § 940 ZPO selbst nennt als Beispiele für einen Verfügungsgrund „Abwehr wesentlicher Nachteile“. Wenn sich der Nachteil gerade aus der (bewusst herbeigeführten) Langsamkeit einer Entscheidungsfindung ergibt, spricht nichts dagegen, eine einstweilige Verfügung zu erlassen. Es geht bei der Prüfung des Verfügungsgrunds um eine Verhältnismäßigkeitsprüfung<sup>792</sup>, bei der die Interessen beider Parteien sorgfältig abzuwägen sind<sup>793</sup>. Schließlich hat das Gericht in Deutschland nach pflichtgemäßem Ermessen die Wahl der Regelung, die erlassen wird. Wenn also ein Verfügungsanspruch gegeben ist, spricht nichts gegen den Erlass einer einstweiligen Verfügung.

Das zweite und schwerwiegendere Problem eines solchen Lösungsansatzes ist, dass letztlich die Lösung den *nationalen* Gerichten und dem *nationalen* Recht überantwortet wird. Dies ist einer europaweit einheitlichen Lösung nicht zuträglich. Aus diesem Grund stellt die Möglichkeit, nationalen einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, keine hinreichende Lösung dar.

---

<sup>790</sup>Z.B. LG Düsseldorf, InstGE 3, 8 – *Cholesterintest*.

<sup>791</sup>Vgl. (wiederum) das LG Düsseldorf GRUR 2000, 692, 697 – *NMR – Kontrastmittel*; GRUR Int 2002, 157, 161 f. – *HIV Immunoassay*.

<sup>792</sup>Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 940 Rn. 2; HK-ZPO/Kemper, § 940 Rn. 8; Schuschke/Walker, Vollstreckung, § 940 Rn. 8.

<sup>793</sup>Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 940 Rn. 2.

### III. Einstweiliger Rechtsschutz in der Konstellation der Gesetzesumgehung

Einstweiliger Rechtsschutz in der Fallgruppe der Gesetzesumgehung ist in Form eines einstweiligen Prozessführungsverbots – also vor allem vorbeugend – denkbar<sup>794</sup>.

Problematisch ist aber Folgendes: In der hier untersuchten Konstellation, die anzuerkennende erschlichene Zuständigkeit im Bereich des Insolvenzrechts, hätten die Gläubiger damit ein Mittel in der Hand, den Insolvenzantrag zu unterbinden. Und dies, obwohl die Stellung eines solchen ggf. als gesetzliche Pflicht ausgeformt<sup>795</sup> ist. Zusätzlich ist *der vorbeugende* einstweilige Rechtsschutz jedenfalls in der Konstellation der Zuständigkeitserschleichung sinnlos. Denn warum sollte ein einstweiliges Verfahren geführt werden können, das sich gegen ein anderes beginnendes oder laufendes Verfahren wendet, wenn dieselben Erkenntnisse und Beweise (bzw. Glaubhaftmachungen), die für ein einstweiliges Verfahren ins Feld geführt werden können, auch in dem eigentlich relevanten Verfahren eingeführt werden können. Kurz gesagt, in dem Fall, in dem der Gegner genug weiß, um ein einstweiliges Verfahren gegen die Zuständigkeitserschleichung zu beginnen, ist es bereits aus prozessökonomischen Gründen zweckmäßiger, dem Gegner aufzuerlegen, diese Erkenntnisse und das Wissen über die (in diesem Stadium noch angebliche) Zuständigkeitserschleichung bereits im Erstprozess einzuführen, sodass die Frage der Zuständigkeitserschleichung eine Frage des Erkenntnis- und nicht des Anerkennungsverfahrens wird.

#### C. Verweis auf Möglichkeit des Wiederaufnahmeverfahrens

Zumindest für einen Teil der Konstellationen, namentlich insbesondere für die Fallgruppe des Prozessbetrugs, kommt als Lösung in Betracht, bei nachträglicher Entdeckung der Umstände des Prozessbetrugs den Beklagten auf die Durchführung eines Wiederaufnahmeverfahrens – im Deutschen Recht die Restitutionsklage gem. § 580 ff. ZPO, im Österreichischen Recht die Wiederaufnahmenklage gem. § 530 ff. öZPO – zu verweisen.

---

<sup>794</sup>Vgl. zu der Konstellation des „rechtlich illegitimen forum shopping“ v. *Bar/Mankowski*, IPR, § 5 Rn. 162.

<sup>795</sup>Vgl. dazu z.B. für den Geschäftsführer einer GmbH § 64 GmbHG, dessen Verletzung sogar eine Straftat darstellt (§ 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG).

Abgesehen davon, dass die Wiederaufnahme nur in sehr engen Grenzen zulässig ist (vgl. die Aufzählung in § 580 Nr. 1 – 5<sup>796</sup> ZPO sowie § 530 Abs. 1 Nr. 1 – 4 öZPO) und zumindest in Deutschland der Beweis für die Restitutionsgründe nur gem. § 581 Abs. 1 ZPO, also im Wesentlichen durch Strafurteil, geführt werden kann<sup>797</sup>, ist das Wiederaufnahmeverfahren ein Verfahren, das nicht auf der Ebene des Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsstaats, sondern ausschließlich im Erststaat eingreifen kann<sup>798</sup>.

Das Wiederaufnahmeverfahren ist also aus diesem Grund keine Möglichkeit gegen Rechtsmissbrauch mit den Möglichkeiten des *Zweitstaats* vorzugehen.

#### D. Anwendung der Formel „Forum non conveniens“

Die Regel des „Forum non conveniens“ besagt, dass sich ein nach den anwendbaren Zuständigkeitsregeln eigentlich zuständiges Gericht als *forum non conveniens* für unzuständig erklären kann<sup>799</sup>. Dieses Prinzip dient insbesondere dazu, in den Gerichten Ländern, in denen Anforderungen an die Begründung der Zuständigkeit gering sind, die Möglichkeit der Korrektur der Entscheidung über die Zuständigkeit im Einzelfall zu geben<sup>800</sup>, indem dem erkennenden Richter Ermessen im Hinblick auf die Beantwortung der Frage nach der Zuständigkeit eingeräumt wird<sup>801</sup>. Dabei kann der erkennende Richter bei Vorliegen der Voraussetzung – insbesondere des Vorhandenseins eines „more convenient forum“<sup>802</sup> - die Klage (ggf. unter Auflagen<sup>803</sup>) abweisen.

Unabhängig von der Ausgestaltung des Prinzips im Einzelfall ist dessen Anwendung dabei als Lösungsweg allenfalls für die Fallkonstellation der Zuständigkeitserschleichung denkbar. Zwar wird vereinzelt vertreten, dass die Lehre vom Forum non conveniens sich auch im Deutschen Internationalen Zivilprozessrecht über den „Umweg“ der Lehre des fehlenden (internationalen) Rechts-

---

<sup>796</sup>Nr. 6 – 8 regeln andere, für die Bearbeitung nicht relevante, Fälle.

<sup>797</sup>Vgl. zum Wiederaufnahmeverfahren *Jauernig/Hess*, ZPR, § 76; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 159, § 160.

<sup>798</sup>Vgl. zur Notwendigkeit auch im Vollstreckungsstaat gegen Rechtsmissbrauch vorzugehen, S. 86 ff.

<sup>799</sup>*Geimer*, IZPR Rn. 1073; *Schack*, IZVR Rn. 560 ff.

<sup>800</sup>*Schack* IZVR Rn. 561.

<sup>801</sup>*Geimer*, IZPR Rn. 1073.

<sup>802</sup>*Geimer*, IZPR Rn. 1073.

<sup>803</sup>Vgl. dazu *Geimer*, IZPR Rn. 1073 und *Schack*, IZVR Rn. 562.



schutzbedürfnisses verwirklichen lasse<sup>804</sup>. Im Europäischen Zuständigkeitsrecht ist der Anwendung der Lehre durch die Entscheidung des EuGH *Owusu/Jackson*<sup>805</sup> der Boden entzogen worden.

Abgesehen davon greift der Einwand auf einer Stufe ein, die dem Gegenstand der Untersuchung vorgelagert ist. Es geht bei der Anwendung der Lehre des *forum non conveniens* darum, die Rechtsfolgen einer Zuständigkeitsnorm nicht eintreten zu lassen und nicht um die Verweigerung der Anerkennung einer Entscheidung, selbst wenn die Begriffe so weit gefasst werden wie in dieser Untersuchung. Der Einwand des *forum non conveniens* kann – wenn er überhaupt zugelassen werden soll<sup>806</sup> – nur im Erststaat Berücksichtigung finden. Dem Zweitgericht ist es – selbst wenn man die Lehre vom *forum non conveniens* anwenden will – nicht gestattet, seine Nichtanerkennung damit zu begründen, das Erstgericht habe sein Ermessen fehlerhaft ausgeübt. Ließe man dies zu führte das dazu, dass das zweitstaatliche Gericht das Ermessen für das erststaatliche Gericht ausübte.

Aus diesem Grund ist das Prinzip des *forum non conveniens* keine geeignete Lösung für die hier angesprochen Problemstellungen.

#### E. Vorgehen gegen die Mitgliedsstaaten

Ein für alle untersuchten Fälle nur rein theoretisch denkbarer Lösungsansatz ist, Vertragsverletzungsverfahren gegen die Mitgliedsstaaten einzuleiten und sich auf die alle Mitgliedsstaaten verbindende Kooperations- und Treuepflicht zu berufen<sup>807</sup>. Der – nachvollziehbare – Begründungsansatz ist dabei, dass es im Widerspruch zu gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen steht, ein Justizsystem aufrechtzuerhalten, das die sachgerechte Anwendung von Normen und Prinzipien des Gemeinschaftsrechts behindert oder gar in Frage stellt<sup>808</sup>.

Nicht außer Acht gelassen werden dürfen bei diesem Ansatz jedoch zwei Aspekte:

---

<sup>804</sup> *Wahl*, S. 126 ff.

<sup>805</sup> EuGH v. 01.03.2005, Rs. C-281/02, Slg. 2005, I-1383, 14445, 1459 (*Andrew Owusu ./ N.B. Jackson Inhaber der Firma „Villa Holidays Bal-Inn Villas“ u.a.*) Rn. 37 ff.

<sup>806</sup> Vergl. zu den erheblichen Kritikpunkten *Geimer*, IZPR Rn. 1075 ff.

<sup>807</sup> Vgl. *Sander/Breßler*, ZZP (122) 2009, 157, 171 als Lösungsansatz für die Torpedoproblematik.

<sup>808</sup> *Sander/Breßler*, ZZP (122) 2009, 157, 171.



Erstens muss man, um ein Vertragsverletzungsverfahren ernsthaft in Erwägung ziehen zu können, davon ausgehen, dass auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts – über Teilbereiche hinaus<sup>809</sup> - überhaupt eine derartige Vereinheitlichung angestrebt ist. Nach dem derzeitigen Stand der Vereinheitlichung ist selbiges nicht in concreto geplant<sup>810</sup>.

Der zweite Aspekt ist praktischer Natur und hat zwei Unteraspekte. Der Erste betrifft die Frage, welche Intensität an Justizverweigerung ausreichen soll, um den Stempel „Vertragsverletzung“ zu verdienen<sup>811</sup>. Eine Orientierungshilfe könnte dabei zunächst der Maßstab sein, den die EMRK in Art. 6 EMRK bereit hält. Die EMRK ist aber kein Vertragswerk der EU, sodass diese nur schwer den Maßstab für die Verletzung der *Europäischen Verträge*, die Voraussetzung für ein Vertragsverletzungsverfahren ist, abbilden kann. Die EMRK ist eine Rechtserkenntnisquelle der EU<sup>812</sup>, keine Rechtsquelle<sup>813</sup>, deren Verletzung kann daher auch kein Vertragsverletzungsverfahren rechtfertigen. Etwas anderes kann für die Grundrechtecharta gelten, die über Art. 6 Abs. 1 AEUV bereits jetzt als primäres Recht gilt<sup>814</sup>. Art. 47 der Grundrechtecharta gewährt grundsätzlich dieselben Rechte wie Art. 6 EMRK<sup>815</sup>. Insbesondere gewährt Art. 47 Grundrechtecharta das Recht auf ein faires Verfahren vor Gericht sowie das Recht auf eine Entscheidung in angemessener Frist. Ersteres beinhaltet insbesondere das Gebot der Waffen- und Chancengleichheit<sup>816</sup>, das in Sachverhalten wie den untersuchten möglicherweise verletzt sein kann. Ein Verstoß gegen dieses Gebot ist unter anderem gegeben, wenn das *Gericht* Verfahrensvorschriften missbraucht oder das Verfahren willkürlich ausgestaltet ist<sup>817</sup>. Dieser

---

<sup>809</sup>Vgl. zu dem bereits erreichten Stand *Gebauer/Wiedmann (Hrsg.)*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Kapitel 1, Rn. 10, 104. Die Autoren sprechen in Rn 104 von einer „gewissen Verlangsamung“, die sich nach dem zunächst hohen Tempo eingeschlichen habe.

<sup>810</sup>Vgl. *Stadler*, IPRax 2004, 2, 3 f. die eine Europäische ZPO als „Fernziel“ der Kommission annimmt. Vgl. aber *Gebauer/Wiedmann (Hrsg.)*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Kapitel 1 Rn. 106, 107 zu den aktuellen mittelfristigen Zielen der vollständigen Abschaffung des Exequaturverfahrens. Das Exequaturverfahren ist in der Brüssel Ia-VO abgeschafft. Zu den weiteren Rechtsakten in denen das Exequaturverfahren nicht vorgesehen ist, vgl. *Wagner*, IPRax 2014, 217, 219 f.

<sup>811</sup>*Sander/Breßler*, ZJP (122) 2009, 157, 171.

<sup>812</sup>*Jarass*, GrCH Einl. Rn. 42, aber mit gesteigerter Bedeutung, *Jarass*, GrCH Einl. Rn. 45a. .

<sup>813</sup>Mit dem Beitritt der EU zur EMRK wird der Status der EMRK insofern geändert werden, *Jarass*, GrCH Einl. Rn. 45. Die EU ist gem. Art. 6 Abs. 2 EUV zum Beitritt verpflichtet. Vgl. dazu *Streinz/Michl*, EUV/AEUV, Art. 6 EUV Rn. 7 ff.

<sup>814</sup>*Jarass*, GrCH Einl. Rn. 1.

<sup>815</sup>*Jarass*, GrCH Art. 47. Rn. 1.

<sup>816</sup>*Jarass*, GrCH Art. 47. Rn. 37.

<sup>817</sup>*Jarass*, GrCH Art. 47. Rn. 38.

Missbrauch durch das Gericht ist jedoch nicht der Gegenstand der Untersuchung. Das Gebot der Waffen- und Chancengleichheit beinhaltet weiterhin, dass beide Parteien dieselbe Möglichkeit haben, ihre Positionen darzustellen<sup>818</sup>. Dies ist in den Fällen des Prozessbetrugs zwar de facto möglicherweise nicht gegeben, weil die betrogene Partei im Erstverfahren den wahren Sachverhalt nicht (vollständig) kennt, dies kann möglicherweise auch eine Frage des fairen Verfahrens im Erstverfahren sein. Es ist im Zweitverfahren aber als Steigerung dessen sogar möglich, dass alle Parteien, einschließlich des Gerichts, mutmaßen oder gar wissen, dass ein Betrug im Erstverfahren von statten gegangen ist. Dann gebietet es die Waffengleichheit im Sinne einer *negativen* Waffengleichheit, der betrügerischen Partei diese unrechtmäßig erlangte „Waffe“ aus der Hand zu schlagen, indem man ihr die Berufung auf den durch Betrug erlangten Titel verwehrt.

Zweitens muss man sich die Fragen gefallen lassen, ob man mit Hilfe eines Vertragsverletzungsverfahrens der – meist strukturellen – Defizite in den Mitgliedsstaaten Herr werden kann<sup>819</sup>. Häufig genug ist der Grund für die – strukturelle - Nichtgewährung von ausreichendem Rechtsschutz schlicht die Tatsache, dass die Zahl der Richter angesichts knapper Kassen nicht ausreichend ist, um eine schnelle Entscheidung zu gewährleisten. Den so gebeutelten Mitgliedsstaaten auf der einen Seite Sparzwänge aufzuerlegen<sup>820</sup> und ihnen auf der anderen Seite mit Vertragsverletzungsverfahren zu drohen, wenn die Zahl der Richter nicht auf ein ausreichendes Maß gebracht wird, wäre paradox.

Aus diesen Gründen ist die Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren kein geeignetes Mittel, um dem Rechtsmissbrauch in der hier untersuchten Ausprägung Herr zu werden.

#### F. Sekundäre Ansprüche

Als Lösungsmöglichkeit kommt in Betracht, gegen den Rechtsmissbrauch auf Ebene der Anerkennung und Vollstreckung gar nicht einzuschreiten, um den Schuldner auf Schadensersatz- und Sekundäransprüche zu verweisen. Der An-

---

<sup>818</sup>Jarass, GrCH Art. 47 Rn. 37.

<sup>819</sup>Sander/Breßler, ZZZ (122) 2009, 157, 171.

<sup>820</sup>Vgl. dazu die aktuelle Diskussion um die Sparbemühungen der verschiedenen Mitgliedsstaaten, die unter den Europäischen Rettungsschirm schlüpfen mussten.

satz wäre dann, die Anerkennung und gegebenenfalls eine Vollstreckung<sup>821</sup> der rechtsmissbräuchlichen Entscheidung zu dulden und den Ausgleich über die Schadensregulierung zu suchen<sup>822823</sup>.

Ob dies jedoch eine taugliche Lösung ist, um dem Problem Rechtsmissbrauch Herr zu werden, wird im Folgenden vor dem Hintergrund der dem Vollstreckungsschuldner möglicherweise nach Deutschem Recht zustehenden Ansprüche überprüft.

### I. Anwendbares Recht

Das auf die in Betracht kommenden Schadensersatzansprüche anwendbare Recht bestimmt sich grundsätzlich nach den Kollisionsnormen der jeweiligen ROM-VO, also nach Art. 3 ff. der ROM I-VO oder Art. 4 ff. der ROM II-VO.

Strittig ist jedoch, ob die speziellen prozessualen Schadensersatzansprüche wegen unberechtigter Vollstreckung<sup>824</sup> – im Deutschen Recht insbesondere § 717 Abs. 2 ZPO sowie § 945 ZPO ebenfalls dem Deliktsstatut, also jetzt Art. 4 ff. der ROM II-VO<sup>825</sup>, dem Recht des Staates, der die Maßnahme angeordnet hat,<sup>826</sup> oder der lex fori des Vollstreckungsorts<sup>827</sup> unterfallen.

Unterschiede können sich dabei insofern ergeben, als dass die Anknüpfung an die lex fori des Vollstreckungsorts zu einem eindeutig bestimmbar anwendbaren Recht führt, während bei deliktischer Anknüpfung Art. 4 Abs. 1 ROM II-

---

<sup>821</sup>Sofern es sich überhaupt um eine vollstreckungsfähige Entscheidung handelt. Die hier untersuchten Phänomene sind zum Teil nicht vollstreckungsfähig, wie z.B. die Entscheidung, die zu einer Insolvenzverfahrenseröffnung im rechtsmissbräuchlich erlangten Forum geführt hat, oder noch deutlicher die Sperrwirkung des Art. 29 Brüssel Ia-VO, die nicht einmal auf einer Entscheidung eines Gerichts beruht.

<sup>822</sup>Wegen des dann stattfindenden Ausgleichs über den Schadensersatz sprechen die Erwägungen oben, S. 86 ff. nicht gegen die Vorgehensweise.

<sup>823</sup>*Tichý*, FS Martiny, S. 861 stellt allgemeiner auf eine „prozessuale Sanktion im Verfahren selbst“ ab und bezieht auch Ordnungsmittel, die Kostenverteilung etc. in die Überlegung mit ein. Er weist zugleich dabei darauf hin, dass der Schaden damit nicht ausgeglichen werden könne.

<sup>824</sup>*Solomon*, Die Anerkennung, S. 181 ff. zum Problem.

<sup>825</sup>Bamberger/Roth/*Spickhoff*, Art. 4 VO (EG) 864/2007 Rn. 3; Palandt/*Thorn*, Art. 4 Rom II-VO Rn. 3; So möglicherweise auch *Schack*, IZVR Rn. 365, der darauf hinweist, dass für die Schadensersatzansprüche die „allgemeinen Zuständigkeitsregeln“ gelten, also für § 717 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 2 ZPO der deliktische Gerichtsstand mit Verweis auf BGH NJW 2011, 2518, 2159 f.

<sup>826</sup>*Solomon*, Die Anerkennung, S.190 ff.

<sup>827</sup>Geimer/Schütze, EuZVR Art. 47 EuGVVO Rn. 34; Geimer, IZPR Rn. 3287; wohl auch Rauscher/*Mankowski*; EuZPR Art. 47 Brüssel Ia-VO, Rn. 8; Staudinger/v. Hoffmann, Art. 40 EGBGB, Rn. 287.

VO<sup>828</sup>, ebenso wie Art. 4 Abs. 2 oder 3 ROM II-VO, einschlägig sein können, was vom Vollstreckungsort wegführen *kann*. Die Schadensersatzansprüche haben jedoch sehr enge Beziehungen zum Prozessrecht, auch wenn es sich um materielle<sup>829</sup> Ansprüche des Prozessrechts und nicht um prozessuale Ansprüche handelt. Die prozessualen Vorfragen der *lex fori* des Vollstreckungsorts zu unterstellen und die eigentliche Frage nach dem Schadensersatz einem anderen Recht, mutet nicht interessengerecht an<sup>830</sup>. So ist zum Beispiel der Anspruch aus § 945 ZPO in seinen Tatbestandsvoraussetzungen so deutlich auf das System des deutschen einstweiligen Rechtsschutzes zugeschnitten, dass es schwer fällt, insbesondere die Frage nach der Aufhebung einer einstweiligen Entscheidung gem. § 945 Abs. 1 2. Fall bzw. 3 Fall ZPO einem anderen Recht als dem des einstweiligen Rechtsschutzes, dem Deutschen, zu unterstellen. Dies zeigt, dass diese Ansprüche sich in das System der Vollstreckung derart einfügen, dass es ungerechtfertigt ist, nicht ebenfalls das Recht der *lex fori* des Vollstreckungsorts anzuwenden. Bei der Anknüpfung nach allgemeinen deliktsrechtlichen Regeln, also der ROM II-VO besteht die Gefahr, dass über Art. 4 Abs. 2 bzw. 3 ROM II-VO an eine zweite Rechtsordnung angeknüpft wird. Art. 4 Abs. 2 bzw. 3 ROM II-VO liegt dabei der Grundgedanke zugrunde, dass das Rechtsverhältnis dem Recht unterstellt werden soll, zu dem es die engste Verbindung hat. Diese enge Verbindung besteht in den Fällen der ungerechtfertigten Vollstreckung immer mit dem Recht des Vollstreckungsstaats, weil dessen Instrumente benutzt werden. Zudem ist über die Vollstreckung selbst immer eine zusätzliche Verbindung mit dem Vollstreckungsstaat gegeben, zumeist der Belegenheitsort des Vermögens, in das vollstreckt werden soll. Vollstreckung ist kein Selbstzweck, sondern es wird (häufig) in einen Gegenstand vollstreckt, der unabhängig von der Vollstreckung eine Verbindung mit dem Vollstreckungsstaat aufweist.

Aus diesem Grund überzeugt es, die Schadensersatzansprüche wegen unge-

---

<sup>828</sup>Die in vor der Geltung der Rom II-VO in Art. 40 Abs. 1 S. 2 EGBGB vorgesehe Wahlmöglichkeit zwischen Erfolgs- und Handlungsort ist nach der Rom II-VO nicht möglich. Dort ist grundsätzlich die Anknüpfung an den Erfolgsort vorgesehen.

<sup>829</sup>Vgl. zum Begriff materiell die Anmerkung in Fn. 12.

<sup>830</sup>*Schack*, IZVR Rn. 365 führt dazu aus, dass die Zwangsvollstreckungsmaßnahme nur Vorfrage, nicht Gegenstand der Klage sei, andererseits gelte der Schutz der § 717 Abs. 2 ZPO und § 945 ZPO nur bei Vollstreckungsmaßnahmen deutscher Gerichte.

rechtfertigter Vollstreckung nach der lex fori des Vollstreckungsstaates zu bestimmen.

## II. In Betracht kommende Ansprüche

Für das hier untersuchte Deutsche materielle Recht kommen verschiedene Anspruchsgrundlagen in Betracht, deren Tauglichkeit als Lösung für den Gegenstand der Untersuchung im Folgenden kritisch beleuchtet wird. Dabei werden (materielle) Anspruchsgrundlagen, die sich in der ZPO finden, ebenso betrachtet wie vertragliche und deliktische Anspruchsgrundlagen.

### 1. Aus dem Prozessrecht

Die untersuchten Anspruchsgrundlagen<sup>831</sup>, § 717 Abs. 2 ZPO ebenso wie § 945 ZPO, dienen dem Ausgleich dafür, dass eine *vorläufige* Vollstreckungsgrundlage – ein Titel in Gestalt eines vorläufig vollstreckbaren Urteils, bzw. einer einstweiligen Verfügung – geschaffen wird, die später – im weiteren Verlauf des Verfahrens - aufgehoben oder abgeändert werden kann. Der Vollstreckungsgläubiger, der auf Grund dieses vorläufigen Titels vollstreckt, schädigt dabei den Vollstreckungsschuldner möglicherweise durch die Vollstreckungsmaßnahmen in dem Fall, in dem der Titel im Nachhinein aufgehoben wird. Ausgeglichen werden also die Nachteile, die aufgrund einer materiell nicht gerechtfertigten Vollstreckung entstanden sind<sup>832</sup>.

Die hier untersuchten Anspruchsgrundlagen sind dabei nicht auf die Situation der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile zugeschnitten. Sie betreffen vielmehr vorrangig inländische vorläufig vollstreckbare Urteile und einstweilige Verfügungen.

Auf ausländische Entscheidungen, insbesondere Urteile, ist der Schadensersatzanspruch des § 28 Abs. 1 AVAG als *lex specialis* anwendbar. Da dieser aber, bis auf geringe Abweichungen, den Ersatzansprüchen aus

---

<sup>831</sup>Ähnliche Regelungen enthalten § 302 Abs. 4 S. 3, 4 ZPO, § 600 Abs. 2 ZPO, § 248 Abs. 5 S. 2 FamFG. Diese werden jedoch nicht näher untersucht, da wegen der Ähnlichkeit des Regelungsgegenstands keine über die Untersuchung der vorgenommenen Regelungen hinausführenden Erkenntnisse erwartet werden können.

<sup>832</sup>HK-ZPO/Kindl, § 717 Rn. 3.

§ 717 Abs. 2 bzw. § 945, ZPO entspricht, werden im Folgenden zuerst die Schadensersatzansprüche der ZPO dargestellt.

a. § 717 Abs. 2 ZPO

§ 717 Abs. 2 ZPO dient zur Vermeidung der Nachteile, die entstehen, wenn ein vorläufig vollstreckbares Urteil wegen eingelegter Rechtsbehelfe aufgehoben oder abgeändert wird und entweder der Gläubiger aufgrund des nur vorläufig vollstreckbaren Urteils vollstreckt oder der Schuldner bereits geleistet hat.

Der Ersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO ist dabei für den Anspruchsinhaber günstig, denn Verschulden des unberechtigterweise Vollstreckenden ist keine Tatbestandsvoraussetzung<sup>833</sup>. Es handelt sich vielmehr um einen Fall der Gefährdungshaftung<sup>834</sup>. Auch ist eine Bereicherung des Vollstreckungsgläubigers nicht erforderlich, sondern allein ein Schaden des Vollstreckungsschuldners<sup>835</sup>.

Die Schadensersatzpflicht entsteht immer dann, das Urteil, das die Grundlage der Vollstreckung bildete, spätestens am Schluss der Verhandlung über die Schadensersatzpflicht, aufgehoben oder abgeändert wurde<sup>836</sup>. Auf den Grund für diese Aufhebung oder Änderung kommt es nicht an<sup>837</sup>, da die Grundlage der Vollstreckung in dem Moment, da das Vollstreckungsurteil in der Form wegfällt, ebenfalls entfallen ist<sup>838</sup>. Aus diesem Grund soll nach herrschender Ansicht die Schadensersatzpflicht entfallen, wenn der Vollstreckungstitel durch Urteil nach Zurückweisung oder durch Vergleich wiederhergestellt wird<sup>839</sup>.

---

<sup>833</sup>Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 717 Rn. 4, 6.

<sup>834</sup>Die Rechtsprechung verwendet den Begriff „Risikohaftung“ vgl. BGH NJW 1997, 2601, 2603; 2006, 443, NJW-RR 2009, 407; die Literatur unter Verweis auf die eben angeführte Rechtsprechung den Begriff Gefährdungshaftung, vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 717 Rn. 6; HK-ZPO/Kindl, § 717 Rn. 1; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 717 Rn. 8; Schuschke/Walker, Vollstreckung, § 717, Rn. 9; Saenger, JZ 1997, 222, 224; zum Teil wird zwischen den Begriffen differenziert, wobei Risikohaftung der weitere Begriff sein soll, vgl. MüKoZPO/Götz, § 717 Rn. 7 f.; MüKoZPO/Drescher, § 945 Rn. 3. Saenger, JZ 1997, 222, 224 stellt die anderen in der Literatur vertretenen dogmatischen Herleitungen des Anspruchs dar, weist aber zutreffend darauf hin, dass diese Frage der Herleitung ohne praktische Relevanz ist.

<sup>835</sup>Schuschke/Walker, Vollstreckung, § 717 Rn. 13.

<sup>836</sup>Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, § 15 Rn. 9, Schuschke/Walker, Vollstreckung, § 717, Rn. 8.

<sup>837</sup>Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, § 15 Rn. 9.

<sup>838</sup>Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, § 15 Rn. 9.

<sup>839</sup>BGHZ 136, 199, 210 f.; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, § 15 Rn. 11, a.A. Saenger, JZ 1997, 222, 227 ff. der dann den Schaden, der durch *vorzeitige* Vollstreckung entstanden ist, als ersatzfähigen Schaden ansieht.

Der zu ersetzende Schaden muss gerade durch die Vollstreckung oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung verursacht worden sein<sup>840</sup>. Eine rein freiwillige Zahlung des Titelschuldners genügt nicht<sup>841</sup>, ausreichend ist aber bereits, dass sich der Titelschuldner einem Vollstreckungsdruck beugt<sup>842</sup>, also die Zwangsvollstreckung droht<sup>843</sup>.

Auf den Schadensersatzanspruch finden die §§ 249 ff. BGB Anwendung<sup>844</sup>. Der Vollstreckende hat im Wege der Naturalrestitution also primär den Zustand wieder herzustellen, der ohne die Vollstreckung, bzw. die zur Vermeidung der Vollstreckung, erfolgte Zahlung bestehen würde<sup>845</sup>.

Zu ersetzende Schäden sind dabei insbesondere Zinsverluste<sup>846</sup>, entgangener Gewinn<sup>847</sup> sowie die Aufwendungen, die für die Sicherheitsleistungen, insbesondere nach § 711 ZPO, erforderlich waren<sup>848</sup>, Prozesskosten<sup>849</sup> und Zwangsgelder nach § 888 ZPO<sup>850</sup>.

Der Anspruch nach § 717 Abs. 2 ZPO kann unter den erleichterten Bedingungen des § 717 Abs. 2 S. 2 ZPO als Inzidentantrag<sup>851</sup> in dem bereits anhängigen Verfahren geltend gemacht werden<sup>852</sup>.

#### b. § 945 ZPO

§ 945 ZPO entspricht in seiner Struktur dem Schadensersatzanspruch gem. § 717 Abs. 2 ZPO<sup>853</sup>. Auch jener ist ein Fall der Gefährdungshaftung<sup>854</sup>, der

---

<sup>840</sup>MüKoZPO/Götz, § 717 Rn. 16; Zöllner/Herget, ZPO, § 717 Rn. 7; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, § 15 Rn. 12.

<sup>841</sup>Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, § 15 Rn. 13.

<sup>842</sup>BGH NJW-RR 2015, 541, 542; Zöllner/Herget, ZPO, § 717 Rn. 7; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, § 15 Rn. 13.

<sup>843</sup>BGH NJW 1996, 397; OLG Köln NJW 1996, 1290, 1292, MüKoZPO/Götz, § 717 Rn. 15.

<sup>844</sup>HK-ZPO/Kindl, § 717 Rn. 8; MüKoZPO/Götz, § 717 Rn. 18; Schuschke/Walker, Vollstreckung, § 717, Rn. 11.

<sup>845</sup>HK-ZPO/Kindl, § 717 Rn. 8; vgl. § 249 Abs. 1 ZPO.

<sup>846</sup>HK-ZPO/Kindl, § 717 Rn. 8.

<sup>847</sup>HK-ZPO/Kindl, § 717 Rn. 8.

<sup>848</sup>HK-ZPO/Kindl, § 717 Rn. 8.

<sup>849</sup>Zöllner/Herget, ZPO, § 717 Rn. 7.

<sup>850</sup>Zöllner/Herget, ZPO, § 717 Rn. 7.

<sup>851</sup>Siehe dazu MüKoZPO/Götz, § 717 Rn. 22 ff und Schuschke/Walker, Vollstreckung, § 717 Rn. 19.

<sup>852</sup>Zöllner/Herget, ZPO, § 717 Rn. 13 f.

<sup>853</sup>Gaul/Schilken/Becker-Eberhard/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, § 80 Rn. 1, Schuschke/Walker, Vollstreckung, § 945 Rn. 3.

<sup>854</sup>BGHZ 85, 110, 113; BGH NJW 1988, 1269 a.A. MüKoZPO/Drescher, § 945 Rn. 3; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, § 80 Rn. 1: Fall der Risikohaftung. Siehe auch Fn. 834 zur fehlenden dogmatischen Bedeutung des Streits. Zöllner/Vollkommer, ZPO,



vom einem Verschulden des Vollstreckungsgläubigers unabhängig ist<sup>855</sup>. Der Grund für die Existenz des Anspruchs ist, dass ein Ausgleich dafür erfolgen soll, dass der Arrestgläubiger aufgrund eines Titels vollstreckt hat, der nur vorläufigen Charakter hatte<sup>856</sup>.

In § 945 ZPO sind mehrere Tatbestände geregelt: § 945 1. Fall ZPO knüpft an die anfängliche Unbegründetheit der einstweiligen Verfügung, bzw. des Arrests – also an materielle Unrichtigkeit<sup>857</sup> – an, während die beiden anderen Fälle sich auf den rein formalen Aspekt der Aufhebung der einstweiligen Maßnahme wegen Versäumenlassen der Klageerhebungsfrist nach § 926 Abs. 2 ZPO, bzw. dem Unterlassen der Durchführung eines Rechtfertigungsverfahrens nach § 942 Abs. 2 ZPO, und der daraufhin möglichen Aufhebung nach § 942 Abs. 3 ZPO stützen.

Der erste Fall des § 945 ZPO setzt voraus, dass die erlassene einstweilige Maßnahme von Anfang an unbegründet war<sup>858</sup>. Dabei ist es unerheblich, ob der Arrest- bzw. Verfügungsgrund<sup>859</sup> oder –Anspruch nicht vorlag<sup>860</sup>. Ein späteres Entfallen von Arrest- bzw. Verfügungsanspruch bzw. –Grund löst jedoch keine Schadensersatzpflichten aus<sup>861</sup>. Dieses Erfordernis der *anfänglichen* Unbegründetheit ist eine (kleine) Abweichung von § 717 ZPO<sup>862</sup>, denn jener stellt nur auf den formalen Aspekt der Aufhebung des Urteils ab, unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt der Grund für die Aufhebung des Urteils<sup>863</sup> eingetreten ist.

---

§ 945 Rn. 3 hält den Haftungsgrund für einen Anwendungsfall der unerlaubten Handlung im weiteren Sinne, stellt aber ebenfalls fest, dass der Streit keinerlei praktische Relevanz mehr aufweist. Schuschke/Walker, Vollstreckung, § 945, Rn. 4 legt sich mit der Begründung, dass der Streit keine praktischen Folgen habe, nicht einmal auf eine der Theorien fest.

<sup>855</sup>HK-ZPO/Kemper, § 945 Rn. 1.

<sup>856</sup>Gaul/Schilken/Becker-Eberhard/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, § 80 Rn. 1.

<sup>857</sup>Gaul/Schilken/Becker-Eberhard/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, § 80 Rn. 1.

<sup>858</sup>Gaul/Schilken/Becker-Eberhard/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, § 80 Rn. 5.

<sup>859</sup>A.A. Schuschke/Walker, Vollstreckung, § 945, Rn 13 ff. mit ausführlichen Erläuterungen und Nachweisen zu seiner Ansicht, nach der ein Fehlen des Arrest- oder Verfügungsgrundes keine Schadensersatzpflichten auslöst.

<sup>860</sup>Zöller/Vollkommer, ZPO, § 945 Rn. 8.

<sup>861</sup>Zöller/Vollkommer, ZPO, § 945 Rn. 8. Im Einzelnen ist vieles strittig, vgl. MüKoZPO/Drescher, § 945 Rn. 8 ff. sowie Gaul/Schilken/Becker-Eberhard/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, § 80 Rn. 5 ff. jeweils m.w.N.

<sup>862</sup>Schuschke/Walker, Vollstreckung, § 945, Rn. 6.

<sup>863</sup>Möglicherweise also insbesondere im Laufe des Verfahrens bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung.



Die Ansprüche nach § 945 ZPO 1. und 3. Fall sind von einer materiellen Berechtigung des Gläubigers losgelöst<sup>864</sup>. Sie greifen grundsätzlich selbst dann ein, wenn zwar die einstweilige Maßnahme aufgehoben wird, der Gläubiger aber im Hauptsacheverfahren seinen Anspruch erfolgreich behaupten kann<sup>865</sup>.

Der zu ersetzende Schaden ist – wie oben - nach §§ 249 ff. BGB zu bestimmen<sup>866</sup>. Erfasst ist also der durch die Vollziehung der einstweiligen Maßnahme adäquat verursachte Vermögensnachteil<sup>867</sup>. Dieser kann insbesondere aus Nachteilen, die durch die Gestellung einer Sicherheit entstehen<sup>868</sup>, aber auch aus Nachteilen für den Betrieb des Schuldners, wie Produktionseinstellung<sup>869</sup>, Betriebsausfall<sup>870</sup>, entgangene Aufträge<sup>871</sup>, bestehen.

Die Geltendmachung des Anspruchs aus § 945 ZPO in summarischen Verfahren ist ausgeschlossen<sup>872</sup>, der Anspruch muss vielmehr in einem eigenen Verfahren oder im Hauptsacheverfahren (falls es zu einem solchen kommt) geltend gemacht werden<sup>873</sup>. Ein „Geschwindigkeitsvorteil“ ist mit diesem Schadenersatzanspruch im Zusammenhang mit dem einstweiligen Verfügungsverfahren also nicht verbunden<sup>874</sup>. Lediglich im Tatbestand ist ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vorausgesetzt.

### c. § 28 AVAG

§ 28 AVAG hat zwei Regelungsbereiche und zwar § 28 Abs. 1 S. 1 AVAG sowie § 28 Abs. 1 S. 2 AVAG. Diese entsprechen den oben dargestellten § 717

---

<sup>864</sup>Gaul/Schilken/Becker-Eberhard/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, § 80 Rn. 8.

<sup>865</sup>MüKoZPO/Drescher, § 945 Rn. 18; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, § 80 Rn. 8 jeweils m.N. zur Gegenansicht, a.A. z.B. Schuschke/Walker, Vollstreckung, § 945 Rn. 26 ff.

<sup>866</sup>Schuschke/Walker, Vollstreckung, § 945 Rn. 33.

<sup>867</sup>MüKoZPO/Drescher, § 945 Rn. 21.

<sup>868</sup>MüKoZPO/Drescher, § 945 Rn. 23.

<sup>869</sup>Zöller/Vollkommer ZPO, § 945 Rn. 14 c.

<sup>870</sup>Zöller/Vollkommer ZPO, § 945 Rn. 14 c.

<sup>871</sup>Zöller/Vollkommer ZPO, § 945 Rn. 14 c.

<sup>872</sup>Gaul/Schilken/Becker-Eberhard/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, § 80 Rn. 3.

<sup>873</sup>Zöller/Vollkommer, ZPO, § 945 Rn. 7.

<sup>874</sup>Der Grund liegt wohl vor allem darin, dass das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutz ein summarisches Verfahren ist, bei dem die Glaubhaftmachung der Voraussetzungen genügt, und das zur endgültigen Klärung einer solchen Angelegenheit nicht geeignet ist, vgl. Schuschke/Walker, Vollstreckung, § 945, Rn. 50.

ZPO und § 945 ZPO weitgehend mit der Maßgabe<sup>875</sup>, dass die Bestimmungen des AVAG auf den internationalen Rechtsverkehr zugeschnitten sind.

Abweichend vom oben dargestellten § 717 ZPO erstreckt sich die Ersatzpflicht nach § 28 AVAG auf alle nach dem AVAG zu vollstreckenden Titel, es werden also insbesondere auch öffentliche Urkunden erfasst<sup>876</sup>.

Der Anknüpfungsgegenstand des § 28 AVAG ist dabei die Zulassung der Zwangsvollstreckung gem. § 25 AVAG. Wird diese entweder nach einem erfolgreichen Rechtsbehelf (§ 28 Abs. 1 S. 1 AVAG) gegen die deutsche Entscheidung oder nach einer Aufhebung oder Änderung des ausländischen Titels gem. § 27 AVAG (§ 28 Abs. 1 S. 2 AVAG) aufgehoben, so entsteht die Schadensersatzpflicht.

Der erstattungsfähige Schaden und die sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen entsprechen jedoch den oben genannten § 717 ZPO und § 945 ZPO<sup>877</sup>.

d. Zwischenergebnis: Untauglichkeit als Lösungsansatz

Zwar gibt es, wie gezeigt, eine breiten Palette an Möglichkeiten das Verhältnis zwischen Urteilsschuldner und Urteilsgläubiger auszugleichen, indem Schadensersatz für die aus der Vollstreckung entstehenden Schäden zugesprochen werden kann. Trotzdem sind diese Ansprüche kein taugliches Mittel, um die untersuchten Konstellationen einer Lösung zuzuführen.

Denn die Interessenlagen sind bei diesen Schadensersatzansprüchen andere als bei der Anerkennung ausländischer Titel. Die genannten Schadensersatzansprüche sind sämtlich darauf zugeschnitten, einen Interessenausgleich dafür zu schaffen, dass die Titel, um die es geht, nur *vorläufig* vollstreckbar sind. Der Titel kann – binnen kürzester Zeit – nämlich innerhalb der Rechtmittelfrist – noch einmal vollständig in Frage gestellt werden.

Das ist häufig anders als bei ausländischen Titeln, aus denen vollstreckt werden

---

<sup>875</sup>Stein/Jonas/Oberhammer, Art. 47 EuGVVO Rn. 26.

<sup>876</sup>MüKoZPO/Gottwald, § 28 AVAG Rn. 1.

<sup>877</sup>Wobei weder in Literatur noch in der Rechtsprechung eine vertiefte Auseinandersetzung geführt wird.

soll. Zwar kann auch aus ausländischen vorläufig vollstreckbaren Titeln vollstreckt werden – sodass insofern eine vergleichbare Interessenlage gegeben ist und damit auch ein Bedürfnis für die Schadensersatzansprüche nach § 717 ZPO besteht. Dies ist jedoch nicht der Regelfall.

Abgesehen davon betreffen die oben genannten Schadensersatzansprüche nur Konstellationen, in denen der ursprüngliche Titel im *Erststaat* einer Überprüfung unterzogen wird und in denen im Rahmen dieser Überprüfung der Rechtsmissbrauch mit den Mittel des jeweiligen Prozessrechts in das Verfahren des *Erststaats* eingebracht werden kann. Der Rechtsmissbrauch wird in diesen Konstellationen also auf der Ebene des erststaatlichen (Rechtsmittel-) Verfahrens geltend gemacht werden können und müssen.

In keiner der untersuchten Fallkonstellationen gilt etwas Anderes. Deswegen sind diese Ansprüche kein taugliches Mittel, um dem Rechtsmissbrauch im *Zweitstaat* abzuhelpen. Sie flankieren die Vorgehensweise im *Erststaat*, nicht im *Zweitstaat*. Es geht also bei diesen Schadensersatzansprüchen nicht um die Anerkennung und Vollstreckung der Entscheidungen, sondern um das erststaatliche Erkenntnisverfahren.

## 2. Vertragliche Ansprüche

Vertragliche Ansprüche kommen – wenn nicht bereits eine Sonderverbindung besteht – unter dem Gesichtspunkt in Betracht, dass das Prozessrechtsverhältnis des Erstprozesses eine Sonderverbindung i.S.d. § 280 Abs. 1 BGB darstellen könnte.

Einige Stimmen in der Literatur halten das Prozessrechtsverhältnis für eine Sonderverbindung im Sinne der §§ 280, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB, welche Schutzpflichten und bei deren Verletzung Schadensersatzansprüche auslösen könne<sup>878</sup>. Wenn dieses Konzept für das Erkenntnisverfahren Geltung beansprucht, ist es nicht ausgeschlossen, es auch auf das Anerkennungsverfahren zu übertragen. Der Ansatzpunkt ist dann der, die Verletzung des Vollstreckungs-

---

<sup>878</sup>Rosenberg/Schwab/Gottwald § 2 Rn. 19.

rechtsverhältnisses als Anknüpfungspunkt für eine Schadensersatzpflicht zu verstehen.

Dieses Konzept wird heftig kritisiert. *Haertlein* führt gegen das Konzept an, dass das Prozessrechtsverhältnis einem Schuldverhältnis nicht ähnlich und auch aus sonstigen Gründen keine materiellrechtliche Sonderverbindung sei<sup>879</sup>. Zur Begründung führt er aus, dass das Prozessrechtsverhältnis prozessrechtlichen und nicht schuldrechtlichen Ursprungs sei<sup>880</sup>. Die (Handlungs-) Pflichten unterschieden sich, auch wenn die Verletzung der spezifischen Pflichten aus dem Prozessrechtsverhältnis, wie der prozessualen Wahrheitspflicht, zu schuldrechtlichen Ansprüchen führen könne<sup>881</sup>. Die prozessualen Verpflichtungen bestünden ggf. neben den materiellen Verpflichtungen und seien durch das Prozessrecht gesondert sanktioniert<sup>882</sup>. Zudem könne aus den im Prozessrecht bestehenden materiellen Anspruchsgrundlagen kein Rückschluss auf die Qualifizierung des Prozessrechtsverhältnisses gezogen werden<sup>883</sup>. Dieses Verhältnis sei nicht als Sonderverbindung zu qualifizieren, da es zwar gesteigerte Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechte und Rechtspositionen der anderen Partei eröffne<sup>884</sup>, dies aber nicht dadurch gekennzeichnet sei, dass die Parteien der jeweils anderen besonderes Vertrauen entgegenbrächten, bzw. in Anspruch nähmen<sup>885</sup>. Ein Prozess sei keine Gelegenheit, in der Vertrauen in Anspruch genommen werden könne, sondern ein offener Schlagabtausch, in dem jede Partei ihre Ziele bestmöglich verfolge<sup>886</sup>. Die prozessualen Pflichten zur Rücksichtnahme verhinderten ein Ausufern der rücksichtslosen Verfolgung der eigenen Ziele, indem sie einen Ordnungsrahmen schafften<sup>887</sup>. Zudem seien Verstöße gegen diese Pflichten vor allem (spezifisch) prozessrechtlich sanktioniert, wie z.B. mit Geständnisfiktionen, nicht materiellrechtlich<sup>888</sup>. Die Sicherstellung der prozessrechtlichen Redlichkeitspflichten diene der Gewährleistung eines funktionierenden Prozesses<sup>889</sup>, nicht vorrangig dem Interesse der anderen

---

<sup>879</sup> *Haertlein*, Exekutionsintervention, S. 528 m.w.N.

<sup>880</sup> *Haertlein*, Exekutionsintervention, S. 529 f.

<sup>881</sup> *Haertlein*, Exekutionsintervention, S. 530.

<sup>882</sup> *Haertlein*, Exekutionsintervention, S. 530.

<sup>883</sup> *Haertlein*, Exekutionsintervention, S. 530.

<sup>884</sup> *Haertlein*, Exekutionsintervention, S. 533.

<sup>885</sup> *Haertlein*, Exekutionsintervention, S. 533.

<sup>886</sup> *Haertlein*, Exekutionsintervention, S. 533.

<sup>887</sup> *Haertlein*, Exekutionsintervention, S. 534.

<sup>888</sup> *Haertlein*, Exekutionsintervention, S. 534.

<sup>889</sup> *Haertlein*, Exekutionsintervention, S. 535.

Partei. Das sei mit den materiellrechtlichen Schutzpflichten bei Sonderverbindungen nicht vergleichbar<sup>890</sup>.

Ebenso wie das Prozessverhältnis sei das Vollstreckungsrechtsverhältnis keine Sonderverbindung i.S.d. § 280 BGB<sup>891</sup>. Die bestehenden Pflichten seien prozessualer Natur<sup>892</sup>, die Interessenlage – die Möglichkeit der Einwirkung des Vollstreckungsgläubigers auf das Vermögen des Vollstreckungsschuldners – gebiete es nicht, von einer Sonderverbindung auszugehen<sup>893</sup>. Eine solche entstehe nicht (allein) wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit des einen Teils<sup>894</sup>, sondern durch eine außergewöhnliche Nähebeziehung<sup>895</sup>.

Aus diesen Gründen sei das Prozessrechtsverhältnis<sup>896</sup> und auch das Vollstreckungsrechtsverhältnis keine Sonderverbindung i.S.d. § 280 BGB.

Dem ist aus den oben genannten Gründen zuzustimmen. Obwohl das Prozessrechtsverhältnis - wie auch das Vollstreckungsrechtsverhältnis - eine gewisse Nähe zu den Sonderverbindungen aufweist, ist es keine. Dies belegt im Deutschen Recht bereits das Gesetz selbst. Denn ansonsten hätte es des expliziten Verweises auf die Folgen nach Rechtshängigkeit in § 818 Abs. 4 BGB und § 989 BGB nicht bedurft. Den Verweis auf die Haftung nach den allgemeinen Vorschriften (§ 818 Abs. 4 BGB), bzw. auf die Haftung bei Verschlechterung der Sache, hätte es nicht bedurft, wenn die Rechtshängigkeit selbst schon dazu geführt hätte, dass eine Haftung nach § 280 BGB entstünde.

Damit greift eine vertragliche Haftung aus dem Prozessrechtsverhältnis, bzw. dem Vollstreckungsrechtsverhältnis, selbst nicht, wenn nicht aus anderen Gründen bereits aus Vertrag gehaftet wird.

---

<sup>890</sup>Haertlein, Exekutionsintervention, S. 535.

<sup>891</sup>Haertlein, Exekutionsintervention, S. 542.

<sup>892</sup>Haertlein, Exekutionsintervention, S. 543 f.

<sup>893</sup>Haertlein, Exekutionsintervention, S. 544.

<sup>894</sup>Haertlein, Exekutionsintervention, S. 544.

<sup>895</sup>Haertlein, Exekutionsintervention, S. 544.

<sup>896</sup>Haertlein, Exekutionsintervention, S. 535.

### 3. Deliktische Ansprüche

Als deliktische Ansprüche kommen zunächst allgemeine deliktische Ansprüche, also insbesondere § 823 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz, in Betracht. Dabei scheidet der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB in den meisten Konstellationen, die hier angesprochen werden, aus. Geschützt werden durch § 823 Abs. 1 BGB nur die enumerativ aufgelisteten Rechtsgüter. Das Vermögen ist von diesem Rechtsgüterschutz nicht umfasst<sup>897</sup>. Häufig wird in den hier untersuchten Konstellationen jedoch regelmäßig *nur* eine Vermögensverletzung in Betracht kommen<sup>898</sup>.

§ 823 Abs. 2 BGB schützt zwar das Vermögen, jedenfalls dann wenn dessen Schutz von dem Schutzzumfang des verletzten Schutzgesetzes umfasst ist, entsprechende Schutzgesetze existieren jedoch zumindest im Deutschen Recht augenscheinlich nicht.

Gerade in den Fällen der Torpedoproblematik werden häufig die spezialgesetzlichen Anspruchsgrundlagen, also insbesondere § 139 Abs. 2 PatG, § 24 Abs. 2 GebrMG (evtl. § 14 Abs. 6 MarkenG oder § 42 Abs. 2 DesignG), in Betracht kommen.

Ungeachtet der Anspruchsgrundlage haben diese Ansprüche jedoch in den Konstellationen des Rechtsmissbrauchs Defizite:

Als Schadensersatzansprüche müssen sie – wie alle anderen Ansprüche - gesondert eingeklagt werden. Einer *schnellen* Geltendmachung steht also häufig wiederum die bereits erhobene negative Feststellungsklage entgegen. Selbst wenn dem nicht so sein sollte, weil der Streitgegenstand ein anderer ist, wird das im Hinblick auf die Schadensersatzansprüche angerufene Gericht die Klage ggf. bis zur Entscheidung in der ersten Streitigkeit aussetzen.

---

<sup>897</sup>Allg. Ansicht vgl. nur Jauernig/Teichmann, BGB, § 823 Rn. 19 sowie MüKoBGB/Wagner, § 823 Rn. 184 m.w.N.

<sup>898</sup>Carl, S. 176 nimmt möglicherweise einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb an, lässt einen entsprechenden Anspruch aber wohl an der Rechtswidrigkeit scheitern. Er weist korrekterweise darauf hin, dass das Ausnutzen der prozessual eröffneten Möglichkeiten nur selten rechtswidrig, also entgegen der Rechtsordnung, sein wird.

Bei der Konstellation der Torpedoklage wird als Lösungsansatz vorgeschlagen, dem Problem mit einer Widerklage auf Unterlassung und Schadensersatz zu begegnen<sup>899</sup>. Dieser Ansatz ist zwar grundsätzlich denkbar, jedoch in vielen Fällen nicht zielführend. Denn es darf nicht vergessen werden, dass das gewählte „Blockade“-Forum gerade deswegen ausgewählt wurde, weil dort die Entscheidungsfindung – aus welchem Grund auch immer – sehr langsam vonstatten geht. Die Entscheidung über die Widerklage wird in diesem Forum mindestens so lange auf sich warten lassen, wie die auf die ursprüngliche Torpedoklage<sup>900</sup>. Abgesehen davon wird häufig kein Gerichtsstand für die Widerklage eröffnet sein, weil ja gerade ein langsames *unzuständiges* Gericht für die Topedoklage gewählt wurde. Dann wird in den meisten Fällen die Zuständigkeit auch für die Widerklage nicht gegeben sein. Bei geschickter Ausnutzung der Möglichkeiten werden also bei dieser Vorgehensweise Jahre ins Land gehen, bevor ein abschließendes Urteil gefällt ist. Damit ist dem oben beschriebenen Missstand nicht abgeholfen<sup>901</sup>. Gerade kleinere Unternehmen haben meist nicht die finanziellen Mittel, Rechtsstreitigkeiten derart „auszusitzen“. Zudem sind in einigen Bereichen diese kleinen Unternehmen darauf angewiesen, ihre Innovationen exklusiv zu vermarkten, da sie sich ohne den Schutz des gewerblichen Schutzrechts nicht mit den marktmächtigeren Unternehmen messen können. Letztere sind teilweise in der Lage, günstiger zu produzieren und so niedrigere Preise anzubieten. Wenn dann in solchen Konstellation die Erfindungen nicht geschützt werden können, hat das verheerende Auswirkungen auf die kleineren innovativen Unternehmen. In diesen Konstellationen ist der durch die Patentierung zu erlangende Schutz so nutzlos.

#### 4. § 826 BGB

Der Anspruch aus § 826 BGB nimmt in den Konstellationen, in denen Titel beteiligt sind, eine besondere Rolle ein. In der Deutschen Rechtsprechung<sup>902</sup> und Literatur<sup>903</sup> wird der Anspruch aus § 826 BGB vielfach als Vehikel be-

---

<sup>899</sup>Rauscher/Leible, EuZPR Art. 29 Brüssel Ia-VO Rn. 37.

<sup>900</sup>Darauf weist zu Recht Schlosser/Hess, EU-ZPR Art 29 EuGVVO Rn. 4 c hin. Ebenso Schmehl, S. 351.

<sup>901</sup>Tichý, FS Martiny, S. 861 weist zudem darauf hin, dass nicht jede Prozessordnung die Widerklage als Mittel zulasse.

<sup>902</sup>BGH NJW 1987, 3256, 3257 m.w.N.; 2005, 2991, 2994 m.w.N.

<sup>903</sup>Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 322 Rn. 50 ff.; Grunsky, IPrax 1987, 219, 220 f.; Stürner, RabelsZ 71 (2007), 597, 614 ff.

nutzt, um die (materielle) Rechtskraft eines Urteils zu durchbrechen<sup>904</sup>. Diese Ansicht ist auf massive Kritik in der Literatur gestoßen<sup>905</sup>.

Der Anspruch aus § 826 BGB hat dabei verschiedene mögliche Stoßrichtungen, die daraus resultieren, dass der Kläger nach den Grundsätzen des § 249 BGB so gestellt werden soll, als sei das schädigende Ereignis nicht eingetreten. Der Kläger kann also je nach Konstellation das auf Grund des Urteils Geleistete zurückverlangen, den Beklagten zur Unterlassung der Zwangsvollstreckung, zu Schadensersatz in Geld oder zur Herausgabe des Titels verurteilen lassen<sup>906</sup>.

Abgesehen von dem Meinungsstreit, ob der Anspruch aus § 826 BGB überhaupt eine Durchbrechung der Rechtskraft von inländischen Titel bewirken kann, stellt sich die Frage, ob und inwieweit § 826 BGB für den hier untersuchten Gegenstand nutzbar gemacht werden kann.

a. Fallgruppe des Prozessbetrugs

Dazu ist zunächst festzustellen, dass in der Literatur vertreten wird, dass der Anspruch aus § 826 BGB auch gegen ausländische Titel geltend gemacht werden kann<sup>907</sup>. Es ist also vorstellbar, die Klage in den Fällen des Prozessbetrugs zuzulassen. Der Anspruch wäre in dieser Konstellation wohl hauptsächlich auf Herausgabe des Titels oder auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung aus dem Titel gerichtet.

Es ist bereits im autonomen Anerkennungsrecht nicht selbstverständlich, die Anwendung des § 826 BGB in der Fallgruppe des Prozessbetruges zuzulassen, da es mit dem *ordre public*-Vorbehalt des § 328 Nr. 4 ZPO ein Instrument gibt, das zumindest sehr ähnliche Sachverhalte regelt<sup>908</sup>.

---

<sup>904</sup>Auch wenn die (aktuellere) Rechtsprechung vorgibt, die Rechtskraft *trete nur zurück* (BGH NJW 1987, 3256, 3257) werde also nicht *durchbrochen*. Vgl. dazu Staudinger/Oechsler, BGB, § 826 Rn. 473 f.

<sup>905</sup>Staudinger/Oechsler, BGB, § 826 Rn. 475 ff.; Jauernig/Hess, ZPR, § 64 Rn. 9 ff.; Baumgärtel, ZZP (86) 1973, 353, 361.

<sup>906</sup>Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 322 Rn. 50.

<sup>907</sup>Martiny in Hdb. IZVR III/2, S. 54; Stürner, RabelsZ 71 (2007), 597, 618 ff.

<sup>908</sup>Vgl. Stein/Jonas/Roth, § 328 Rn. 28a.



Dabei gilt der Vorrang des Anerkennungsrechts<sup>909</sup>, d.h. der Anspruch aus § 826 BGB kann allenfalls gegen Titel in Stellung gebracht werden, die in Deutschland nach autonomem Deutschem Recht anerkennungsfähig sind, ansonsten besteht kein Bedürfnis, gegen die Erstreckung der Wirkungen eines ausländischen Urteils in das Inland vorzugehen, da diese Wirkungserstreckung nicht vorgenommen wird<sup>910</sup>. Das bedeutet, dass die Prüfung, ob ein ordre public-Verstoß gem. § 328 Nr. 4 ZPO gegeben ist, zwingend vor der Prüfung der Voraussetzungen des Anspruchs gem. § 826 BGB zu erfolgen hat<sup>911</sup>. Zwar ist es denkbar, dass der Anspruch aus § 826 BGB in den Fällen, in denen die Wirkungen eines ausländischen Urteils im Inland wegen eines ordre public-Verstoßes nicht anerkannt werden, zum Ersatz anderer Schadensersatzpositionen herangezogen werden kann<sup>912</sup>. Wenn ein ordre public-Verstoß in Betracht kommt, ist der Anspruch aus § 826 BGB jedenfalls kein probates Mittel, um der Anerkennung eines ausländischen Titels entgegenzutreten<sup>913</sup>. Wenn kein ordre public-Verstoß vorliegt, würde die Anwendung des § 826 BGB jedoch den Willen des deutschen Gesetzgebers untergraben, da dieser in § 328 ZPO von dem Grundsatz der automatischen Anerkennung ausländischer Urteile ausgeht<sup>914</sup> und die Anerkennung und vor allem die Gründe für die *Nichtanerkennung* abschließend regeln wollte<sup>915</sup>. Ein Rückgriff auf § 826 BGB würde die Anerkennungsbedingungen verschärfen<sup>916</sup>.

Bereits im autonomen Deutschen Anerkennungsrecht ist also mehr als zweifelhaft, ob die Klage gestützt auf einen Anspruch aus § 826 BGB zugelassen werden darf.

Abzulehnen ist der Rückgriff auf § 826 BGB aber im hier untersuchten Europäischen Anerkennungsrecht.

---

<sup>909</sup>Stürner, RabelsZ 71 (2007), 597, 624. Folgerichtig lässt die Entscheidung des OLG Köln, NJW-RR 2009, 1074, 1075 nicht mehr zu, dass sich der Titelschuldner auf den Einwand der Titelschleichung beruft, wenn dieser sich nicht nur im Erstverfahren nicht eingelassen hatte, sondern auch im Verfahren der Vollstreckbarerklärung keine Rechtsmittel einlegte.

<sup>910</sup>Stürner, RabelsZ 71 (2007), 597, 624.

<sup>911</sup>Stürner, RabelsZ 71 (2007), 597, 624.

<sup>912</sup>Vgl. dazu Stürner, RabelsZ 71 (2007), 597, 626.

<sup>913</sup>A.A. Regen, Prozessbetrug, Rn. 887, der nicht „pauschal“ den Vorrang des Anerkennungsrechts anerkennt, im Ergebnis aber die Anwendbarkeit des § 826 BGB aus „Zuständigkeitserwägungen“ ablehnt (Rn. 889).

<sup>914</sup>HK-ZPO/Dörner, § 328 Rn. 1.

<sup>915</sup>Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, § 328 Rn. 7.

<sup>916</sup>Stürner, RabelsZ 71 (2007), 597, 625.

Denn im Anwendungsbereich der Brüssel Ia-VO sind materiellrechtliche Ausgleichsansprüche ausgeschlossen, die auf die Herausgabe des Titels gerichtet sind, weil dieser nicht anerkennungsfähig ist<sup>917</sup>.

Aus dem Gemeinschaftsrecht folgt eine Verpflichtung der Anerkennung über das bestehende europarechtliche Anerkennungssystem. Dieses System sieht Gründe für eine Nichtanerkennung und auch ein vorrangiges Rechtsbehelfsverfahren vor, mit dem diese Gründe geltend gemacht werden können<sup>918</sup>. Dem Rückgriff auf nationale Normen, die letztlich denselben Anwendungsbereich haben, steht bereits der Grundsatz des *effet utile*<sup>919</sup> entgegen, wonach europäischen Normen eine angemessene Geltung verschafft werden muss. Dieser Grundsatz kann nicht mit dem Rückgriff auf nationale „Auffang“-normen begegnet werden, sollte die Anwendung der europäischen Normen nicht zu dem „gewünschten“ Ergebnis führen.

Damit scheidet ein Rückgriff auf § 826 BGB im Europäischen Recht aus.

#### b. Fallgruppe der Zuständigkeitserschleichung

*Schütze* hat vor längerer Zeit vertreten, dass die Fallgruppe der Zuständigkeitserschleichung sich mittels § 826 BGB lösen lasse<sup>920</sup>. Er erstreckte die Anwendung des § 826 BGB gerade auf die Fälle, bei denen die Anwendung der *ordre public*-Klausel eingeschränkt sei<sup>921</sup>. Dann wenn der Anwendungsbereich des § 826 BGB weiter sei als der der in Frage stehenden *ordre public*-Klausel, dann entfalte diese keine Sperrwirkung<sup>922</sup>. Dies sei gerade im Anwendungsbereich des EuGVÜ<sup>923</sup> der Fall<sup>924</sup>.

Der Schuldner könne sich daher im Vollstreckbarerklärungsverfahren, bzw. dann wenn die Anerkennung der Entscheidung in Rede stehe, einredeweise auf

---

<sup>917</sup>Gaul/Schilken/Becker-Eberhard/Lakkis, *Zwangsvollstreckungsrecht*, § 12 Rn. 90. Becker, S. 172, sieht kein „Bedürfnis“ für den Anspruch aus § 826 BGB neben dem *ordre public*-Vorbehalt. Vgl. auch *Stürner*, GPR 2010, 43, 47 für den Fall der Titlerschleichung unter dem Geltungsbereich der EuVTVO.

<sup>918</sup>Vgl. OLG Köln, NJW-RR 2009, 1074, 1075.

<sup>919</sup>Dazu Hess, IPRax 2006, 348, 357 f.

<sup>920</sup>*Schütze*, JR 1979, 184 ff.; vgl. aber auch noch seinen ähnlichen Ansatz in *Schütze*, *Rechtsverfolgung*, Rn. 114 mit Verweisen auf ältere Rechtsprechung.

<sup>921</sup>*Schütze*, JR 1979, 186.

<sup>922</sup>*Schütze*, JR 1979, 186.

<sup>923</sup>Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.09.1968.

<sup>924</sup>*Schütze*, JR 1979, 186.

§ 826 BGB stützen, wenn ein Fall der Zuständigkeitserschleichung vorliege. Der Abwehranspruch richte sich dagegen, dass von der sittenwidrig erlangten Entscheidung Gebrauch gemacht werde<sup>925926</sup>.

Diese Ansicht lässt sich vor dem derzeitigen Stand des Europarechts wohl nicht mehr halten.

Art. 45 Brüssel Ia-VO normiert grundsätzlich abschließende Gründe, die Zuständigkeit nachzuprüfen. Auch wenn die Grenzen der Norm zumindest in der Literatur<sup>927</sup> nicht abschließend geklärt sind<sup>928</sup>, wird man die Lösung doch wohl als Umgehung des Europäischen Zuständigkeitsrechts einordnen. Diese Schlussfolgerung ist zwar nicht zwingend. Denn je nach Anknüpfungspunkt für den schadensersatzverpflichtende Handlung wird ja gerade nicht die Zuständigkeit überprüft, sondern das Berufen auf eine an sich gegebene Zuständigkeit wird verweigert<sup>929</sup>. Problematisch an dieser Ansicht ist jedoch, dass damit die gesetzlich vorgesehene ordre public-Kontrolle unterlaufen wird. Gerade der Hinweis, dass der Anwendungsbereich des § 826 BGB anfangs, wo die ordre public-Kontrolle aufhöre, ist problematisch, denn dies führt dazu, dass das *europäische* System der automatischen Anerkennung durch einen Rückgriff auf *ationale* Normen unterlaufen wird. Dies ist mit dem Grundsatz des *effet utile* (s.o.) nicht zu vereinbaren.

Aus diesem Grund kann zur Lösung des Problems nicht auf § 826 BGB zurückgegriffen werden.

### c. Fallgruppe der Torpedoklagen

Abgesehen von der Möglichkeit, Schadensersatz als Ausgleich in Geld für erlittenen Schaden zu erlangen, ist in den Fällen der Torpedoklage denkbar, § 826 BGB mit einstweiligem Rechtsschutz dergestalt zu kombinieren, dass

---

<sup>925</sup> *Martiny* in Hdb. IZVR III/2, S. 54.

<sup>926</sup> *Geimer*, IZPR Rn. 1107a, 1122 scheint einen Schadensersatzanspruch gerichtet auf den Ausgleich des entstandenen Schaden bzw. Mehraufwand für nicht völlig ausgeschlossen zu halten, der jedoch nur in „extrem gelagerten“ Fällen zum Tragen kommen könne. *Laukemann*, IPRax 2014, 258, 263 bezeichnet die Haftungsansprüche gegen den Schuldner im Fall der Zuständigkeitserschleichung / missbräuchlicher Nicht-Information der Gläubiger im Insolvenzrecht als „unzureichend“.

<sup>927</sup> Der EuGH hat in seiner Entscheidung *Krombach* (Fn. 482) insofern wohl aus Sicht der Rechtsprechung Klarheit geschaffen.

<sup>928</sup> Vgl. z.B. *Schlosser/Hess*, EU-ZPR, Art. 45 Rn. 11, 37.

<sup>929</sup> Siehe auch oben, S. 65.

§ 826 BGB den Verfügungsanspruch für den einstweiligen Rechtsschutz liefert<sup>930</sup>. Das Rechtsschutzziel einer solchen Klage, bzw. eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, ist dabei das Verbot der sittenwidrigen Prozessführung<sup>931</sup>. Ähnliche Konstellationen sind zumindest in der Vergangenheit durchaus bereits Gegenstand von Entscheidungen gewesen<sup>932</sup>.

Im Europäischen Zivilverfahrensrecht hat sich diese theoretische Möglichkeit jedoch weitgehend mit der Entscheidung *Turner*<sup>933</sup> des EuGH erledigt. In der Entscheidung hat der EuGH sich - neben den bereits oben<sup>934</sup> dargestellten Fragen – zur Frage der Zulässigkeit von anti suit injunctions<sup>935</sup> geäußert. Diese sind ein Mittel, um bereits vor Klageerhebung gegen den zukünftigen Kläger derart vorzugehen, dass ihm die Klageerhebung in dem bestimmten Forum per einstweiliger Verfügung untersagt wird<sup>936</sup>. Der EuGH hat die Möglichkeit der anti suit injunctions als unvereinbar mit dem System des Europäischen Zuständigkeitsrechts angesehen.

Dieselben Prinzipien dürften zumindest aus Sicht des EuGH auch für die Möglichkeit der einstweiligen Verfügung, gestützt auf den Verfügungsanspruch des § 826 BGB<sup>937</sup>, gelten. Auch dieser Ansatz wäre nichts anderes als eine Umgehung des europäischen Zuständigkeitsystems und der vom EuGH hoch gehaltenen Wahlfreiheit zwischen den eröffneten Gerichtsständen.

### III. Defizite aller Schadensersatzansprüche

Ein gemeinsames Defizit aller oben dargestellten Schadensersatzansprüche ist die Rechtsfolge eines Schadensersatzanspruchs. Diese ist zwingend in die Vergangenheit gerichtet. Die Grundkonstellation eines Schadensersatzanspruchs

---

<sup>930</sup>Kritisch zu den anti-suit injunctions *der common law Staaten Nagel/Gottwald*, IZPR, § 6 Rn. 301 und zu den eingeschränkten Möglichkeiten im deutschen Recht *Nagel/Gottwald*, IZPR, § 6 Rfn. 305 f. Es wird ausdrücklich auf die Möglichkeit des Geldersatzes verwiesen.

<sup>931</sup>*Schütze*, Rechtsverfolgung Rn. 114.

<sup>932</sup>RGZ 157, 136 ff. Vgl. *Schütze*, Rechtsverfolgung Rn. 114.

<sup>933</sup>EuGH v. 27.04.2004, Rs. 159/02, Slg. 2004, I-3565, 3578 ff. (*Gregory Paul Turner./Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd und Changepoint SA*).

<sup>934</sup>Vgl. S. 37ff.

<sup>935</sup>Siehe *Nagel/Gottwald*, IZPR, § 6 Rn. 301 ff. zu antisuit injunctions und weiteren Mitteln gegen ausländische Verfahren.

<sup>936</sup>*Schütze*, Rechtsverfolgung Rn. 115 bezeichnet dabei deren Wert als gering, da die Entscheidung, in der die Prozessführung verboten ist, in der Regel in dem Staat, gegen den die anti suit injunction in Stellung gebracht wird, in der Regel nicht anerkennungsfähig ist.

<sup>937</sup>Vgl. *MükoZPO/Gottwald*, Art. 27 EuGVO Rn. 25; *Nagel/Gottwald*, IZPR, § 6 Rn. 307.

setzt bereits die Entstehung eines Schadens voraus. Gerade dieser Schaden ist von den Opfern, sprich den Gläubigern, häufig jedoch nicht zu schultern, sondern kann bereits verheerende Folgen nach sich ziehen. Ein Schadensersatzanspruch hindert die Anerkennung und ggf. Klauselerteilung und damit die Vollstreckung nicht<sup>938</sup>. Dabei können auch materielle Ansprüche, wie der Anspruch auf Freistellung, nicht in jedem Fall diese Folgen für den Gläubiger abfedern. Denn rein tatsächlich schützt ein Urteil, das auf Freistellung gerichtet ist, nicht vor der Inanspruchnahme durch eigene Gläubiger. Wenn nun aber der Titelschuldner alle Ansprüche gegen den Titelgläubiger wegen Rechtsmissbrauchs auf seine Kosten durchsetzen und ggf. vollstrecken lassen muss und gleichzeitig von seinen eigenen Gläubigern in Anspruch genommen wird, so kann dies ohne Weiteres zum Ruin vor allem mittelständischer Unternehmen führen.

Ein weiteres Problem der Schadensersatzansprüche ist der Nachweis des *konkreten Schadens*. Häufig wird es nur schwer möglich sein, den konkreten Schaden<sup>939</sup>, der – insbesondere durch eine Patentverletzung – entsteht, zu beziffern. Dabei ist insbesondere der Schaden in Form des entgangenen Gewinns aus verschiedenen Gründen in der Praxis nicht zu ersetzen<sup>940</sup>. Dabei ist gerade dieser entgangene Gewinn von großer wirtschaftlicher Bedeutung.

Ebenfalls als Methode der Schadensberechnung in den Fällen der Schutzrechtsverletzung steht die Lizenzanalogie zur Verfügung. Zwar ist es monetär nicht uninteressant, Schadensersatz im Wege der Lizenzanalogie<sup>941</sup> fordern zu können, dennoch ist diese Berechnung schon wegen des Regelrahmens der Lizenzsätze von 1 - 5 %<sup>942</sup> kein ädaquater Ersatz, vor allem in den Fällen, in denen rein tatsächlich für das verletzte Schutzrecht niemals eine Lizenz erteilt worden wäre, weil der Inhaber des Schutzrechts lukrativere Wege der Vermarktung als die Lizenzierung ins Auge gefasst hatte. Der zu erzielende Gewinn des Schutzrechtsinhabers bei der vom ihm selbst gewählten Verwertung kann dabei bei weitem die Marge überschreiten, die die Schadensberechnung in Form der Lizenzanalogie bietet.

---

<sup>938</sup> *Martiny* in Hdb. IZVR III/2, S. 54.

<sup>939</sup> Vgl. zur Schadensberechnung in Fällen der Verletzung von Immaterialgüterrechten *Goldmann*, WRP 2011, 950 ff. und *Köhler/Bornkamm*, UWG § 9 Rn. 1.36 ff.

<sup>940</sup> *Goldmann*, WRP 2011, 950, 952 ff.

<sup>941</sup> Dazu *Goldmann*, WRP 2011, 950, 954 ff.

<sup>942</sup> *Goldmann*, WRP 2011, 950, 955.

Auch die dritte Berechnungsmethode des Schadensersatzes in den Fällen der Schutzrechtsverletzung, die Herausgabe des Verletzergewinns, kann nicht alle Fälle der Verletzungen angemessen auffangen. Dabei kommt es auf den Verletzergewinn an, der gerade auf die Verletzungshandlung zurückzuführen ist<sup>943</sup>. Dies ist vor allem deswegen problematisch, da gerade bei Verletzungen von technischen Schutzrechten nicht selten ein großer Anteil, vielfach gar der größte Anteil, des konkret erzielten Gewinns *nicht* auf die Verletzung zurückzuführen<sup>944</sup> und damit in der Konsequenz auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Herausgabe des Verletzergewinns zu erstatten ist.

Es sind also in der Praxis durchaus Fälle denkbar, in denen keine der drei Methoden einen adäquaten Ersatz für die Verletzung bieten kann, abgesehen davon, dass die drei Berechnungsmethoden nur auf den Fall der Torpedokonstellation – also der Schutzrechtsverletzung - Anwendung finden.

Aus diesen Gründen ist es nicht interessengerecht, den von einem Rechtsmissbrauch Betroffenen allein auf Schadensersatzansprüche zu verweisen. In der Praxis ist das Ziel des Missbrauchenden häufig schon erreicht, wenn etwaige Schadensersatzansprüche greifen oder das schutzbedürftige Opfer des Rechtsmissbrauchs – sofern es eine Gesellschaft war - existiert bereits nicht mehr oder ist aus wirtschaftlichen Gründen nicht handlungsfähig.

#### G. Anwendung der Anerkennungsnormen unter Berücksichtigung des Zwecks der Verordnung

Als Lösungsansatz kommt die Anwendung der Anerkennungsnorm unter Berücksichtigung des Zwecks der entsprechenden Verordnung in Betracht. Diese Methode ist nichts anderes als die teleologische Auslegung der Anerkennungsnorm. Danach ist eine Norm dahingehend zu interpretieren, dass der Zweck der durch sie, bzw. die sie enthaltende Verordnung, verfolgt wird, bei der Interpretation in den Blick genommen und entsprechend berücksichtigt wird<sup>945</sup>. Ein

---

<sup>943</sup>BGH WRP 2006, 587, 589; 2009, 1129, 1134; Köhler/Bornkamm, UWG § 9 Rn. 1.46; Goldmann, WRP 2011, 950, 959 f.

<sup>944</sup>Köhler/Bornkamm, UWG § 9 Rn. 1.47; Goldmann, WRP 2011, 950, 959.

<sup>945</sup>Pechstein/Drechsler in Riesenhuber (Hrsg.) Methodenlehre, § 7 Rn. 28 für das Primärrecht; Riesenhuber in Riesenhuber (Hrsg.) Methodenlehre, § 10 Rn. 41, 35, 38.

weiterer Gesichtspunkt, der bei dieser Auslegungsmethode nach Rechtsprechung des EuGH<sup>946</sup> ebenfalls Berücksichtigung finden muss, sind die Vertragsziele der Union<sup>947</sup>, namentlich die Vereinheitlichung des Rechts, die Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen und die Herstellung, bzw. der Ausbau eines Binnenmarkts<sup>948</sup>. Dies soll die Funktionsweise der Union garantieren<sup>949</sup>. Im Zweifel ist nach diesen Grundsätzen eine integrationsfreundliche Interpretation der Norm zu präferieren<sup>950</sup>.

Als weiteres für den Untersuchungsgegenstand einschränkendes Merkmal der Auslegung ist der Grundsatz des *effet utile* zu beachten<sup>951</sup>. Dies bedeutet, dass das Regelungsziel einer Norm zum einen optimal, d.h. bestmöglich, erreicht werden soll<sup>952</sup>, zum anderen darf die Norm - als logische Konsequenz dieses Postulats - nicht ihres Anwendungsbereichs, ihrer praktischen Wirksamkeit, beraubt werden<sup>953</sup>.

Für die Anerkennungsnormen bedeutet dies, dass die Vereinfachung der Anerkennung nicht durch eine zu ausufernde Berücksichtigung des Grundsatzes des Rechtsmissbrauchs konterkariert werden darf.

Dabei muss man in dem hier interessierenden Bereich des Zivilprozessrechts<sup>954</sup>, genauso wie im Privatrecht, berücksichtigen, dass es hauptsächlich darum geht, die Beziehung zwischen Gleichrangigen zu regeln und deren Interessen auszugleichen<sup>955</sup>. Eine Überbetonung der Interessen *einer* Partei - hier Anerkennungsschuldner oder Anerkennungsgläubiger - ist zu vermeiden<sup>956</sup>. Vielmehr ist der Regelungszweck der Norm unter Berücksichtigung der Wer-

---

<sup>946</sup>EuGH v. 06.10.1982, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415, 3430 (*S.r.L. C.I.L.F.I.T. und Lanificio di Gavardo SpA ./ Ministero della sanità*) Rn. 20.

<sup>947</sup>*Pechstein/Drechsler* in Riesenhuber (Hrsg.) Methodenlehre, § 7 Rn. 28; *Riesenhuber* in Riesenhuber (Hrsg.) Methodenlehre, § 10 Rn. 44.

<sup>948</sup>*Pechstein/Drechsler* in Riesenhuber (Hrsg.) Methodenlehre, § 7 Rn. 28, *Riesenhuber* in Riesenhuber (Hrsg.) Methodenlehre, § 10 Rn. 44.

<sup>949</sup>*Pechstein/Drechsler* in Riesenhuber (Hrsg.) Methodenlehre, § 7 Rn. 27.

<sup>950</sup>*Riesenhuber* in Riesenhuber (Hrsg.) Methodenlehre, § 10 Rn. 44.

<sup>951</sup>*Riesenhuber* in Riesenhuber (Hrsg.) Methodenlehre, § 10 Rn. 45.

<sup>952</sup>*Riesenhuber* in Riesenhuber (Hrsg.) Methodenlehre, § 10 Rn. 45.

<sup>953</sup>*Riesenhuber* in Riesenhuber (Hrsg.) Methodenlehre, § 10 Rn. 45.

<sup>954</sup>Zu Durchsetzung subjektiver Privatrechte als Hauptaufgabe des Zivilprozessrechts siehe *Jauernig/Hess*, ZPR, § 1 Rn. 7.

<sup>955</sup>*Riesenhuber* in Riesenhuber (Hrsg.) Methodenlehre, § 10 Rn. 45.

<sup>956</sup>Vgl. *Riesenhuber* in Riesenhuber (Hrsg.) Methodenlehre, § 11 Rn. 45.



tungen und Gewichtungen, die der Normgeber den gegenläufigen Interessen der Parteien beigemessen hat, sorgfältig zu bestimmen<sup>957</sup>.

### I. Zuständigkeitserschleichung

Für das Problem der Gesetzesumgehung wird vertreten, dieses einer Lösung zu zuführen, indem eine Auslegung nach dem telos der Norm vorgenommen wird<sup>958</sup>.

Teilweise wird dazu vertreten, ein eigenes Phänomen „Gesetzesumgehung“ existiere nicht, die Lösung der beschriebenen Fallgestaltungen sei immer über die vorrangig zu bestimmende – „richtige“ - Auslegung der Norm zu suchen<sup>959</sup>.

Dabei ist bei der Anerkennung der erschlichenen Zuständigkeit zu beachten, dass zwei Normen in Betracht kommen, die teleologisch reduziert werden könnten. Zuerst ist an die Zuständigkeitsnorm zu denken. Diese anzuwenden und ggf. auszulegen ist Sache des erkennenden Erstgerichts. Einer Kontrolle auf Ebene des anerkennenden Gerichts im Hinblick auf die *korrekte* Anwendung und Auslegung der Zuständigkeitsnorm stehen zwei Grundsätze entgegen. Dies ist einmal das grundsätzliche Verbot der Überprüfung der Zuständigkeit durch die Zweitgerichte<sup>960</sup> sowie das (allgemeinere) Verbot der *révision au fond*<sup>961</sup>. Die Zuständigkeitsnormen, also Art. 3 EuInsVO, bzw. Art. 4 ff. Brüssel Ia-VO, anzuwenden ist allein Sache der erkennenden Gerichte. Fehler bei der Anwendung sind im Rechtsweg des jeweiligen Mitgliedsstaats des Erstgerichts und nicht bei der Anerkennung zu korrigieren.

Vor allem das systematische Argument, dass die Anwendung der Zuständigkeitsnormen die alleinige Angelegenheit des Erstgerichts ist, führt dazu, dass die teleologische Reduktion auch dem Erstgericht vorbehalten bleibt.

---

<sup>957</sup> *Riesenhuber* in *Riesenhuber* (Hrsg.) *Methodenlehre*, § 11 Rn. 45.

<sup>958</sup> *Schack*, *IZVR* Rn. 557; *Benecke*, S. 331 ff.; *v.Lackum*, S. 307; *Schick*, S. 46, auch *Reinhart*, *NZI* 2012, 304, 306 sieht darin wohl einen möglichen Lösungsansatz.

<sup>959</sup> *Stein/Jonas/Roth*, vor § 12 Rn. 42; *Flume*, *BGB AT*, S. 350; *Teichmann*, *JZ* 2003, 761, 765. Vgl. dazu auch oben, S. 46 m.w.N.

<sup>960</sup> Vgl. oben, S. 65 ff.

<sup>961</sup> Vgl. z.B. Art. 52 Brüssel Ia-VO, der jedoch nicht das Eingreifen in besonders krassen Fällen verhindern soll, vgl. *Thomas/Putzo/Hüßtege*, *ZPO*, Art. 52 *EuGVVO*.



Daraus folgt, dass die Norm, die ggf. zur Lösung des Problems Zuständigkeitserschleichung auf *Ebene des Zweitstaats* teleologisch reduziert werden muss, nur die jeweilige Anerkennungsnorm sein kann. Dabei bedeutet das Vorstehende jedoch nicht, dass dadurch die Lösung für das Problem der Zuständigkeitserschleichung zwingend auf Ebene des Zweitstaats, also durch wie auch immer geartete Nichtanerkennung der Entscheidung des Erstgerichts, zu lösen ist. Die Ebene des erststaatlichen Gerichts ist grundsätzlich zur Lösung des Problems geeignet, z.B. durch teleologische Reduktion der Zuständigkeitsnorm. Sollte eine solche Lösung auf Ebene des Erststaats tatsächlich, insbesondere durch die Würdigung der dem Erstgericht bekannten Umstände, möglich sein, so ist diese sogar einer Lösung auf Ebene der Anerkennung vorzuziehen. Denn bei einer Lösung (nur) auf Ebene der Anerkennung, also insbesondere durch Nichtanerkennung, bliebe zumindest immer die ursprüngliche Entscheidung im Erststaat bestehen. Dies führt zu einer Zersplitterung der Rechtslage in den Mitgliedsstaaten. Im Ursprungsstaat entfaltet die Entscheidung Rechtswirkungen, in den anderen Mitgliedsstaaten, die diese Entscheidung anerkennen sollen, jedoch nicht. Trotz dieser Vorteile, die das Vorgehen gegen die Zuständigkeitserschleichung im Erststaat bietet, bleibt dennoch ein Bedürfnis, gegen Zuständigkeitserschleichung im Zweitstaat vorzugehen<sup>962</sup>.

### 1. Zwecke der Verordnungen

Die Zwecke der europäischen Verordnungen ergeben sich dabei insbesondere aus den jeweiligen Erwägungsgründen<sup>963</sup>. Dabei kann jedoch festgehalten werden, dass die hinter den Verordnungen stehenden Grundgedanken mit den bereits dargestellten Interessen<sup>964</sup> der Europäischen Union korrespondieren. Zu nennen ist dabei insbesondere die Verfahrenserleichterung, die damit einhergehende Förderung des Binnenmarkts.

---

<sup>962</sup> Vgl. *Schütze*, Rechtsverfolgung, Rn. 111, der darauf hinweist, dass bei den Gerichten die Tendenz vorherrscht, die eigene Zuständigkeit anzunehmen, das Verfahren im Zweifel also an sich zu ziehen. Vgl. zu den Gründen, Rechtsmissbrauch auch auf Ebene des Zweitstaates zu bekämpfen, S. 82 ff.

<sup>963</sup> *Riesenhuber* in *Riesenhuber* (Hrsg.) *Methodenlehre*, § 11 Rn. 38, 35. Vgl. auch *Wagner*, IPRax 2014, 217, 221 zur Bedeutung der Erwägungsgründe gerade im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen. *Hess*, IPRax 2006, 348, 354 weist ebenfalls auf die große praktische Bedeutung hin, aber auch darauf, dass die Erwägungsgründe nicht immer vollständig dogmatisch durchdrungen sind.

<sup>964</sup> Vgl. dazu S. 67 ff.

In der EuInsVO hat sich der Verordnungsgeber in Erwägungsgrund vier selbst der Vermeidung des „forum shopping“ verschrieben. Dabei versteht der Verordnungsgeber wohl „forum shopping“ wie die hier verwendeten Begriffe „Zuständigkeitserschleichung“, bzw. „Gesetzesumgehung“, wenn er als Beispiele Verlagerung von Vermögen oder Rechtsstreitigkeiten nennt. Selbst wenn dies anders wäre und der Begriff sich mit dem ansonsten hier verwendeten Begriff des forum shopping decken würde und somit nach den oben gezeigten Grundsätzen zwar kein Fall des Rechtsmissbrauchs vorläge, weil beim forum shopping nur die eröffneten Wahlmöglichkeiten genutzt werden<sup>965</sup>, ergebe sich nichts Anderes für die Argumentation. Selbst wenn man dem letztgenannten Verständnis von forum shopping folgte, könnte die Erwähnung des forum shopping zumindest als Anhaltspunkt für ein argumentum a minore ad maius dienen. Denn wenn mit der EuInsVO schon das forum shopping bekämpft werden soll, wie viel dringlicher muss dann dessen „Steigerung“ - nämlich das rechtsmissbräuchliche Schaffen von Anknüpfungsmomenten im Bewusstsein der Schädigung oder gar in Schädigungsabsicht - verhindert werden können.

Der durch die Erwägungsgründe transportierte telos der EuInsVO bietet also durchaus Anhaltspunkte dafür, gegen den Rechtsmissbrauch im Wege einer teleologischen Auslegung vorgehen zu können.

## 2. Verhältnis zum ordre public-Vorbehalt

Der eben beschriebene an sich gangbare Weg begegnet jedoch zumindest in den Verordnungen Bedenken, in denen ein ordre public-Vorbehalt vorgesehen ist.

Denn so verlockend es auch sein mag, zunächst die Anerkennungsnorm – z.B. Art. 16 EuInsVO<sup>966</sup> oder Art. 36 Brüssel Ia-VO - nach dem Sinn und Zweck der jeweiligen Verordnungen auszulegen, ändert dies nichts daran, dass das Grundkonzept der Verordnungen im Europäischen Zivilprozessrecht das der automatischen Anerkennung ist. Das Vehikel, um etwaige Bedenken gegen eine Anerkennung zu transportieren, ist de lege lata *allein* der ordre public-Vorbehalt. Dessen Anwendung geht einer Auslegung der Anerkennungsnorm

---

<sup>965</sup>Vgl. dazu S. 45 ff.

<sup>966</sup>Dafür wohl Rauscher/Mäsch, EuZPR, Art. 26 EG-InsVO Rn. 20 insbesondere Fn. 39.

nach Sinn und Zweck vor. Wäre das anders, würde dies zu einer doppelten Kontrolle führen, bzw. der *ordre public* würde ohne Anwendungsbereich bleiben, weil die Kontrolle, ob eine Entscheidung anzuerkennen ist oder nicht, bereits logisch vorgelagert bei der Auslegung der Anerkennungsnorm stattzufinden hätte. Die *ordre public*-Kontrolle greift erst dann ein, wenn die Anwendung der Anerkennungsnorm zu dem Ergebnis kommt, dass grundsätzlich eine Anerkennung statt findet. Erst dann greift die Ausnahme zu dem grundsätzlichen Gebot der Anerkennung in Form des *ordre public*-Vorbehalts.

Aus den eben genannten Gründen ist es nicht möglich der Problematik, die Gegenstand der Untersuchung ist, durch die Anwendung der Grundsätze, die die h.M. für die Gesetzesumgehung bereithält, zu begegnen.

## II. Prozessbetrug

Die Bedenken gegen die Lösung der Konstellation der Zuständigkeitserschleichung<sup>967</sup> über die teleologische Auslegung gelten auch für den Fall des Prozessbetrugs, sodass nach der hier vertretenen Auffassung dieser Lösungsweg ebenso ausscheidet wie im Fall der Zuständigkeitserschleichung.

## III. Torpedoproblematik

Wohl als Lösungsweg über eine teleologische Auslegung zu bezeichnen, ist der Vorschlag einiger Stimmen in der Literatur<sup>968</sup>, in den Fällen, in denen eine Prozessverschleppung vorliegt, die Blockadewirkung des Art. 29 Brüssel Ia-VO entfallen zu lassen. Das Zweitgericht brauche die Rechtshängigkeit nicht mehr zu beachten, wenn die Dauer des erstgerichtlichen Verfahrens ein Maß überschreite, das wegen Art. 6 EMRK nicht mehr toleriert werden könne.<sup>969</sup> Dies folge bereits aus dem Justizgewährungsanspruch gegen das Zweitgericht.<sup>970</sup> Tatbestandsvoraussetzungen für den Wegfall der Blockade seien, dass die betroffene Partei die übermäßig lange Verfahrensdauer nicht zu vertreten

---

<sup>967</sup>Siehe oben, S. 152.

<sup>968</sup>Geimer/Schütze, EuZVR Art. 37 EuGVVO Rn. 58; Rauscher/Leible, EuZPR, Art. 29 Brüssel Ia-VO Rn. 35; Schlosser/Hess, Eu-ZPR Art. 29 EuGVVO Rn. 11 f.; Zöller/Geimer, ZPO, Art. 29 EuGVVO Rn. 33; Schmehl, S. 368 ff.; wohl auch Tilmann/v. Falck, GRUR 2000, 579, 584.

<sup>969</sup>Rauscher/Leible, EuZPR, Art. 29 Brüssel Ia-VO Rn. 35; Schlosser/Hess, Eu-ZPR Art. 29 EuGVVO Rn. 12.

<sup>970</sup>Schlosser/Hess, Eu-ZPR Art. 29 EuGVVO Rn. 11.

habe<sup>971</sup>. Liegen diese Tatbestandsvoraussetzungen vor, soll die Blockadewirkung des Art. 29 Brüssel Ia-VO entfallen und der Weg zu einer Sachentscheidung des später angerufenen Gerichts frei sein<sup>972</sup>.

Gegen diese teleologische Reduktion des Art. 29 Brüssel Ia-VO sprechen mehrere Gründe: Zunächst ist eine solche Einschränkung des Zuständigkeitssystems der Rechtssicherheit abträglich. Dies ist zwar ein berechtigter, jedoch ein schwacher Einwand. Dem kann entgegengehalten werden, dass die Rechtssicherheit in den Konstellationen des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens hinter der Einzelfallgerechtigkeit zurückzutreten habe.

Schwerer wiegen anderere – faktische – Einwände: Erstens lässt sich die Rechtsmissbräuchlichkeit – die sich in der Regel aus der Ausnutzung der überlangen Verfahrensdauer ergibt - häufig erst ex post feststellen<sup>973</sup>. Dies allein ist jedoch ebenfalls kein ausreichendes Argument gegen die Vorgehensweise. Denn möglich ist auch, den Rechtsmissbrauchseinwand bei der Auslegung erst dann zu berücksichtigen, wenn das Verfahren der negativen Feststellungsklage eine gewisse Dauer überschritten hat oder wenn andere Umstände vorliegen, die unabhängig, von der Dauer des Verfahrens, einen Rechtsmissbrauch begründen. Methodisch würde dies im ersten Fall das zugegebenermaßen seltsame Ergebnis zur Folge haben, dass sich das Ergebnis der Auslegung einer Norm im Laufe eines (Erst-) Verfahrens ändert. Weiterhin würde bei dieser Änderung der Auslegung die Frage entstehen, ob sich der Rechtsmissbrauch „automatisch“ nach einer gewissen Weile einstellt oder ob weitere (Zweit-) Verfahren durchgeführt werden müssen, um gerichtlich feststellen zu lassen, ob Rechtsmissbrauch vorliegt. Diese zeitliche Komponente ist jedoch kein unüberwindbares Hindernis<sup>974</sup>. Denn der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung, ob Rechtsmissbrauch vorliegt, ist, wie bei den weiteren Voraussetzungen der Begründetheit der Klage, in der Regel der Zeitpunkt der (letzten) mündli-

---

<sup>971</sup>Geimer/Schütze, EuZVR Art. 27 EuGVVO Rn. 58, Zöllet/Geimer, ZPO, Art. 29 EuGVVO Rn. 33.

<sup>972</sup>Geimer/Schütze, EuZVR Art. 27 EuGVVO Rn. 58.

<sup>973</sup>Tilmann/v.Falck, GRUR 2000, 579, 584.

<sup>974</sup>Bereits jetzt wird die Unzulässigkeit der Rechtsausübung als „nicht unabänderlich bezeichnet“, PWW/Schmidt-Kessel, § 242 Rn. 32.

chen Verhandlung<sup>975</sup>. Es kommt also darauf an, ob das Recht genau zu diesem Zeitpunkt in missbräuchlicher Weise geltend gemacht wird.

Zweitens hat der EuGH schlicht anders entschieden<sup>976</sup>. Da es sich bei den in Rede stehenden Normen der Anerkennung sämtlich um solche des europäischen Gesetzgebers handelt, hat der EuGH die Auslegungsbefugnis<sup>977</sup>. Der EuGH hat also die EuGVO (alt), unter Berücksichtigung des Zwecks der Verordnung, derart interpretiert, dass der Rechtssicherheit Vorrang vor der Einzelfallgerechtigkeit zu gewähren ist. Dass also diese vom EuGH gefundene Auslegung des Art. 27 EuGVO alt / Art. 29 Brüssel Ia-VO ohne Weiteres verändert werden wird, ist nicht wahrscheinlich. Dem telos des Art. 29 Brüssel Ia-VO wird man also – jedenfalls nach Ansicht des insofern maßgeblichen EuGH – nicht gerecht<sup>978</sup>, wenn man die Problematik der Torpedoklagen durch entsprechende teleologische Reduktion bekämpfen will. Da die entsprechenden Argumente, die seitens der Regierung Großbritanniens<sup>979</sup> bereits in dem Verfahren *Gasser* vorgebracht wurden, vom EuGH nicht einmal ernsthaft diskutiert wurden<sup>980</sup>, kann davon ausgegangen werden, dass der EuGH nur durch Impulse der Literatur seine Ansicht nicht verändern wird.

Somit ist dem grundsätzlich diskussionswürdigen Ansatz der Lösung über die teleologische Reduktion rein tatsächlich der Boden entzogen.

#### IV. Ergebnis

Damit ist die teleologische Auslegung allenfalls ein Lösungsweg für die Fallgruppe der Torpedoproblematik, nicht jedoch für die beiden anderen untersuch-

---

<sup>975</sup>PWW/*Schmidt-Kessel*, § 242 Rn. 32.

<sup>976</sup>Vgl. z.B. EuGH v. 09.12.2003, Rs. C-116/02, Slg. 2003, I-14693, 14721 ff. (*Erich Gasser GmbH./MISAT Srl.*). A.A. zu der Frage, inwiefern die Entscheidung *Gasser* bereits als abschließend herangezogen werden darf, *Schmehl*, S. 372 f.

<sup>977</sup>Vgl. Art. 267 AEUV. Auch wenn die Bindungswirkung der Urteile des EuGH für andere Verfahren strittig ist, vgl. *Streinz/Ehricke*, EUV/AEUV, Art. 267 AEUV Rn. 69 und 72 m.w.N., lässt sich festhalten, dass zumindest die letztinstanzlichen Gerichte eines Mitgliedsstaates der Rechtsprechung des EuGH folgen werden, um erneute Vorlageverfahren zu verhindern und die Untergerichte der Rechtsprechung in der Regel folgen werden, um Berufungs- oder Revisionsgründe zu vermeiden, *Streinz/Ehricke*, EUV/AEUV, Art. 267 AEUV Rn. 72.

<sup>978</sup>Dabei ist die Verhinderung des Rechtsmissbrauchs bzw. des Forum Shopping sowohl in Erwägungsgrund 6 des EuGVO (alt) als auch in Erwägungsgrund 22 Brüssel Ia-VO ausdrücklich genannt.

<sup>979</sup>Und immerhin vom Generalanwalt geteilt wurden, vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Léger in der Sache EuGH v. 09.12.2003, Rs. C-116/02, Slg. 2003, I-14693, 14720 sowie die Begründung 14707 ff. (*Erich Gasser GmbH./MISAT Srl.*).

<sup>980</sup>Im Urteil ist die Stellungnahme erwähnt, aber nur sehr kurz in Rn. 53 verarbeitet.

ten Fallgruppen und damit kein allgemeiner Weg, um Rechtsmissbrauch bekämpfen zu können.

#### H. Schutz über die Möglichkeiten der Anordnung einer Sicherheitsleistung

Ein möglicher Ansatz zur Lösung der oben genannten Probleme des Rechtsmissbrauchs könnte durch die eröffneten Möglichkeiten der Einforderung einer Sicherheitsleistung sein.

Gem. Art. 39 Brüssel Ia-VO findet eine Prüfung der anzuerkennenden, bzw. zu vollstreckenden, Entscheidung nicht statt. Die Prüfung der Einwendungen des Art. 45 Brüssel Ia-VO findet erst auf Antrag (Art. 46 Brüssel Ia-VO) nach Einlegung des Rechtsbehelfs<sup>981</sup> nach Art. 46 f. Brüssel Ia-VO, also erst in zweiter, bzw. dritter<sup>982</sup>, Instanz, statt. Dabei entfalten weder der Rechtsbehelf in zweiter Instanz, die Beschwerde, noch in dritter Instanz, die Rechtsbeschwerde, einen Suspensiveffekt<sup>983</sup>. Die Entscheidung, die vollstreckbar erklärt wurde, bleibt dies also während der gesamten Verfahrensdauer. Also bleibt auch eine mit dem Makel des Rechtsmissbrauchs versehene Entscheidung vollstreckbar.

Zwar hat das Gericht die Möglichkeit das Vollstreckungsverfahren gem. Art. 44 Abs. 1 lit. c) Brüssel Ia-VO oder das Verfahren gemäß Art. 46 Brüssel Ia-VO gemäß Art. 51 Brüssel Ia-VO auszusetzen oder gem. Art. 44 Abs. 13 lit b) Brüssel Ia-VO die Sicherheitsleistung anzuordnen. Die Möglichkeiten der Art. 44 und 51 Brüssel Ia-VO dienen jedoch nur dem Schutz des Schuldners bei *vorläufig vollstreckbaren* Entscheidungen<sup>984</sup>. Schon diese Vorgabe schränkt den Anwendungsbereich der Vorschrift stark ein.

---

<sup>981</sup>Ein Devolutiveffekt ist nicht in allen Mitgliedsstaaten vorgesehen, wird aber auch nicht von der Brüssel Ia-VO verlangt. vgl. Rauscher/*Mankowski*, EuZPR, Art. 47 Brüssel Ia-VO, Rn. 11. Auch ein Suspensiveffekt folgt nicht aus der Brüssel Ia-VO, er kann sich jedoch ergeben, wenn ein solcher in den nationalen Verfahrensvorschriften vorgesehen ist, vgl. Rauscher/*Mankowski*, EuZPR Art. 49 Brüssel Ia-VO, Rn. 13.

<sup>982</sup>Gem. Art. 49 Brüssel Ia-VO ist ein weiterer Rechtsbehelf nach Anhang III, in Deutschland die Rechtsbeschwerde gem. § 1115 Abs. 5 S. 3 ZPO, §§ 574 – 577 ZPO zulässig. Siehe Rauscher/*Mankowski*, EuZPR Art. 49 Brüssel Ia-VO, Rn. 18 ff.

<sup>983</sup>Rauscher/*Mankowski*, EuZPR, Art. 43 Brüssel I-VO Rn. 2; Rauscher/*Mankowski*, EuZPR, Art. 44 50 Brüssel Ia-VO Rn. 1.

<sup>984</sup>*Schlösser/Hess*, Eu-ZPR Art. 51 EuGVVO Rn. 1.

Verliert die Entscheidung den Charakter der vorläufigen Vollstreckbarkeit, sind die Aussetzung und die Anordnung der Sicherheitsleistung aufzuheben<sup>985</sup>. Weitere Maßnahmen gem. Art. 44 oder Art 51 Brüssel Ia-VO sind nicht mehr zulässig.

Den Maßnahmen des Art. 44 Brüssel Ia-VO ebenso wie denen des Art. 51 Brüssel Ia-VO wohnt also der Charakter des Vorläufigen inne. Die endgültige Herstellung eines Zustands ist nur insofern von den Zielen, die mit der Norm verfolgt werden, gedeckt, als dass es um die Verhinderung des endgültigen Schadenseintritts aufgrund der Vollstreckung aus mit Rechtsbehelfen angreifbaren, d.h. vorläufigen, Entscheidungen geht.

Art. 51 Brüssel Ia-VO gewährt dem Gericht zwar anders als Art. 46 EuGVO (a.F.) nicht mehr ausdrücklich die Möglichkeit die Aussetzung von einer Sicherheitsleistung des Schuldners abhängig zu machen, diese Möglichkeit besteht aber gerade unter Gläubigerschutzgesichtspunkten, da die Aussetzung gegenüber der Anordnung einer Sicherheitsleistung die weniger einschneidende Maßnahme ist, gleichwohl immer noch<sup>986</sup>.

Zwar ist dieses System der Möglichkeit der Anordnung der Sicherheitsleistungen für beide Seiten ein fein austariertes und flexibles Instrument, um die Interessen beider Seiten bestmöglich schützen zu können. So ist beiden Seiten damit gedient, wenn etwaige Schadensersatzansprüche – in der Praxis meist durch die Gestellung von Bankbürgschaften – abgesichert werden.

Dieses System ist jedoch nicht darauf angelegt, dauerhafte Rechtssicherheit zu schaffen. Insofern kann die Möglichkeit der Anordnung von Sicherheitsleistungen die Bekämpfung von Rechtsmissbrauchsabwehrinstrumenten nur ergänzen, nicht ersetzen.

Die Möglichkeit der Anordnung von Sicherheitsleistungen genügt damit nicht den Anforderungen, die an ein wirksames Instrument zur Verhinderung des Rechtsmissbrauchs gestellt werden.

---

<sup>985</sup>Rauscher/*Mankowski*, EuZPR, Art. 51 Brüssel Ia-VO Rn. 16.

<sup>986</sup>Rauscher/*Mankowski*, EuZPR, Art. 51 Brüssel Ia-VO Rn. 19 ff.



### I. Bewertung der Lösungsansätze de lege lata

Die oben angestellte Untersuchung hat gezeigt, dass es derzeit de lege lata kein probates Mittel gibt, um dem Problem des Rechtsmissbrauchs in allen Erscheinungsformen<sup>987</sup> Herr zu werden. Das am ehesten geeignet erscheinende Mittel, der ordre public-Vorbehalt, wird aus politischen Gründen wohl weiter zurückgedrängt werden<sup>988</sup>. Zudem ist der ordre public-Vorbehalt in der Fallgruppe der Zuständigkeitserschleichung nicht geeignet, das mit dieser Fallgruppe verbundene Problem einer Lösung zuzuführen.

Gleichzeitig bleibt - wie ebenfalls oben bereits gezeigt - ein Bedürfnis für die Bekämpfung des Rechtsmissbrauchs bestehen<sup>989</sup>.

## **5. Kapitel Lösungsansätze de lege ferenda**

Im Folgenden werden einzelne Lösungsansätze de lege ferenda untersucht, die in der Literatur für die einzelnen Konstellationen vorgeschlagen wurden. Dabei liegt der Schwerpunkt der Untersuchung darauf, ob sich aus den Vorschlägen Lösungen auch für die jeweils anderen Konstellationen, also allgemeine Lösungen, ableiten lassen oder ob die Ansätze (allenfalls) die Einzelkonstellationen einer Lösung zuführen können.

### A. Einführung einer Verweisungsnorm

Als Lösungsansatz (ausschließlich) für die Konstellation der Zuständigkeitserschleichung kommt die Einführung einer Verweisungsnorm in den entsprechenden Europäischen Verordnungen in Betracht. Diese könnte Kompetenzkonflikte vermeiden.

Das Instrument der Verweisung – meist auf Antrag des Klägers – ist in den meisten europäischen Rechtsordnungen für innerstaatliche Fälle<sup>990</sup> vorhanden<sup>991</sup>.

---

<sup>987</sup>Nicht den untersuchten und erst recht nicht anderen, zwar ebenfalls denkbaren, jedoch nicht untersuchten.

<sup>988</sup>Vgl. oben, S. 110 ff.

<sup>989</sup>Vgl. oben, S. 86 f.

<sup>990</sup>Vgl. z.B. in Deutschland § 281 ZPO, in Österreich § 261 Abs. 6 öZPO.

<sup>991</sup>McGuire, ZfRV 2005, 82, 84.



Problematisch bei diesem Ansatz ist, dass die Einführung einer Verweisungsnorm allenfalls die Probleme der Torpedoklagen lösen kann.

Sie eignet sich nicht für den Fall des Prozessbetrugs, da diese Konstellation nicht daran krankt, welches Gericht als erst- oder zweitstaatliches Gericht angerufen wurde, sondern daran, dass das erststaatliche Gericht wegen Manipulation nicht in Einklang mit der materiellen Rechtslage entscheiden konnte. Dieses Problem kann nicht gelöst werden, indem lediglich ein anderes Gericht qua Verweisung für zuständig erklärt wird.

Obwohl es bei dem Fall der Zuständigkeitserschleichung um eine Konstellation geht, die zumindest eine gewisse Nähe zur fehlerhaften Zuständigkeit aufweist, schließlich geht es um Zuständigkeitsfragen, ist aber auch in dieser Konstellation die Verweisung kein taugliches Mittel zur Lösung. Denn es geht in den Fällen, die hier als rechtsmissbräuchlich eingestuft werden, nicht darum, dass die Tatbestandsmerkmale einer Zuständigkeitsnorm *nicht* vorliegen und daher an ein zuständiges Gericht verwiesen werden kann. Die hier als rechtsmissbräuchlich eingestuften Konstellationen sind solche, in denen die Tatbestandsmerkmale der Zuständigkeitsnorm gerade erfüllt sind. Zwar ist der Sachverhalt in vorwerfbarer Weise geschaffen worden. Der Tatbestand der Zuständigkeitsnorm ist aber erfüllt. Die Zuständigkeitsnorm dennoch nicht anzuwenden, bzw. die Anwendung der Zuständigkeitsnorm nicht anzuerkennen, bedarf anderer Mittel als die der Verweisung wegen Unzuständigkeit. Denn es kann nicht die Lösung sein, von einem grundsätzlich zuständigen Gericht an ein anderes ebenfalls zuständiges Gericht zu verweisen. Zudem wird die Verweisung von dem ursprünglich angerufenen Gericht, hier also dem Gericht des Erststaats und zwar vor der Verhandlung in der Sache selbst, ausgesprochen. Abgesehen davon, dass es also nicht um die Ebene des Anerkennungsstaats geht, hat sich das Problem der Zuständigkeitserschleichung dann erledigt, wenn das Gericht eine Verweisung wegen Unzuständigkeit aussprechen würde. Denn dann liegt eine Erschleichung nicht mehr vor. Das Problem der Zuständigkeitserschleichung stellt sich nur dann, wenn sich das Erstgericht für zuständig hält.

## B. Période suspecte

Diskussionswürdig ist als Abwehr für das Problem der Zuständigkeitserschleichung die Einführung einer sog. *période suspecte*. Dieses Konzept sieht vor, dass COMI-Verlagerungen, die innerhalb eines festgelegten Zeitraums<sup>992</sup> vor Insolvenzantragstellung vorgenommen wurden, nicht zu berücksichtigen sind. Eine in diesem Zeitraum vorgenommene COMI-Verlagerung ist nach diesem Ansatz *automatisch*, also ohne das Hinzutreten weiterer Umstände, rechtsmissbräuchlich und daher nicht anzuerkennen.

Aus diesem Grund ist die in der Neufassung der EuInsVO 2017 vorgesehene Erweiterung des Art. 3 Abs. 1 um die Unterabsätze 2 – 4, in denen eine COMI-Verlagerung innerhalb einer Frist von drei (bei Gesellschaften und Gewerbetreibenden) bzw. sechs Monaten (insbesondere bei Privatpersonen) die Vermutungswirkung beseitigt gerade keine *période suspecte*, sondern eine Beweislastregel<sup>993</sup>.

Ein vergleichbares Konzept schlägt *Weller* vor, wenn er die Sitzverlegung einer Gesellschaft nach Insolvenzreife für unbeachtlich im Hinblick auf die internationale Zuständigkeit hält<sup>994</sup>.

Die Vorteile einer solchen *période suspecte* liegen auf der Hand. Sie ist zunächst leicht handhabbar. Zudem verschafft sie den Gläubigern einen Vorteil, indem sie einen gewissen „Warneffekt“ im Fall der Sitzverlegung entfaltet. Im Fall der Sitzverlegung verschlechterte sich die rechtliche Position der Gläubiger nicht, da eine innerhalb der Frist vorgenommene Verlegung keine Wirkung entfaltet. Die Gläubiger könnten – in den Grenzen des geltenden Rechts<sup>995</sup> – entscheiden, ob sie z.B. laufende Geschäftsbeziehungen auf andere Grundlagen stellen, insbesondere, ob zusätzliche oder andere vertragliche oder dingliche Sicherungsmechanismen notwendig sind, um der Gefahr einer Insolvenz im Ausland mit einem – meist – unbekanntem Insolvenzstatut und –Verfahren zu

---

<sup>992</sup>Z.B. sechs Monate nach Art. 6 ff. des Entwurfs des Konkursübereinkommens der EG-Staaten von 1980, abgedruckt in ZIP 1980, 582 ff. Vgl. *Klockenbrink*, S. 99 dazu, dass die Regelungen des Entwurfs dennoch das forum shopping nicht hätten verhindern können.

<sup>993</sup>Vgl. zu deren Auswirkungen *Rauscher/Mäsch*, EuZPR Art. 3 EG-InsVO Rn. 13 ff.

<sup>994</sup>*Weller*, IPrax 2004, 412, 417.

<sup>995</sup>Insbesondere in den Grenzen des Anfechtungsrechts, das nachträgliche Sicherungen nur in engen Grenzen zulässt, da diese als inkongruente Deckung eingeordnet werden können.

begegnen. Der Vorteil läge also vor allem darin, dass (zumindest aufmerksame) Gläubiger nicht mit der Sitzverlegung und fast *gleichzeitigen* Insolvenzantragsstellung überrascht werden könnten, da eine (*insolvenz-*)*rechtliche Wirkungen* entfaltende Sitzverlegung immer zumindest in gehörigem zeitlichem Abstand vor der Stellung des Insolvenzantrags vorgenommen werden müsste.

Die Nachteile einer solchen Regelung liegen darin, dass die Wahl der Dauer der *période suspecte* willkürlich ist<sup>996</sup>. Es gibt keinen Erfahrungssatz, dass eine kurz vor Insolvenzeröffnung vorgenommene Sitzverlagerung „automatisch“ rechtsmissbräuchlich ist. Ein solcher Erfahrungssatz ließe sich mit den oben dargestellten Rahmenbedingungen, die die Europäische Union aufstellt, auch schwer vereinbaren. Denn der Generalverdacht des Rechtsmissbrauchs alleine wegen einer Sitzverlegung und (kurzfristig) anschließender Insolvenzantragsstellung würde die Niederlassungsfreiheit beschränken und wäre Rechtfertigungsbedürftig.

Nur der im *Einzelfall nachgewiesene* Fall der Zuständigkeitserschleichung darf als rechtsmissbräuchlich behandelt werden<sup>997</sup>.

Die Aspekte, die gegen die Einführung der *période suspecte* sprechen, hindern jedoch nicht daran, sich die Vorteile einer Frist derart zu nutze zu machen, dass eine Sitzverlegung innerhalb einer festgelegten Frist eine Indizwirkung<sup>998</sup> für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs entfalten kann<sup>999</sup>. Der Unterschied bei Nutzbarmachung der Frist zu der Einführung einer *période suspecte* liegt gerade darin, dass die Frist nicht „automatisch“ wirken würde. Jeglicher Automatismus im Hinblick auf die Prüfung, ob ein Verhalten rechtsmissbräuchlich ist, verbietet sich angesichts der oben dargelegten Grundsätze des Europäischen Rechts.

---

<sup>996</sup>Reinhart, NZI 2012, 304, 306 spricht davon, dass die look-back-period „starr und unflexibel“ sei und *nur* das Bedürfnis nach Rechtssicherheit befriedige.

<sup>997</sup>Vgl. Rauscher/Mäsch, EuZPR Art. 3 EG-InsVO Rn. 21.

<sup>998</sup>Vgl. zu den Indizien für einen Rechtsmissbrauch bei der Sitzverlegung S. 63 ff. Vgl. auch zur vergleichbaren Regelung des von der Kommission vorgeschlagenen Sechs -Monats Zeitraums im VO-Entwurf und dessen Nutzen für die Annahme der Rechtsmissbräuchlichkeit S. 162 ff. Vgl. ebenso die Neufassung des Art. 3 Abs. 1 EulnsVO 2017.

<sup>999</sup>Vgl. *Klockenbrink* S. 101 f.

Damit ist die Einführung eines festgelegten Zeitraums, in dem eine Sitzverlegung (immer) eine Zuständigkeitserschleichung und damit rechtsmissbräuchlich ist, nicht mit den Prinzipien des Europäischen Rechts zu vereinbaren und kein tauglicher Lösungsansatz.

### C. Überarbeitung der EuGVO

Die Kommission hat mit Datum vom 14.12.2010 - nach der Veröffentlichung des Grünbuchs zur Überprüfung der EuGVO<sup>1000</sup> am 25.05.2009 - einen „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung)“<sup>1001</sup> vorgelegt<sup>1002</sup>. Dieser Vorschlag ist im Laufe der Zeit größeren Umbrüchen unterworfen worden<sup>1003</sup>, hat sich aber bereits mit einigen Themenkomplexen beschäftigt, die hier untersucht werden.

Untersucht wird die hier vor allem die Tauglichkeit des Kommissionsentwurfs vom 14.12.2010<sup>1004</sup> (im Folgenden *Kommissionsentwurf*) Lösungsansätze bereit zu stellen. Der Stand der letztlich verabschiedeten Fassung<sup>1005</sup>, der Neufassung der EuGVO, die als Brüssel Ia-VO bezeichnet wird, unterscheidet sich erheblich von dem ursprünglich vorgelegten Entwurf.

#### I. Torpedoklagen

Eine Frage (Frage 4) in dem Grünbuch der Kommission zur Überarbeitung der EuGVO<sup>1006</sup> beschäftigte sich explizit mit dem Problem der Torpedoklagen.

---

<sup>1000</sup>KOM(2009) 175, endg.

<sup>1001</sup>KOM(2010) 748, endg.

<sup>1002</sup>Zu diesem Vorschlag siehe Hess, IPRax 2011, 125 ff. und Cuniberti/Rueda, RabelsZ 75 (2011), 286 ff.

<sup>1003</sup>Vgl. z.B. die Anpassungen durch den Berichterstatter des Europäischen Parlaments, dazu Fn. 720 sowie den aktuellen Stand der Diskussion, der wahrscheinlich verabschiedet werden wird, in Fn. 723 sowie S. 110 ff.

<sup>1004</sup>Obwohl diese Fassung nicht die Fassung ist, die letztlich verabschiedet wurde, ist sie die nicht durch politische Kompromisse „verwässerte“ Fassung, die die Ansichten der Kommission bzw. der zuständigen Kommissarin Viviane Reding, am besten widerspiegelt.

<sup>1005</sup>VO (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), ABl. L 351, 1 ff. v. 20.12.2012, die gem. Art. 66 für Verfahren gilt, die nach dem 10.01.2015 eingeleitet werden.

<sup>1006</sup>KOM(2009) 175, endg.

### 1. Kommissionsentwurf vom 14.12.2010

Der VO-Entwurf *Kommissionsentwurf* sieht gerade im Bereich des Art. 26 ff. EuGVO erhebliche Änderungen vor.

Die maßgebliche Änderung im Bereich der Bekämpfung der Torpedoklagen ist die Einfügung des Art. 29 Abs. 2 VO-Entwurf *Kommissionsentwurf* (Art. 29 Abs. 1 VO-Entwurf und letztlich verabschiedeter Brüssel Ia-VO entspricht weitestgehend Art. 27 EuGVO in der bisherigen Fassung).

Art. 29 Abs. 2 VO-Entwurf lautet:

*„In den in Abs. 1 genannten Fällen stellt das zuerst angerufene Gericht innerhalb von sechs Monaten seine Zuständigkeit fest, es sei denn, dies erweist sich aufgrund besonderer Umstände als nicht möglich. Auf Antrag eines mit der Streitigkeit befassten Gerichts teilt das zuerst angerufene Gericht dem später angerufenen Gericht mit, wann es mit der Streitigkeit befasst wurde und ob es die Zuständigkeit in der Hauptsache festgestellt hat beziehungsweise wann die Entscheidung über die Zuständigkeit voraussichtlich getroffen wird.“*

Die Kommission versuchte also, dem Problem der Torpedoklagen durch Einführung eines Sechs-Monats-Zeitraums, in dem über die Zuständigkeit entschieden werden soll<sup>1007</sup>, Herr zu werden.

Dabei blieb die Kommission die Antwort auf einige Fragen schuldig:

Wie soll die generelle Einhaltung des Sechs-Monats-Zeitraums sichergestellt werden<sup>1008</sup>? Sollte die Nicht-Einhaltung der Frist nicht oder nur mit dem Vertragsverletzungsverfahren sanktioniert<sup>1009</sup> werden, kann diese grundsätzlich sinnvolle Vorgabe einer Höchstentscheidungsdauer über die Frage der Zustän-

---

<sup>1007</sup>Einen ähnlichen Lösungsansatz haben *Carl*, S. 206 f., *Schmehl*, S. 374 f. und wurde bereits von *Weller* in *Hess/Pfeiffer/Schlosser*, Report, S. 202 Rn. 460 f. vorgeschlagen

<sup>1008</sup>Dafür liefert *Carl*, S. 206 f. eine mögliche Lösung: Das erstangerufene Gericht solle innerhalb des festgelegten Zeitraums die Zuständigkeit feststellen oder das Verfahren einstellen, damit das zweitangerufene Gericht das Verfahren weiterführen könne.

<sup>1009</sup>Für die Neufassung der Brüssel Ia-VO spricht *Domej*, *RabelsZ* 78 (2014), 508, 532 von dem „moralischen Druck“ des Art. 32 Brüssel Ia-VO.

digkeit<sup>1010</sup> schnell Makulatur werden. Die Gefahr bestand, dass die Vorschrift insofern wenig praktischen Nutzen entfaltete.

Die wohl im Interesse der entscheidenden Richterschaft gut gemeinte Regelungen des Halbsatzes „*es sei denn, es erweist sich aufgrund besonderer Umstände als nicht möglich*“ war ein weiterer Unsicherheitsfaktor. Denn was sind die *besonderen* Umstände und worin müssen sie ihren Grund haben? Ist nur ein tatsächlich oder rechtlich komplexes und kompliziertes Verfahren relevant? Reicht zur Begründung besonderer Umstände ggf. die Tatsache der Überlastung des einzelnen Richters, des Gerichts oder des gesamten Gerichtssystems des Mitgliedsstaates bereits aus? Sollte Letzteres der Fall sein, ist dem Missbrauch wieder Tür und Tor geöffnet, denn man wird im Fall des italienischen Torpedos dem einzelnen Richter nicht vorwerfen können, dass die Dauer des Verfahrens durch seine eigene Langsamkeit mutwillig verursacht ist. Vielmehr wird es sich in der Regel um strukturelle Probleme auf Ebene eines gesamten Gerichts oder eines gesamten Mitgliedstaates handeln<sup>1011</sup>, die - soll das von der Kommission erdachte System funktionieren - nicht als besonderer Grund gelten dürfen. Problematisch ist hierbei die Grenzziehung, denn in den Zeiten leerer Kassen<sup>1012</sup> herrscht die Tendenz vor, die Justizapparate personell nicht übermäßig auszustatten. Damit besteht die Gefahr, dass der längere Ausfall selbst nur einzelner Richter nicht kompensiert werden kann. Fraglich ist, was in solchen Fällen von der „Sechs-Monats-Empfehlung“ der Europäischen Kommission gehalten werden kann.

Welche Folgen sollte die Überschreitung des Sechs-Monats-Zeitraums für den Beklagten, der mit einer Torpedoklage in der eigenen Rechtsverteidigung eingeschränkt ist, haben?

Was jedoch der Sechs-Monats-Zeitraum leisten kann, bzw. könnte, ist, dass er einen Anhaltspunkt geben kann, ab wann - jedenfalls bei normalem Lauf der

---

<sup>1010</sup> *Domej*, *RabelsZ* 78 (2014), 508, 532 weist zu Recht darauf hin, dass prozessuale Besonderheiten des nationalen Rechts wie eine übermäßig lange Antwortfrist in Auslandssachverhalten ebenso wie die „mangelnde Funktionsfähigkeit der Justiz“ die eigentliche Ursache des Problems ist.

<sup>1011</sup> *Domej*, *RabelsZ* 78 (2014), 508, 532.

<sup>1012</sup> Inwiefern der Sparzwang der öffentlichen Haushalte sich angesichts der derzeitigen Turbulenzen auf den Kapitalmärkten in Europa negativ auf die Personaldecke der Richterschaft der derzeit betroffenen Länder, u.a. Griechenland, Spanien, Italien, Portugal, Irland auswirkt wird man erst in Zukunft absehen können.

Dinge – eine Entscheidung erwartet werden kann und ein weiteres Zuwarten des mit seiner Klage gesperrten Beklagten zumindest die Grenze der Unzumutbarkeit erreicht.

## 2. Änderungsentwurf Stand 25.09.2012/Neufassung der EuGVO

Der Stand des Diskussionsentwurfs<sup>1013</sup> (im Folgenden Diskussionsentwurf) sah in Art. 34 Abs. 2 lit. b und die letztlich verabschiedete Neufassung der EuGVO bzw. Brüssel Ia-VO<sup>1014</sup> (im Folgenden Neufassung) sieht in Art. 33 Abs. 2 lit. b vor, dass in eng begrenzten Fällen bei Parallelverfahren vor Gerichten eines Drittstaates, also *Nicht-Mitgliedsstaates*, das schwebende Verfahren ignoriert werden darf, wenn zu erwarten ist, dass eine Entscheidung nicht innerhalb „reasonable time“ ergehen wird.

Diese Beschränkung auf Drittstaaten findet sich dem Diskussionsentwurf in Erwägungsgrund 21 a und in der Neufassung in Erwägungsgrund 22 wieder. In Erwägungsgrund 21 (Diskussionsentwurf) bzw. Erwägungsgrund 23 (Neufassung) wird festgehalten, dass die mitgliedsstaatlichen Gerichte eine (fakultative) Möglichkeit haben sollten, bei laufenden drittstaatlichen Parallelverfahren das eigene Verfahren auszusetzen (Vgl. Art. 34 Abs. 1 Neufassung). Die Erwägungen, wann eine solche Aussetzung vorgenommen werden kann oder sollte, sind in Erwägungsgrund 21 (Diskussionsentwurf) bzw. 24 (Neufassung) erläutert. Es seien alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere, ob die Entscheidung des drittstaatlichen Gerichts in der EU anerkannt werden könne, in welchem Verfahrensstadium sich das drittstaatliche Verfahren befinde und ob mit einer Entscheidung in angemessener Zeit gerechnet werden könne.

Im Hinblick auf die Beziehung zwischen zwei mitgliedsstaatlichen Gerichten ist in Art. 32 Abs. 2 (Diskussionsentwurf) und in Art. 31 Abs. 2 (Neufassung) vorgesehen, dass (nur) in Verfahren, in denen eine Gerichtsstandsklausel, die einen ausschließlichen Gerichtsstand vorsieht, in Rede steht, das angerufene Zweitgericht, sofern es das Gericht ist, zu dem die ausschließliche Prorogation

---

<sup>1013</sup>Fassung vom 25.09.2012 siehe Fn. 723.

<sup>1014</sup> VO (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), ABl. L 351, 1 ff. v. 20.12.2012.



hinweist, die *lis pendens* Wirkung ignorieren darf<sup>1015</sup>. Dann soll nach Erwägungsgrund 19 (Diskussionsentwurf), bzw. 22 (Neufassung) dem prorogierten Zweitgericht Priorität eingeräumt werden. Das erstangerufene Gericht soll dann das Verfahren aussetzen, solange bis das zweitangerufene Gericht die Entscheidung über die Zuständigkeit getroffen hat<sup>1016</sup>. Im Falle der Feststellung des Zweitgerichts, dass und inwieweit es für den Rechtsstreit zuständig ist<sup>1017</sup>, soll sich gem. Art. 32 Abs. 2a Diskussionsentwurf und Art. 31 Abs. 3 Neufassung das Erstgericht für unzuständig erklären. Gemäß Erwägungsgrund 19 Diskussionsentwurf und 22 Neufassung solle dadurch die Effektivität von (ausschließlichen) Gerichtsstandsklauseln gestärkt werden<sup>1018</sup>.

### 3. Bewertung

Dieser zweite, aktuelle Änderungsentwurf und damit auch die Neufassung bleibt hinter *dem Kommissionsentwurf* deutlich zurück.

Abgesehen davon, dass nur sehr begrenzte Anwendungsfälle überhaupt geregelt werden, wird die Lösung des eigentlichen Problems – wohl dem Postulat des gegenseitigen Vertrauens<sup>1019</sup> – geopfert. Die Problematik der Torpedoklage wird keiner einheitlichen Lösung zugeführt<sup>1020</sup>. Nur dann, wenn in den Verträgen zwischen Patentverletzer und Inhaber, sofern es solche überhaupt gibt, was in den meisten Fällen nicht der Fall sein dürfte, eine ausschließliche Gerichtsstandsklausel vorgesehen ist<sup>1021</sup>, was unwahrscheinlich aber nicht unmöglich ist, könnte die Regelung der Brüssel Ia-VO greifen. Nicht einmal dann sind jedoch Torpedos geregelt, mit denen - gestützt auf Art. 24 Brüssel Ia-VO und die *GAT*<sup>1022</sup> Rechtsprechung des EuGH - die Unwirksamkeit des Registerrechts geltend gemacht wird<sup>1023</sup>.

---

<sup>1015</sup>Dieser Konstellation wohnt ein eigenes Missbrauchspotential inne, vgl. dazu *Mankowski*, RIW 2015, 17 ff.

<sup>1016</sup>*Domej*, *RabelsZ* 78 (2014) 508, 534 f.

<sup>1017</sup>Das Erstgericht ist zu einer Prüfung nicht berufen, *Domej*, *RabelsZ* 78 (2014) 508, 535.

<sup>1018</sup>Damit wird jedoch die Gefahr von „umgekehrten Torpedos“ – nämlich rechtsmissbräuchlichen Berufen auf Gerichtsstandsklausel – heraufbeschworen, dazu *Domej*, *RabelsZ* 78 (2014) 508, 535 f. und *Mankowski*, RIW 2015, 17, 21.

<sup>1019</sup>*Domej*, *RabelsZ* 78 (2014), 508, 532 spricht von „mangelndem Mut“.

<sup>1020</sup>*Domej*, *RabelsZ* 78 (2014), 508, 532 bezeichnet die Regelung als „minimalinvasiv“ und konstatiert, dass „von einem ernsthaften Versuch der Bekämpfung von Torpedoklagen Abstand genommen“ wurde.

<sup>1021</sup>Eine halbseitig ausschließliche genügt nicht, siehe *Mankowski*, RIW 2015, 17, 19.

<sup>1022</sup>EuGH v. 13.07.2006, Rs. C-4/03 Slg. 2006, I-6509, 6523 (*Gesellschaft für Antriebstechnik mbH & Co. KG./Lamellen und Kupplungsbau Beteiligungs KG*).

<sup>1023</sup>Siehe dazu S. 32 ff., insbesondere S. 34.



„Gelöst“ werden die Torpedofälle allenfalls für den drittstaatlichen Torpedo über Art. 34 Abs. 2 lit. b Diskussionsentwurf bzw. Art. 33 Abs. 2 lit. b Neufassung. Dieses Problem stellte sich jedoch nicht, da die Wirkung drittstaatlicher Verfahren ausdrücklich nicht in Art. 27 EuGVO (a.F.) geregelt war.

Der letzte Entwurf und die Neufassung bleiben also als Lösungsansatz sogar noch hinter dem *Kommissionsentwurf* zurück, dem zwar die oben genannten offenen Fragen entgegenstanden, der sich aber wenigstens mit dem als Problem identifizierten Sachverhalt auseinandersetzte<sup>1024</sup>. Der neue Entwurf, bzw. die Neufassung, „löst“ hingegen mit der Drittstaatenregelung ein Problem, das erst durch ihn entstanden ist und verkompliziert im Übrigen die Rechtslage mit der Ausnahme für den sehr engen Anwendungsbereich der ausschließlichen Gerichtsstandsklauseln. Nur bei diesen Gerichtsstandsklauseln soll die Rechtshängigkeitswirkung entfallen können. Das eigentliche Problem bleibt ungeklärt<sup>1025</sup>. Angesichts des Aufwands, der mit der Identifikation des Problems<sup>1026</sup> einherging und der gezielten Fragestellung im Grünbuch<sup>1027</sup><sup>1028</sup>, ist dies beachtlich<sup>1029</sup> und wohl nur damit zu erklären, dass die Prämisse des gegenseitigen Vertrauens in keinem Fall und unter keinen Umständen preisgegeben werden sollte.

Der aktuelle Entwurf und die Neufassung der EuGVO stellen also keine Lösung für das beschriebene Problem dar<sup>1030</sup>.

## II. Prozessbetrug

Nach der Konzeption des *Kommissionsentwurfs* vom 14.12.2010 sollte bei der Überprüfung von Klagen zuerst die Frage gestellt werden, ob ein Exequatur-

---

<sup>1024</sup>Rogerson in The Brussels I Regulation Recast Rn. 11.11 bezeichnet es als „highly unsatisfactory“, dass die ursprünglich angedachte Sechs-Monatsfrist nicht umgesetzt wurde.

<sup>1025</sup>Tichý, FS Martiny, S. 853; Domej, RabelsZ 78 (2014), 508, 537 spricht jedoch davon, dass misbräuchliche Torpedotaktiken unterbunden würden.

<sup>1026</sup>Siehe dazu S. 40 ff.

<sup>1027</sup>KOM(2009), 175 endg.

<sup>1028</sup>Tichý, FS Martiny, S. 853 macht darauf aufmerksam, dass im Entwurf das unredliche Verhalten der Parteien an zwei Stellen in der Präambel erwähnt sei, während der Entwurf eine Definition, eine Abgrenzung, die Sanktionen, kurz eine konkrete Lösung vermissen lässt.

<sup>1029</sup>Domej, RabelsZ 78 (2014), 508, 549 stellt fest, dass das Ergebnis der Reform in Relation zum Aufwand „bescheiden“ ausfalle.

<sup>1030</sup>Zöller/Geimer, ZPO, Art. 29 EuGVVO Rn. 33 bedauert ausdrücklich, dass der Missstand nicht beseitigt wurde.

verfahren notwendig oder ob dieses gemäß Art. 38 ff. des *Kommissionsentwurfs* entfallen war.

Streng genommen sollte in der Mehrzahl der Verfahren das Exequaturverfahren und damit auch ein Großteil der *ordre public*-Kontrolle abgeschafft werden, wenn der Prüfungsmaßstab des Art. 46 Abs. 1 *Kommissionsentwurf* sich auf die Prüfung der Vereinbarkeit mit wesentlichen Grundsätzen der Verfahrensgerechtigkeit beschränkte. Der eigentliche *ordre public*-Vorbehalt sollte nur noch für die Verfahren nach Art. 37 Abs. 3 *Kommissionsentwurf*, also Verfahren wegen Verletzung von Privatsphäre oder Persönlichkeitsrechten und Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes, überleben<sup>1031</sup>. Nur für diese Verfahren war in Art. 48 des *Kommissionsentwurfs* eine *ordre public*-Kontrolle nach Vorbild des Art. 34 EuGVO (a.F.) vorgesehen<sup>1032</sup>.

In der hier untersuchten Konstellation des Prozessbetruges hätte diese Teilabschaffung des *ordre public*-Vorbehalts aber wohl keine Konsequenzen gehabt:

Wie oben gezeigt ist die Fallgruppe des Prozessbetruges ein Teil des verfahrensrechtlichen<sup>1033</sup> *ordre public*. Insofern ist davon auszugehen, dass diese Fallgruppe auch weiterhin, sowohl mit oder ohne Exequaturverfahren, überprüfbar geblieben wäre<sup>1034</sup>. Denn die prozessualen Mindeststandards, die der Art. 46 *Kommissionsentwurf* mit der Formulierung der Einhaltung „*wesentlicher Grundsätze, die dem Recht auf ein faires Verfahren entgegenstehen*“ einfordert, dürften auch das Gebot umfassen, die Grundsätze des fairen Verfahrens zu achten, indem den Beteiligten die Früchte eines arglistigen Verhaltens nicht verbleiben<sup>1035</sup>.

---

<sup>1031</sup> *Domej*, *RabelsZ* 78 (2014) 508, 520 bezeichnet diese vorgeschlagene Spaltung der Rechtsbehelfe als „umständlich und schwer durchschaubar“ und mahnt an, dass künftige Reformvorschläge „sorgfältiger konzipiert werden“ sollten.

<sup>1032</sup> *Fitchen* in *The Brussels I Regulation Recast* Rn. 13.271 weist zutreffenderweise darauf hin, dass der Ansatz der Kommission „illogical because of a fatal inconsistency between two of its claims“ war, wenn einerseits die *ordre public*-Kontrolle als unnötig und andererseits als für bestimmte Verfahren beibehaltenswert eingeordnet wurde.

<sup>1033</sup> Obwohl dem erkennenden Gericht in der Regel kein „Verfahrens“Fehler vorzuwerfen ist, dazu S. 97 ff.

<sup>1034</sup> Vgl. auch *Hess*, *IPRax* 2011, 125, 129, der zumindestens die Abwehr „massiven Prozessbetruges oder schweren prozessualen Unrechts“ für möglich hält.

<sup>1035</sup> Vgl. *MüKoBGB/Kindler*, Art. 26 VO (EG) 1346/2000 Rn. 12.

Im aktuellen Entwurf vom 25.09.2012 und in der Neufassung ist das Exequaturverfahren zwar vollständig abgeschafft (Art. 38 a Abs. 1 Diskussionsentwurf und Art. 36 Abs. 1 bzw. 39 Neufassung), es ist jedoch eine ordre public-Kontrolle vorgesehen (Art. 48 Abs. 1 lit. a Diskussionsentwurf und Art. 45 Abs. 1 lit. a Neufassung), so dass diese - wie auch unter Geltung des Stands der EuGVO (alt)- als Lösung zur Verfügung steht. Dabei ist die sprachliche Einschränkung des Art. 45 Abs. 1 lit. a) Neufassung / Brüssel Ia-VO auf „offensichtliche Verstöße“ nur eine scheinbare Einschränkung, diese ist bedeutungslos<sup>1036</sup>. Denn die Anwendung ist bereits ohne diese sprachliche Einschränkung auf wenige – aber krasse – Anwendungsfälle beschränkt. Insofern mahnt die sprachliche Fassung nur zusätzlich die restriktive Auslegung an<sup>1037</sup>.

### III. Zuständigkeitserschleichung

Unverändert keine Lösungsmöglichkeit hält der Diskussionsentwurf<sup>1038</sup>, bzw. die Neufassung, für die nicht auf die EuInsVO beschränkte Problematik der Zuständigkeitserschleichung bereit.

#### D. Neufassung der EuInsVO

Nach der Brüssel Ia-VO wurde in 2015 die EuInsVO vollständig neugefasst<sup>1039</sup>. Naturgemäß kann diese Neufassung der „EuInsVO 2017“ Lösungsansätze nur für den in dieser Untersuchung beschriebenen Fall der Zuständigkeitserschleichung bereit halten. Dabei soll dem Rechtsmissbrauchspotential in der EuInsVO durch zwei Maßnahmen entgegengewirkt werden:

Einmal einer vertieften Prüfung des COMI und damit einhergehend einer Begründungspflicht<sup>1040</sup> des Gerichts sowie zusätzlichen Maßnahmen zur Information von Gläubigern und Gerichten. Dabei geht es vor allem um die Verbesserung der Situation der Gläubiger durch Information. Diese verbesserte Information soll durch die Implementierung eines Europäischen Justizportals erreicht werden. Zusätzlich soll den Gläubigern die grenzüberschreitende Forderungsanmeldung durch das Zurverfügungstellen von standardisierten mehrsprachi-

<sup>1036</sup>Wieczorek/Schütze/Schütze, § 328 Rn. 60 nennt sie sogar unsinnig.

<sup>1037</sup>Wieczorek/Schütze/Schütze, § 328 Rn. 60.

<sup>1038</sup>Weder in dem Kommissionsentwurf, noch in den Änderungsfassungen.

<sup>1039</sup>Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren (Neufassung). ABl. L 141, 5.6.2015, S. 19–72.

<sup>1040</sup>Laukemann, IPRax 2014, 258, 263 f.

gen Formularen erleichtert werden. Zu der Prüfungspflicht der Gerichte ist dabei festzuhalten, dass diese Pflicht der Justiz – zumindest wenn diese ihre Aufgabe erst nehmen – bereits jetzt besteht. Die Prüfung und als deren Ergebnis die Feststellung eines Sachverhaltes, der die Subsumtion unter die (Zuständigkeits-)Norm ermöglicht, sollte eine Selbstverständlichkeit sein. Die Änderung besteht in der Einführung des *Officialprinzips*<sup>1041</sup>. Dabei wird in Erwägungsgrund 32 darauf abgestellt, dass das Gericht dann, wenn es Zweifel an dem Vortrag des Schuldners hat, diesen auffordern kann weitere Nachweise zu erbringen. Unklar ist bislang, ob die Neufassung des Art. 4 EuInsVO 2017 eine Amtsermittlungspflicht oder - - insofern abstellend auf den Wortlaut – nur eine Prüfung von Amts wegen beinhaltet<sup>1042</sup>. Auch die Begründungspflicht ist jedenfalls aus deutscher Perspektive kein *Novum*, diese ist in Art. 102 § 2 EGInsO, festgeschrieben. Bemerkenswert ist dabei aber, dass zumindest sprachlich Art. 4 EuInsVO 2017 hinter Art. 102 § 2 EGInsO zurückbleibt<sup>1043</sup>. Denn nur in letzterem ist eine vollständige Begründung, also einschließlich der Nennung der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen, vorgesehen. Inwiefern die Praxis das Begründungserfordernis vor dem Hintergrund des Erwägungsgrundes 32 handhabt bleibt abzuwarten. Fest stehen dürfte, dass dann, wenn das Begründungserfordernis sich in einer standardisierte Begründung – als Spiegelbild der Prüfung - erschöpfen darf, diese Chance auch weitgehend genutzt werden wird und damit der Sache nicht gedient ist. Die Information der Gläubiger ist ein Schritt in die richtige Richtung, denn nur der Gläubiger, der informiert ist oder sich informieren kann, kann die nach Art. 5 EuInsVO 2017 eingeräumte Rechtsschutzmöglichkeit wahrnehmen. Unklar ist dabei die genaue Ausgestaltung des Rechtsbehelfs, bzw. nach welchen Regelungen – autonom oder nach dem nationalen Recht - sich der Rechtsbehelf richtet<sup>1044</sup>. Aber auch hier wird die Praxis zeigen müssen, ob es sich angesichts der kurzen Zeitspannen zwischen Eröffnung und Abschluss eines aus Schuldnersicht interessanten Rechts der Entschuldung zumindest ein teil der Probleme erledigt hat. Abzuwarten bleibt auch die Auswirkung des möglichen Wegfalls einer gerne gewählten Rechtsordnung, der englischen, und der damit verbundenen Einschränkung der Wahlmöglichkeiten.

---

<sup>1041</sup>MüKoInsO/*Thole*, Art. 4 EuInsVO 2015 Rn. 3

<sup>1042</sup>MüKoInsO/*Thole*, Art. 4 EuInsVO 2015 Rn. 3

<sup>1043</sup>MüKoInsO/*Thole*, Art. 4 EuInsVO 2015 Rn. 3, MüKoInsO/*Thole*, Art. 102 § 2 EGInsO Rn. 12.

<sup>1044</sup>MüKoInsO/*Thole*, Art. 5 EuInsVO 2015 Rn. 4 ff.

Insgesamt ist die Intention der EuInsVO 2017 zwar die Bekämpfung des forum shopping dadurch, dass die Bedeutung der Sekundarinsolvenzverfahren zurückgedrängt werden, ist aber eine Anreizwirkung zur Wahl des genehmen Rechts des Hauptinsolvenzverfahrens zu befürchten<sup>1045</sup>. Es ist also nicht davon auszugehen, dass die Regelungen der Neufassung der EuInsVO 2017 das Problem erledigen.

#### E. Veränderung des Anknüpfungsmoments

Für den Fall der Zuständigkeitserschleichung bei der COMI-Verlegung von Gesellschaften wird als Lösung vorgeschlagen, das Rechtsmissbrauchspotential zu minimieren, in dem ein Gleichlauf von Gesellschaftsstatut und Insolvenzstatut hergestellt wird<sup>1046</sup>.

*Eidenmüller* sieht dabei das Hauptproblem in der derzeitigen Konzeption der EuInsVO in der Möglichkeit des Auseinanderfallens von Gesellschaftsstatut und Insolvenzstatut<sup>1047</sup>. Tritt dies ein, führe es zu (unnötigen) Kosten und Verfahrensverzögerungen<sup>1048</sup>, die durch die Anwendung fremden Rechts durch die Gerichte entstünden. Ein weiteres Problem sei die Unwägbarkeit im Hinblick auf die Kreditrisiken, die dadurch entstehe, dass der Wechsel des Insolvenzstatuts relativ einfach vonstatten gehen kann<sup>1049</sup>. Dies beeinträchtige die Effizienz von Kreditvergaben und erhöhe die Gefahr von überbewerteten Krediten<sup>1050</sup>.

Der Vorschlag *Eidenmüllers* zur Lösung der eben beschriebenen Problematik sieht vor, den Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der Zuständigkeit nach EuInsVO und damit auch für das anwendbare Recht<sup>1051</sup> zu verändern und anstatt an den COMI an den Satzungssitz der Gesellschaft anzuknüpfen. Der Vorteil dieser Vorgehensweise liege darin, dass der Satzungssitz schwerer zu verändern ist als der COMI und dass in dem Fall, in dem eine Veränderung vorgenommen wird, diese zumeist aus öffentlichen Registern ersichtlich werde. Zu-

---

<sup>1045</sup> *Parzinger*, NZI 2016, 63, 68.

<sup>1046</sup> *Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 159.

<sup>1047</sup> *Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 148.

<sup>1048</sup> *Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 140 f.

<sup>1049</sup> *Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 141.

<sup>1050</sup> *Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 141.

<sup>1051</sup> Vgl. dazu die Erläuterungen S. 54 ff.

dem würde ein forum shopping nur bei Verlegung des Satzungssitzes ermöglicht. Diese Verlagerung des Satzungssitzes würde dabei zur Anwendung der Verschmelzungsrichtlinie<sup>1052</sup>, insbesondere zu deren Art. 4 Abs. 2 und den danach anwendbaren nationalen Gläubigerschutzvorschriften<sup>1053</sup>, führen und ein Mindestschutzlevel für Gläubiger bereit stellen. Als weiterer Vorteil sei das auf das Insolvenzverfahren anwendbare Recht immer die lex fori der Gerichte des Satzungssitzes<sup>1054</sup>, was die Durchführung der Insolvenz gerade für die beteiligten Gerichte und Gläubiger deutlich vereinfachen würde.

Dieser Lösungsvorschlag ist jedoch in seinem Anwendungsbereich nur sehr begrenzt. Er regelt nur den Fall der Zuständigkeitserschleichung durch Gesellschaften und lässt das vergleichbare Problem der Sitzverlegung natürlicher Personen unberührt. Die Lösung lässt sich zudem nicht auf die anderen untersuchten Konstellationen übertragen.

Damit eignet sich der Vorschlag von *Eidenmüller* nicht als allgemeine Lösung für das Problem des Rechtsmissbrauchs.

#### F. Verlagerung des Rechtsschutzes in das Vollstreckungsverfahren

*Georganti* schlägt vor, den Schuldnerschutz in das (nationale) Vollstreckungsverfahren zu verlagern und einen neuen Rechtsbehelf einzuführen. Dieses Verfahren sei in das nationale Zwangsvollstreckungsrecht zu integrieren, würde nicht zu einer Verfahrensverzögerung führen und könnte den vorhandenen nationalen Vollstreckungsschutz ergänzen.<sup>1055</sup>

Dieses Verfahren könne derart ausgestaltet werden, dass dem Titelschuldner die Möglichkeit der Geltendmachung eines ordre public-Verstoßes im Urteilsstaat auf dessen Initiative (Antrag oder Klage) hin im Vollstreckungsstaat eingeräumt werde.<sup>1056</sup> Streitgegenstand eines solchen Verfahrens solle die Nichtigkeit der Zwangsvollstreckungsmaßnahme sein.<sup>1057</sup> Weiterhin solle der

---

<sup>1052</sup>RiLi 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten.

<sup>1053</sup>*Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 159.

<sup>1054</sup>*Eidenmüller*, KTS 2009, 137, 159.

<sup>1055</sup>*Georganti*, S. 206.

<sup>1056</sup>*Georganti*, S. 207.

<sup>1057</sup>*Georganti*, S. 207 ff.

Schuldner gezwungen werden, den ordre public-Verstoß mit allen zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen bereits im Urteilsstaat anzugreifen.<sup>1058</sup> Dies könne mit einer Präklusionsvorschrift sichergestellt werden.<sup>1059</sup> Um das Verfahren nicht unnötig zu verlangsamen solle eine (kurze) Frist eingeführt werden, binnen derer der Rechtsbehelf geltend gemacht werden solle<sup>1060</sup>. Der Fristbeginn solle auf den Beginn der Zwangsvollstreckung gelegt werden, u.a. um die Kenntnis des Schuldners vom ordre public-Verstoß sicherzustellen.<sup>1061</sup>

Dieser Vorschlag *Georganti* regt jedoch zu kritischer Auseinandersetzung an:

Ein rein nationaler Rechtsbehelf birgt die Gefahr der Rechtszersplitterung und der uneinheitlichen Rechtsanwendung<sup>1062</sup>. Damit wären zwar die mitgliedstaatlichen Interessen gewahrt, da der Einfluss der EU und des EuGH bei dieser Konzeption relativ gering wäre. Dieser Lösungsansatz fördert jedoch nicht das Zusammenwachsen der EU. Insbesondere könnte der EuGH die sinnvolle Rolle der letztentscheidenden Kontrollinstanz nicht ausüben. Eine einheitliche Auslegung und Anwendung der jeweiligen nationalen Normen ist bereits per se nicht möglich, da eine Abstimmung der Mitgliedsstaaten ohne europäischen Anstoß im Wege einer Richtlinie nicht praktikabel erscheint. Aber selbst eine Richtlinie, die das Ziel der Vollharmonisierung verfolgt, birgt die Gefahr nationaler Ausreißer und Sonderwege, die erst wieder durch den EuGH korrigiert werden müssten<sup>1063</sup>. Bei der Auslegung der ordre public-Klausel der Brüssel Ia-VO behält sich der EuGH ausdrücklich vor, die Grenzen der Anwendung der nationalen Grundsätze, die einer Anerkennung entgegenstehen, zu überwa-

---

<sup>1058</sup> *Georganti*, S. 211.

<sup>1059</sup> *Georganti*, S. 212.

<sup>1060</sup> *Georganti*, S. 212.

<sup>1061</sup> *Georganti*, S. 212.

<sup>1062</sup> Vgl. auch *Wagner/Beckmann*, RIW 2011, 44, 53.

<sup>1063</sup> Vgl. dazu z.B. die Umsetzung der RiLi. 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.05.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) in das deutsche Recht. Der EuGH hat die deutsche Regelung des § 4 Nr. 6 UWG (a.F.), die die Richtlinie umsetzen sollte, für nicht mit der Richtlinie vereinbar erklärt (EuGH v. 14.01.2010, Rs. C. 304/08 (*Plus Warenhandelsgesellschaft*) zitiert nach <http://curia.europa.eu>).



chen<sup>1064</sup>. Diese Überwachungsfunktion könnte der EuGH nach dem von *Georganti* vorgeschlagenen Konzept nicht mehr wahrnehmen.

Zudem muss die Frage erlaubt sein, welchen Vorteil das vorgeschlagene Verfahren im Vergleich zu der bereits bestehenden Möglichkeit der ordre public-Kontrolle im Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsverfahren bietet. Schließlich muss die Einführung eines neuen Systems bereits aus wirtschaftlichen Gründen dann gerechtfertigt werden, wenn die bestehenden Möglichkeiten nur ausgeschöpft werden müssten, um dasselbe Ergebnis zu erhalten.

Zwar ist es korrekt, dass – entgegen zutreffender Bedenken<sup>1065</sup> – die Bedeutung des ordre public-Vorbehalts abnimmt. Fraglich ist jedoch, ob diese Entwicklung durch die Einführung eines neuen Rechtsbehelfs, mit einem eingeschränkten Anwendungsbereich, der nur die aus Sicht der Kommission überflüssige Anerkennungsschranke des ordre public ersetzen kann und soll, aufgehalten werden kann. Denn aus Sicht der Kommission dürfte bereits gegen einen in den jeweiligen autonomen Zwangsvollstreckungsrechten verorteten Rechtsbehelf sprechen, dass damit, wie oben gezeigt, die Kontrollmöglichkeiten des EuGH eingeschränkt sind. Je nach konkreter Ausgestaltung bleibt unter Umständen nur die Möglichkeit eines Vertragsverletzungsverfahrens gem. Art. 258 ff. AEUV, um zu verhindern, dass die Mitgliedsstaaten durch zu großzügige Nichtanerkennung die europäischen Ideen und den gemeinsamen Raum der Sicherheit, der Freiheit und des Rechts unterwandern.

Dies dürfte mit den Vorstellungen der Europäischen Kommission zu einem zusammenwachsenden Europa nicht konform gehen.

Der Vorschlag von *Georganti* eignet sich also nicht zu einer umfassenden Lösung des hier untersuchten Problems<sup>1066</sup>.

---

<sup>1064</sup>EuGH v. 28.03.2000, Rs. 7/98 Slg. 2000, S. I-1935, 1956, 1965 (*Dieter Krombach./André Bamberski*) Rn. 22 f.

<sup>1065</sup>Vgl. S. 110 ff.

<sup>1066</sup>Ohne Begründung hält *Tichý*, FS Martiny, S. 862 für die Torpedoklage die „Schutzinstrumente im Zwangsvollstreckungsverfahren“ für nicht geeignet.



### G. Eigener Vorschlag: Normierung des Rechtsmissbrauchsverbots

Eine weitere Möglichkeit ist die Normierung des Rechtsmissbrauchsverbots.

Ein Beispiel findet sich Art. 2 Abs. 2 ZGB der Schweiz. Aber auch in anderen Rechtsordnungen<sup>1067</sup> und sogar im EU Primärrecht (vgl. Art. 36 S. 2 AEUV<sup>1068</sup> sowie Art. 102 AEUV<sup>1069</sup>) ist das Prinzip des Rechtsmissbrauchs zumindest für einzelne Rechtsbereiche<sup>1070</sup> normiert.

### I. Vorteile gegenüber anderen Lösungsansätzen

Dabei bietet die Normierung des Rechtsmissbrauchsverbots gegenüber der Möglichkeit der teleologischen Auslegung einen eigenen Nutzen<sup>1071</sup>: Gerade durch die Normierung stellt der *europäische* Normgeber sicher, dass der Normzweck der Regelung in seinem Sinne Beachtung findet<sup>1072</sup>. Durch die ausdrückliche Normierung auf europäischer Ebene setzt der *europäische* Gesetzgeber den Impuls zu weiterer Umsetzungs- und Ausführungsgesetzgebung auf nationaler Ebene<sup>1073</sup> und damit zu einer gemeinsamen Fortbildung des Rechts auf allen Ebenen, auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts genauso wie auf der Ebene des mitgliedstaatlichen Rechts.

Als Alternative kommt in Betracht, das Herausarbeiten eines Rechtsmissbrauchskonzeptes – wie bislang - dem EuGH zu überlassen. Diese Alternative hat jedoch im Vergleich zu der hier vertretenen Lösung deutliche Nachteile. Zum einen ist der EuGH bislang selten gewillt – trotz einer generellen Anerkennung des Prinzips des Rechtsmissbrauchs<sup>1074</sup> - Anwendungsfälle zu nennen. Die Gefahr dieser Vorgehensweise liegt darin, das Prinzip des Rechtsmissbrauchs dadurch derart auszuhöhlen, dass kein Anwendungsbereich mehr bleibt und damit die eigene Aussage im Hinblick auf die *selbstverständliche* Existenz des Prinzips ad absurdum zu führen. Zum anderen ist gerade die Hin-

---

<sup>1067</sup>Zu Beispielen z.B. *Mader*, S. 76 ff. sowie *Zimmermann*, S. 81 ff.

<sup>1068</sup>Vgl. zu der Vorgängernorm Art. 30 S. 2 EG-Vertrag *Zimmermann*, S. 11 ff.

<sup>1069</sup>Vgl. dazu *Berg* in *Berg / Mäsch* (Hrsg.) Kartellrecht, Art. 102 AEUV Rn. 37 ff..

<sup>1070</sup>Vgl. auch z.B. Art. 3 Abs. 1 RiLi. 93/13/EWG des Rates v. 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95, 29 sowie Art. 5 Abs. 1 lit. b VO (EG) Nr. 733/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.04.2002 zur Einführung der Domäne oberster Stufe ".eu" ABl. L 113, 1 als Beispiele für die Erwähnung des Rechtsmissbrauchs im Sekundärrecht.

<sup>1071</sup>*Schmidt-Kessel* in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 2000, S. 61, 80.

<sup>1072</sup>*Schmidt-Kessel* in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 2000, S. 61, 80.

<sup>1073</sup>*Schmidt-Kessel* in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 2000, S. 61, 80.

<sup>1074</sup>Vgl. dazu oben, S. 78 ff.

kehr zu einer Missbrauchskontrolle, die von den zwischenstaatlichen Beziehungen unabhängig ist und damit eine Abkehr von der auf den (Urteils-) Verkehr zwischen den Mitgliedsstaaten zugeschnittenen *ordre public*-Lösung bedeuten *kann*, eine Entscheidung, die von der Politik und nicht von den Gerichten zu treffen ist. Denn damit kann die Zukunft der Europäischen Union auf ein Fundament gestellt werden, in dem Regelungsmechanismen aus nationalstaatlichen Zeiten abgeschafft werden, ohne dass dies zu Rechtsverlusten der Bürger führt. Eine bloße Zurückdrängung und mittelfristige Abschaffung des *ordre public*-Vorbehalts durch den europäischen Gesetzgeber lässt eine Rechtsschutzlücke für krasse Fälle entstehen, die nur durch die Arbeit des EuGH schwer geschlossen werden kann und vom EuGH wohl auch nicht geschlossen werden wird.

Ein weiteres Argument gegen die Übertragung der Aufgabe der Formulierung des Rechtsmissbrauchsverbots (nur) auf den EuGH, ist die Wahrung des institutionellen Gleichgewichts zwischen den Organen der EU<sup>1075</sup>. Dieses würde gestört, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber als Rechtsbildungsinstanz dieser Funktion durch zu viel Einfluss des EuGH enthoben würde<sup>1076</sup>.

Zudem liegt ein Vorteil einer ausdrücklichen Normierung eines Missbrauchsverbots im Europäischen Zivilprozessrecht allgemein – d. h. Rechtsakt übergreifend – darin, dass damit nationale Einzellösungen, die z.T. oben dargestellt wurden, wie die Doktrin des *forum non conveniens*, die Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis etc., überflüssig würden.<sup>1077</sup> Wenn der Rahmen des Rechtsmissbrauchs abschließend, aber mit der notwendigen Flexibilität, abgesteckt und damit das Bedürfnis für weitere nationale Korrekturmechanismen entfallen ist, ist der Weg frei, - ganz im Sinne der europäischen Integration – den Einfluss der Mitgliedsstaaten zurückzudrängen.

Somit bietet eine von der Politik zu formulierende Generalklausel deutliche Vorteile gegenüber der bisherigen Vorgehensweise.

---

<sup>1075</sup>Dazu *Neuner* in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, § 12 Rn. 14.

<sup>1076</sup>Vgl. *Neuner* in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, § 12 Rn. 14. Vgl. auch *Haferkamp*, Rechtsmissbrauchslehre, S. 355 zu der Frage, ob die Grenzen des Rechtsmissbrauchs durch die Legislative oder Judikative festgelegt werden sollten.

<sup>1077</sup>*Thole*, ZZP (122) 2009, 423, 436.

## II. Generalklausel

Eine Normierung des Rechtsmissbrauchs muss wegen der Vielgestaltigkeit der Erscheinungsformen des Rechtsmissbrauchs den möglichen Sachverhalten gerecht werden können. Das ist nur durch eine Generalklausel zu erreichen. Trotzdem sollte die Generalklausel die Kriterien, wann ein Recht missbraucht wird, unzweifelhaft festlegen.

Das Verbot des Rechtsmissbrauchs als Generalklausel und damit als Festbeschreibung eines fundamentalen Prinzips könnte weiterhin dazu dienen, die Auslegung der bisher ergangenen europäischen Rechtsakte zu vereinheitlichen und als „*Bindeglied zwischen den immer stärker ausdifferenzierten Verordnungswerken des Europäischen Prozessrechts*“<sup>1078</sup> wirken<sup>1079</sup>.

Auf die Notwendigkeit eines gemeinschaftsrechtlichen Korrekturtatbestands angesichts der hohen Regelungsdichte des Gemeinschaftsrechts wies *Fleischer* bereits vor einigen Jahren hin<sup>1080</sup>. Auch weist er zutreffend darauf hin, dass es für den systematischen Aufbau und die wissenschaftliche Absicherung eines Rechtsgebiets notwendig ist, dass Generalklausel und Rechtsprinzipien herausgearbeitet werden<sup>1081</sup>. Dabei bietet sich der Rechtsmissbrauch<sup>1082</sup> – bei allen Schwierigkeiten in der Umsetzung eines in sich stimmigen Konzepts – deswegen gerade für eine Generalklausel und damit eine Normierung an, weil damit eine Grenze festgelegt wird, an der sich – letztlich alle – gemeinschaftsrechtlichen Rechte und Rechtspositionen messen lassen müssen<sup>1083</sup>. Dabei wird diese Grenze bei einer Normierung in Zusammenarbeit mit der Legislative und der Judikative bestimmt. Jeglicher Vorwurf im Hinblick auf einen zu starken oder schwachen EuGH verböte sich von vorneherein.

Ein weiterer Vorteil einer Normierung ist, dass sowohl Tatbestand als auch Rechtsfolge der Norm festgelegt werden. Dem steht der notwendig generalklauselartige Charakter nicht entgegen. Denn auch bei der erforderlichen Of-

---

<sup>1078</sup> *Thole*, ZZP (122) 2009, 423, 436.

<sup>1079</sup> *Thole*, ZZP (122) 2009, 423, 436.

<sup>1080</sup> *Fleischer*, JZ 2003, 865, 874.

<sup>1081</sup> *Fleischer*, JZ 2003, 865, 874.

<sup>1082</sup> *Tichý*, FS Martiny, S. 863 will für den Rechtsmissbrauch die Prinzipien der guten Sitten und des öffentlichen Interesses anwenden.

<sup>1083</sup> *Domej*, RabelsZ 78 (2014), 508, 550 spricht von einer Brüssel O-VO als einem gemeinsamen allgemeinen Teil, auf dessen Schaffung man sich jedoch keine großen Hoffnungen machen dürfe.

fenheit des Tatbestands ist es möglich, bestimmte Sachverhalte im Vorhinein bewusst, z.B. durch die Bildung von Beispielen, vom Tatbestand erfassen oder eben nicht erfassen zu lassen. Dabei kann die Einführung einer Norm ein Dilemma lösen, in das der EuGH die mitgliedstaatlichen Gerichte durch seine Vorgaben im Bereich der Missbrauchsbekämpfung gebracht hat. Einerseits hat er den Mitgliedsstaaten Vorgaben gemacht, unter welchen Voraussetzungen ein Missbrauch nationalen Rechts verhindert werden kann, andererseits bleibt er die Antwort auf die Frage, was rechtsmissbräuchlich ist, jedoch schuldig<sup>1084</sup>. Diese ungenügenden Vorgaben des EuGH führen zu Rechtsunsicherheit<sup>1085</sup>. Dabei ist Rechtssicherheit ein Zustand, der bereits verfassungsrechtlich geboten ist<sup>1086</sup>.

Weiterhin könnte in einer Norm die Frage nach Beweislast und –Maß ebenso geregelt werden, wie die Fragen einer etwaigen Präklusion. Damit besteht auch die Möglichkeit einer gerechten Risikoverteilung, indem der Einwand des Rechtsmissbrauchs verweigert wird und Präklusion eintritt, wenn z.B. die Möglichkeit bestanden hätte, sich vorher – also insbesondere im Erstverfahren – entsprechend zur Wehr zu setzen.

Ein weiterer Vorteil der Normierung des Rechtsmissbrauchsverbots ist, sich von einer nationalen Dogmatik lösen zu können<sup>1087</sup> und es im Sinne einer dogmatischen Vereinfachung und gewollt „unpräzisen“ (besser offenen) Fassung der Norm es zu ermöglichen, dass alle Fälle möglichen Rechtsmissbrauchs und ggf. verwandte Rechtsphänomene, wie die Gesetzesumgehung, erfasst werden. Diese Vorgehensweise hat den Vorteil, dass der verschiedene Rechtsstand<sup>1088</sup> innerhalb der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union berücksichtigt wird. Auch Mitgliedsstaaten, die bislang im nationalen Recht wenige der Anwendungsfälle des Rechtsmissbrauchs überhaupt also solche anerkannt haben, wie zum Beispiel die common law-Länder<sup>1089</sup>, bleiben hinter den Mitgliedsstaaten, die eine sehr ausdifferenzierte Rechtsmissbrauchsdogmatik

---

<sup>1084</sup> Baudenbacher, ZfRV 2008, 205, 213.

<sup>1085</sup> Baudenbacher, ZfRV 2008, 205, 213.

<sup>1086</sup> Vgl. z.B. BVerfG, NJW 1982, 2425, 2426.

<sup>1087</sup> Althammer/Löhnig, ZZPInt 9 (2004), 23, 37 sprechen sich für „europarechtlich begründetes Instrumentarium“ zur Missbrauchsbekämpfung aus, beziehen dies aber auf den ordre public-Vorbehalt.

<sup>1088</sup> Vgl. dazu z.B. die Darstellung von Zimmermann, S. 64 ff., insbes. S. 81 ff.

<sup>1089</sup> Zimmermann, S. 150 ff.

entwickelt haben, wie Frankreich<sup>1090</sup> oder Deutschland<sup>1091</sup>, nicht „zurück“ und werden nicht gezwungen einen vollends fremden und hochkomplexen Rechtsstand einfach übernehmen zu müssen. Die Vereinfachung im Sinne der hier vorgeschlagenen Regelung hat den Vorteil, dass der Weg für eine genuin europäische Dogmatik dadurch eröffnet wird, indem die Anleihen an einzelne Rechtsordnungen so lose sind, dass kein Rechtsanwender eines Mitgliedsstaates sein Verständnis direkt übernehmen kann. Dies ist gerade in so heiklen Gebieten wie dem Rechtsmissbrauch wünschenswert, da die Grenzziehung dessen, was rechtsmissbräuchlich ist, immer vor dem Hintergrund aktueller politischer, bzw. gesellschaftlicher, Entwicklungen zu sehen ist. Aus diesem Grund erscheint es nicht sachgerecht, einzelnen Mitgliedstaaten die Dogmatik anderer Mitgliedsstaaten, bzw. eines anderen Mitgliedsstaates, aufzuoktroieren und damit einen Mitgliedsstaat zur „leading nation“ des Rechtsmissbrauchs zu erklären. Gerade vor dem Hintergrund, dass die Rechtsmissbrauchskontrolle auch den ordre public-Vorbehalt ersetzen soll, ist eine zu starke Orientierung an einer einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung nicht wünschenswert. Vielmehr müssen die Gründe, die gegen die Anerkennung der Entscheidungen anderer Mitgliedsstaaten ins Feld geführt werden sollen, auf Grundsätzen basieren, die von allen Mitgliedsstaaten akzeptiert werden können, ohne dass das Gefühl entstehen kann, bevormundet zu werden. Dies lässt sich am besten realisieren, indem ein neues, eigenes Konzept entwickelt und nicht ein bereits bestehendes Konzept übernommen wird.

Schwieriger ist zugegebenerweise die Frage nach dem Standort einer solchen Norm, die - um bestmöglich wirken zu können – den Anspruch haben muss, zumindest alle Sekundärrechtsakte<sup>1092</sup> zu erfassen. Eine Verankerung in einem Instrument ähnlich eines Allgemeinen Teils für alle Sekundärrechtsakte, vergleichbar mit dem Allgemeinen Teil des BGB, wäre dazu wünschenswert, ist jedoch in absehbarer Zeit nicht zu erwarten<sup>1093</sup>.

---

<sup>1090</sup>Dazu *Zimmermann*, S. 64 ff.

<sup>1091</sup>Dazu oben.

<sup>1092</sup>Wünschenswert wäre ggf. auch eine Einbeziehung des Primärrechts.

<sup>1093</sup>*Domej*, *RabelsZ* 78 (2014), 508, 550 deutet für den Bereich der Brüssel-VOen an, dass eine „Brüssel O-VO“ als allgemeiner Teil sinnvoll sein könne.

Ein Vorstoß des Gesetzgebers ist zudem geeignet, das Vertrauen der EU-Bürger in das Europäische Recht zu stärken<sup>1094</sup>, indem diese Frage vereinheitlicht<sup>1095</sup> und ein Signal gesetzt wird, dass der einzelne Bürger auch in extremen Situationen, in denen er besonderen Schutzes bedarf, oder sich auch nur besonders schutzbedürftig wähnt nicht allein gelassen wird.

Ein weiterer Vorteil der Kontrolle des Rechtsmissbrauchs durch die vorgeschlagene Norm ist, dass die Norm nicht ausschließlich auf grenzüberschreitende Sachverhalte Anwendung findet, sondern – zumindest theoretisch – auch auf reine Binnensachverhalte Anwendung finden kann<sup>1096</sup>. Denn im Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung ist nicht immer absehbar, ob ein Verfahren im weiteren Verlauf ein reiner Binnensachverhalt bleibt oder ob eine grenzüberschreitende Vollstreckung in Frage kommt<sup>1097</sup>. Die Norm ist also nicht auf die Lösung von Anerkennungsproblematiken beschränkt.

### III. Kein Verstoß gegen das System der Rechtskraft von Urteilen

Eine weitere Frage, die es zu beantworten gilt, ist die, ob die vorgeschlagene Lösung sich mit dem Konzept von Rechtskraft vereinen lässt oder ob Systembrüche drohen. Dabei stellt sich die Problematik nur in Fällen, in denen die Nichtanerkennung von Urteilen oder anderen der Rechtskraft fähigen Titel in Frage steht. Die Nichtanerkennung von Rechten und anderen Rechtspositionen ist im Hinblick auf diesen Aspekt unproblematisch. Aber auch bei der Nichtanerkennung von Urteilen drohen keine Systembrüche, denn in Frage gestellt wird bei der hier vorgeschlagenen Rechtsmissbrauchsschranke nicht das Urteil schlechthin, bzw. dessen Rechtskraft, es wird vielmehr nur untersagt, sich des Titels zu bedienen. Die Rechtsmissbrauchsschranke ist nur eine Ausübungsbegrenzung von außen, die den Bestand des gewährten Rechts bzw. der Rechtsposition unangetastet lässt<sup>1098</sup>. Der Urteilsgläubiger verliert dabei seinen Titel

---

<sup>1094</sup> Althammer/Löhnig, ZZPInt 9 (2004), 23, 37.

<sup>1095</sup> Althammer/Löhnig, ZZPInt 9 (2004), 23, 37.

<sup>1096</sup> Oberhammer, IPRax 2010, 197, 202 weist darauf hin, dass die meisten Anwendungsfälle, in denen ein ordre public-Verstoß ins Feld geführt werde, auch gegen das Recht des Ursprungsmitgliedstaats verstoße. Zudem führt er zutreffenderweise aus, dass es von reinen Zufälligkeiten, wie der grenzüberschreitenden Vollstreckung, abhängt, ob dem Vollstreckungsschuldner die ordre public-Kontrolle als zusätzliches Kontrollinstrument zustehe. Insofern sei es gerechtfertigt, die Binnen- wie grenzüberschreitenden Sachverhalte gleich zu behandeln. Er spricht sich für einen allgemein geltenden „European Fair trial“-Test aus (Oberhammer, IPRax 2010, 197, 202).

<sup>1097</sup> Bach, Grenzüberschreitende Vollstreckung in Europa, S. 486 f.

<sup>1098</sup> Ähnlich wie oben die „Außentheorie“, dazu S. 5 f.

nicht vollständig. Vielmehr ist es unwahrscheinlich, aber nicht schlechthin ausgeschlossen, dass sich die Umstände zu seinen Gunsten derart ändern, dass die Ausübung des Titels wieder zulässig wird. Dies ist auch dem Prinzip des möglichst geringen Eingriffs in die Rechtsposition dienlich.

Die Rechtskraft im europäischen Kontext ist zudem in verschiedenen Zusammenhängen bereits eingeschränkt worden. Eine Einschränkung ergibt sich bereits aus der Mosaiktheorie des EuGH<sup>1099</sup>. Nach dieser Theorie ist das (nur) nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO zuständige Gericht bei Streuschäden darauf beschränkt, über Schäden zu entscheiden, die in seinem Mitgliedsstaat eingetreten sind<sup>1100</sup>. Dies gilt auch für Verfahren des gewerblichen Rechtsschutzes<sup>1101</sup>. Durch die Rechtsprechung des EuGH wird die materielle Rechtskraft insoweit in ihrem objektiven Umfang eingeschränkt<sup>1102</sup>, als es möglich ist, dass wegen desselben Sachverhalts - derselben (angeblichen) Verletzung z.B. eines Urheberrechts<sup>1103</sup> - die Gerichte zu verschiedenen Ergebnissen im Hinblick auf das Vorliegen einer Rechtsverletzung kommen. Dies ist möglich, wenn der Schaden in verschiedenen Mitgliedsstaaten eingetreten ist. Es ist also möglich, dass ein Gericht in Deutschland bei einer Verletzungshandlung mit Handlungsort in Deutschland und Schadenseintritt in Deutschland dazu kommen kann, dass eine Verletzung vorliegt, während ein Gericht in Frankreich<sup>1104</sup> im Hinblick auf den in Frankreich eingetretenen Schaden über denselben Sachverhalt zu einem anderen Ergebnis<sup>1105</sup> kommen kann, nämlich, dass keine Verletzung vorliegt.

---

<sup>1099</sup>EuGH v. 07.03.1995, Rs C-68/93 Slg. 1995, I-415, 450, 462 (*Fiona Shevill u.a./Press Alliance SA*) Rn. 33, EuGH v. 03.10.2013, Rs C-170/12 Slg. 1995, I-415, 450, 462 (*Peter Pinckney./KDG Mediatech AG*) Rn. 45 – 47 zitiert nach <http://curia.europa.eu>.

<sup>1100</sup>*Adolphsen*, GS Konuralp, S. 1, 17 f.

<sup>1101</sup>*Schlosser*, EU-ZPR Art. 5 EUGVVO Rn. 20; *Adolphsen*, GS Konuralp, S. 1, 18.

<sup>1102</sup>*Adolphsen*, GS Konuralp, S. 1, 18.

<sup>1103</sup>Während Urheberrechtsverletzungen als sog. Streudelikte anerkannt sind, *Rauscher/Leible*, EuZPR, Art.7 Brüssel Ia-VO Rn. 129 f., ist dies bei anderen Immaterialgüterverletzungen zumindest streitig, vgl. *Rauscher/Leible*, EuZPR, Art. 7 Brüssel Ia-VO Rn. 131. Wobei in den beiden Randnummern nicht klar herausgestellt wird, ob Urheberrechtsverletzungen als Streudelikte überhaupt in Frage kommen, da inländische Schutzrechte im Ausland nicht verletzt werden können, *Rauscher/Leible*, EuZPR, Art. 7 Brüssel Ia-VO Rn. 131 f. Vgl. dazu auch *Bamberger/Roth/Spickhoff*, Art. 8 VO (EG) 864/2007 Rn. 4 m.w.N.

<sup>1104</sup>Unterstellt in Frankreich besteht ebenso urheberrechtlicher Schutz.

<sup>1105</sup>Verschiedene Ergebnisse im Hinblick auf denselben Lebenssachverhalt sind im Deutschen Recht z.B. bei offenen Teilklagen ebenso möglich. Auch in diesem Fall erwächst das Urteil nur im Hinblick auf den Streitgegenständlichen Teil in Rechtskraft.



Aus dem Vorgesagten lässt sich folgern, dass die Rechtskraft von Urteilen im Europäischen Recht bereits Einschränkungen unterliegt, sodass selbst dann, wenn die vorgeschlagene Rechtsmissbrauchsschranke die Rechtskraft tangieren würde, dies keinen Systembruch darstellte.

### 1. Zuständigkeitserschleichung

Mit einer neu geschaffenen Norm könnte dem Problem der Zuständigkeitserschleichung begegnet werden.

Das Zweitgericht kann unter Anwendung einer solchen Norm und beim Beweis des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen, also ausschließlich der Voraussetzungen, die die Rechtsmissbräuchlichkeit begründen, eine Anerkennung der Zuständigkeit, jedenfalls soweit diese rechtsmissbräuchlich erlangt wurde, verweigern. Die Wirkungen einer solchen Verweigerung würden sich dabei an den Wirkungen einer Nichtanerkennung zu orientieren haben. Wenn und soweit der Rechtsmissbrauch festgestellt ist, entfaltet die begründete Zuständigkeit keine Wirkung, ist also vom Zweitgericht nicht zu beachten.

Um zu verhindern, dass mehrere sich widersprechende Entscheidungen in derselben Sache ergehen, ist dabei sicherzustellen, dass es nicht darum geht, die Rechtsposition die vom Gericht, dessen Zuständigkeit erschlichen wurde, gewährt wird, absolut in Frage zu stellen. Vielmehr berührt die vorgeschlagene Norm nur die Beziehung zwischen Anerkennungsschuldner und –Gläubiger im Sinne einer relativen Rechtsbeziehung.

Nach dieser Konzeption muss jeder Anerkennungsschuldner, der gegen einen Anerkennungsgläubiger den Einwand des Rechtsmissbrauchs geltend machen will, dies gesondert vor Gericht tun. Dadurch, dass ein *anderer* Anerkennungsschuldner bereits ein für diesen positives Urteil erstritten hat, worin der Rechtsmissbrauch im Hinblick auf ein Verfahren, insbesondere ein Insolvenzverfahren, festgestellt wird, wird die Rechtsposition des einen Anerkennungsschuldners nicht berührt. Dies ist sachgerecht, weil es die Position der Parteien nicht ohne deren Zutun, bzw. gegen deren Willen, erneut beeinflusst. Es muss dem Anerkennungsschuldner bereits deswegen gestattet sein, sich gegen einen



Rechtsmissbrauch sehenden Auges nicht zur Wehr zu setzen, weil ein Recht dann nicht mehr *missbraucht* wird, wenn es in dem fraglichen Umfang von der Gegenseite gewährt wird. Dann ist bereits sprachlich von einem *Gebrauch* und nicht von einem *Missbrauch* auszugehen.

Diese Vorgehensweise und das damit möglicherweise verbundene Auseinanderfallen des auf die Insolvenz anwendbaren Rechts, bzw. die Möglichkeit von parallelen Insolvenzverfahren, ist auch im Internationalen Insolvenzrecht und der EuInsVO kein Systembruch. Auch wenn in der EuInsVO der Grundsatz der Universalität als Ideal vorgesehen<sup>1106</sup> ist und eine größtmögliche Verfahrenskoordination angestrebt ist, so ist bereits in der EuInsVO selbst vorgesehen, dass die Vorgabe der Durchführung nur eines einzigen Insolvenzverfahrens für den Schuldner nicht in allen Fällen realistisch ist<sup>1107</sup>. Zunächst ist festzuhalten, dass in Art. 26 EuInsVO ein *ordre public*-Vorbehalt vorgesehen ist, der den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit eröffnet, jedes Insolvenzverfahren und jede Entscheidung<sup>1108</sup>, einschließlich der Eröffnungsentscheidung,<sup>1109</sup> in einem Verfahren eines anderen Mitgliedsstaates nicht anzuerkennen. Dies kann also bereits dazu führen, dass mehrere parallele Verfahren mit ggf. verschiedenen Ergebnissen geführt werden. Aber auch die in der EuInsVO vorgesehenen Möglichkeiten der Partikularverfahren nach Art. 3 Abs. 3, 4 EuInsVO<sup>1110</sup> und der Sekundärinsolvenzverfahren nach Art. 27 ff. EuInsVO<sup>1111</sup> sowie die Regelung der Artt. 5, 6 EuInsVO zeigen, dass es durchaus vorgesehen ist, die mit der Insolvenz verbundenen Sachverhalte verschiedenen Rechten zu unterwerfen und dass ggf. die damit verbundenen unterschiedlichen materiellen Ergebnisse in verschiedenen Staaten, bzw. nach den Rechten der verschiedenen Staaten, hinzunehmen sind.

---

<sup>1106</sup>Vgl. *Paulus*, EuInsVO, Einl. Rn. 21 und vgl. Erwägungsgründe 1 – 4 und 11 der EuInsVO. Insbesondere in Erwägungsgrund 11 ist dieses Ideal bereits deutlich eingeschränkt.

<sup>1107</sup>Duursma-Kepplinger/Duursma/*Chalupsky*, EuInsVO, Vorbemerkungen zur EuInsVO Rn. 43 spricht von „kontrollierter Universalität“; *Paulus*, EuInsVO, Einl. Rn. 26 von „Zugeständnissen an die Realität“.

<sup>1108</sup>Duursma-Kepplinger/Duursma/*Chalupsky*, EuInsVO, Art. 26 Rn. 15.

<sup>1109</sup>Duursma-Kepplinger/Duursma/*Chalupsky*, EuInsVO, Art. 16 Rn. 23; *Paulus*, EuInsVO, Art. 16 Rn. 4. *Paulus*, EuInsVO, Art. 3 Rn. 56 nennt auch ausdrücklich den Fall der Nichtanerkennung der Eröffnungsentscheidung als Anwendungsfall des Partikularverfahrens.

<sup>1110</sup>Dazu Duursma-Kepplinger/Duursma/*Chalupsky*, EuInsVO, Art. 3 Rn. 62 ff.; *Paulus*, EuInsVO, Art. 3 Rn. 56.

<sup>1111</sup>Siehe dazu *Paulus*, EuInsVO, Art. 3 Rn. 48 ff.

Vor diesem Hintergrund stellt es keinen Systembruch dar, wenn nach dem erfolgreichen Rechtsmissbrauchseinwand eines Insolvenzgläubigers die rechtsmissbräuchlich erlangte Entscheidung, und sei es die Entscheidung über die Zuständigkeit, im Verhältnis zu diesem einzelnen Gläubiger nicht anerkannt wird.

## 2. Torpedoproblematik

Weniger Herausforderungen hat sich eine Norm bei den Torpedos zu stellen. Wenn im zweiten Prozess der Rechtsmissbrauch bewiesen wäre, wäre die Wirkung des Art. 29 Brüssel Ia-VO ab diesem Zeitpunkt nicht mehr gegeben. Die zweite Klage wäre zulässig. Dabei bleibt zu betonen, dass die Anforderungen an den Rechtsmissbrauch hoch zu stecken sind.

Wünschenswert wäre dann eine entsprechende Abstimmung zwischen Erstgericht und Zweitgericht<sup>1112</sup>, um den Fall widerstreitender Entscheidungen zu vermeiden.

## 3. Prozessbetrug

Schließlich lässt sich die Konstellation des Prozessbetrugs ebenfalls einer Lösung zuführen. Denn ein erschliches Urteil ist ebenfalls eine Rechtsposition, der mit der vorgeschlagenen Norm die Geltendmachung, bzw. Anerkennung, verwehrt werden kann.

Dabei ist die Anwendung dieser Norm auf die Fälle des Rechtsmissbrauchs im Ergebnis vergleichbar mit der Anwendung der im europäischen Kontext wohl nicht mehr zukunftsfähigen Lösung<sup>1113</sup> über die ordre public-Kontrolle.

Bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen der Norm wird die Rechtsposition Urteil insofern entwertet, als dass dem Urteilsgläubiger verwehrt wird, sich auf das Urteil zu berufen.

---

<sup>1112</sup>Art. 29 Abs. 2 Brüssel Ia-VO, die Informationspflicht, ist ein Ansatz, aber von einer Abstimmung noch weit entfernt.

<sup>1113</sup>Siehe oben, S. 110 ff.

Der Betrüger kann die Früchte seines Betrugs dann nicht mehr ernten, auch wenn der Bestand des erschlichenen Urteils nicht angegriffen wird. Bei Anwendung dieser Norm sind die Interessen des Urteilsschuldners, vor betrügerischen Handlungen geschützt zu werden, in ausreichendem Maß berücksichtigt. Der Urteilsschuldner kann das den Rechtsmissbrauch feststellende Urteil im Konfliktfall gegen das erschlichene Urteil in Stellung bringen.

#### H. Zusammenfassung

Das Instrument, das alle Konstellationen einer Lösung zuführen kann, ist die Aufnahme einer Norm, die das Verbot des Rechtsmissbrauchs regelt.

Die anderen de lege ferenda vorgeschlagenen Lösungen sind zu spezifisch auf eine Problematik zugeschnitten, um das Phänomen Rechtsmissbrauch in seiner Gesamtheit einer einheitlichen Lösung zuzuführen. Eine solche ist jedoch vor dem Hintergrund der verschiedenen Rechtsstände der Mitgliedsstaaten im Hinblick auf die Problematik des Rechtsmissbrauchs wünschenswert.

Zugleich bereitet die Normierung den Weg zu einem europäischen Verständnis des Rechtsmissbrauchs – losgelöst von dem Verständnis der Mitgliedsstaaten – und damit zu einem europäischen Verständnis eines Prinzips, das nicht nur auf privatrechtliche oder zivilprozessuale Rechte und Rechtspositionen Anwendung finden kann, sondern als Beschränkung aller Rechte und Rechtspositionen dient.

#### **6. Kapitel Verhinderung des Missbrauchs der Missbrauchsschutzinstrumentarien – Anforderungen an eine Norm**

Nicht vergessen werden darf trotz oder gerade wegen dem dargestellten Gang der Untersuchung, dass es mitnichten nur der Titelgläubiger ist, der die ihm zustehenden Möglichkeiten rechtsmissbräuchlich ausnutzen kann. Nicht weniger wahrscheinlich ist, dass der Titelschuldner die sich ihm bietenden Rechtsbehelfe gegen ein zu *Recht* ergangenes Urteil ins Feld bringt, um seine Positi-

on, sei es rechtlich, sei es tatsächlich, zu verbessern<sup>1114</sup>. Dabei kann dem Titelschuldner z.B. an einer Verzögerung des Verfahrens gelegen sein<sup>1115</sup>, z.B. um im Falle einer Patentverletzung den Gewinn aus der Vermarktung des Produkts längstmöglich zu generieren oder um zu warten, bis der Titelgläubiger sich weitere Schritte der – materiell berechtigten – Rechtsverfolgung nicht mehr leisten kann, bzw. um sich eine bessere Position für einen Vergleichsschluss zu sichern.

Dabei herrscht ein Spannungsverhältnis zwischen den zu berücksichtigenden Interessen vor. Einerseits darf der Titelgläubiger, der seinen Anspruch immerhin bereits einmal hat erfolgreich behaupten können, nicht mit der Möglichkeit einer Hinhaltenaktik des Titelschuldners belastet werden. Andererseits sollte der Titelschuldner in krassen Fällen des Rechtsmissbrauchs trotzdem wirksam dagegen vorgehen können. Um dies zu gewährleisten, müssen die Anforderungen, die an dieses Vorgehen gestellt werden, auch durch den Titelgläubiger zu realisieren sein.

Aus diesem Grund muss sich ein Instrument zur Verhinderung des Rechtsmissbrauchs – insbesondere eine Norm, so wie sie hier vorgeschlagen wird – auch den Anforderungen stellen, dass es selbst nicht missbraucht werden kann<sup>1116</sup>.

#### A. Einschränkung des zulässigen Vorbringens

Zunächst einmal erscheint es sachgerecht, die Anforderungen an das ein Einschreiten der Gerichte rechtfertigendes Vorbringen sehr hoch anzusetzen. Schließlich wird auf Betreiben des Titelschuldners eine für ihn ungünstige aber ggf. bereits rechtskräftige Entscheidung angegriffen.

Daher erscheint es sachgerecht, das zu berücksichtigende Vorbringen derart zu beschränken, dass im Sinne einer Präklusion nur die Tatsachen Berücksichti-

---

<sup>1114</sup>Vgl. *Regen*, Prozessbetrug, Rn. 584 ff.; *Völker*, ordre public, S. 221 f.; *Tichý*, FS Martiny, S. 862; *Hau*, IPRax 2004, 20, 22; *Leipold*, FS Stoll, 625, 644.

<sup>1115</sup>*Mankowski*, RIW 2015, 17, 21 zum „umgekehrten Torpedo“ unter Ausnutzung der Wirkung des Art. 31 Abs. 2 Brüssel Ia-VO.

<sup>1116</sup>*Tichý*, FS Martiny, S. 862 stellt fest: „Je stärker rechtsstaatliche Prinzipien entwickelt sind, desto geringer ist das Risiko missbräuchlichen Verhaltens“.

gung finden, die zu einem früheren Zeitpunkt, bzw. Verfahrensstadium, nicht hätten vorgebracht werden können<sup>1117</sup>. Dies belässt es bei der starken Rolle des Erstgerichts, das insoweit so abschließend wie möglich über den Sachverhalt entscheiden soll. Nur in den wenigen Fällen, in denen die Möglichkeiten des Erstgerichts (vor allem faktisch) hinter denen des Zweitgerichts zurückbleiben, soll die Rechtsmissbrauchskontrolle greifen. So wird vor allem vermieden, dass die Rechtsmissbrauchskontrolle zu einem forumüberschreitenden Rechtsmittel verkommt. In diesem Sinne kann von dem Titelschuldner verlangt werden alle Rechtsbehelfe, ordentliche wie außerordentliche zu ergreifen, um den Titel gegen ihn im Erststaat zu beseitigen<sup>1118</sup>.

### B. Schadensersatz

Weiterhin ist denkbar, den Titelgläubiger auf Schadensersatzansprüche gleich welcher Art zu verweisen. Dies ist jedoch, analog zu der oben bereits dargestellten Situation<sup>1119</sup>, nicht sachgerecht. Denn es kann gerade das Ziel des Titelschuldners sein, den Titelgläubiger durch die rechtsmissbräuchliche Geltendmachung des Rechtsmissbrauchsschutzinstruments, so durch das Vorenthalten der Zahlungen und damit von Liquidität unter Druck zu setzen, dass der Titelgläubiger sich genötigt fühlen kann, einen ungünstigen Vergleich abzuschließen. Es sind sogar Fälle denkbar, in denen der Titelgläubiger durch dieses Vorenthalten von Liquidität in die Gefahr der Insolvenzeröffnung gerät<sup>1120</sup>.

Für diese Konstellationen ist – wie oben bereits beschrieben - ein Anspruch auf Schadensersatz nicht ausreichend, da dieser grundsätzlich in die Vergangenheit gerichtet ist.

### C. Sicherheitsleistung

Anders als oben (vgl. S. 156 ff.), wenn es um die Anerkennung und Vollstreckung der erststaatlichen Entscheidung geht, erscheint es durchaus bedenkens-

---

<sup>1117</sup>Vgl. oben die Ausführungen zur Präklusion beim ordre public-Vorbehalt S. 95 ff. Die Überlegungen lassen sich übertragen.

<sup>1118</sup>Vgl. dazu die restriktive Ansicht beim ordre public-Vorhalt, Fn. 629 sowie die Erläuterungen dazu S. 95.

<sup>1119</sup>Vgl. dazu S. 128 ff.

<sup>1120</sup>Vgl. dazu z.B. im Deutschen materiellen Insolvenzrecht § 17 InsO, den Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit.

wert, die Einlegung eines Rechtsbehelfs, mit der Rechtsmissbrauch geltend gemacht wird, *immer* von der Gestellung von Sicherheiten abhängig zu machen.

Dies beugt dem rechtsmissbräuchlichen Ausnutzen des Rechtsmissbrauchsschutzinstruments auf verschiedene Weise vor. Denn derjenige, der geltend machen will, dass eine gegen ihn ergangene Entscheidung rechtsmissbräuchlich ist, ist gezwungen, neben der Zahlung etwaiger Gerichtsgebühren, auch die Gestellung der Sicherheiten – meist in Form von Bankbürgschaften - zu finanzieren. Dies setzt eine gewisse Ernsthaftigkeit des Anliegens voraus. Zugleich ist der Gläubiger, der immerhin (im Regelfall<sup>1121</sup>) einen bereits durch ein Gericht gewährten vollstreckbaren Titel erstritten hat, vor einem etwaigen Ausfall seines Schuldners geschützt. Dem Problem des Vorenthaltens von Liquidität (siehe oben) kann dabei begegnet werden, indem dem Gläubiger nötigenfalls Liquidität (nur) gegen Gestellung von Sicherheiten seinerseits zugeführt wird. Dieses System gegenseitiger Sicherheitsleistung führt dazu, dass etwaige Vermögensverschiebungen nicht abschließend sind. Der Aspekt, dass dieses System bereits durch die auf verschiedenen Seiten anfallenden Kosten für die Sicherheitengestellungen potentiell kostenintensiv ist, ist dabei erwünscht. Denn der Grundsatz, dass Entscheidungen automatisch anerkannt und vollstreckt werden sollen, soll nicht in Frage gestellt werden. Um dies zu gewährleisten, ist es notwendig, entsprechende Hürden vor der erfolgreichen Geltendmachung des Rechtsmissbrauchsarguments zu implementieren. Dem Vollstreckungsschuldner soll bereits bei der Erhebung etwaiger Rechtsbehelfe vor Augen geführt werden, dass *er* – und nicht der Vollstreckungsgläubiger, der sich auf eine Rechtsposition beruft – in der Position ist, sein eigentlich systemfremdes Anliegen *besonders* zu unterstützen. Dies kann neben der oben erwähnten Einschränkung des Vorbringens durch den Grundsatz der Präklusion auch bedeuten, dass besondere Vermögensopfer zu erbringen sind. Diese Belastung des Vollstreckungsschuldners ist gerechtfertigt, da die bis dahin bestehende Rechtslage einer anzuerkennenden Entscheidung gegen ihn spricht.

---

<sup>1121</sup>Vgl. zu anderen Vollstreckungstiteln z.B. § 794 ZPO.

Die Sicherheitsgestellung, die dazu dient etwaige Schadensersatzansprüche – die abhängig vom Ausgang des Verfahrens beiden Parteien zustehen können – zu sichern, ist dabei zwar, ebenso wie oben, ihrer Natur nach nur vorläufig, jedoch über einen deutlich längeren Zeitraum als die Sicherheiten nach Art. 44 Abs. 1 lit. b) Brüssel Ia-VO<sup>1122</sup>. Letztere hängt von der (nur) vorläufigen Vollstreckbarkeit der anzuerkennenden Entscheidung ab. Die Sicherheitsleistung, die hier in Rede steht, sollte jedoch während der gesamten Dauer des Verfahrens über die Entscheidung, ob ein Fall des Rechtsmissbrauchs vorliegt oder nicht, greifen.

Diese Sicherheitsleistung ist auch und gerade in den Fällen, in denen es um das Ausnutzen der prozessualen Sperrposition des Art. 29 Brüssel Ia-VO geht, sinnvoll. Denn das Verfahren in dem Erststaat, das rechtsmissbräuchlich ausgenutzt wird, läuft weiter. Das zweitstaatliche Gericht, das (eigentlich) gem. Art. 29 Brüssel Ia-VO gezwungen wäre auszusetzen, kann bei der Anordnung der Sicherheitsleistung den Aspekt der Rechtsmissbräuchlichkeit berücksichtigen, eine Entscheidung in der Sache selbst ist nicht notwendig. Es wird auch keine Entscheidung über die Langsamkeit der Gerichte des Erststaates getroffen, sondern nur die Entscheidung darüber, dass ein eingelegtes Verfahren rechtsmissbräuchlich eingelegt sei und dass deswegen die Anordnung gegenseitiger Sicherheitsleistung notwendig sei. Diese Anordnung ist dabei etwas Anderes als die Möglichkeit, einstweiligen Rechtsschutz nachzusuchen. Denn anders als bei der Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes geht es nicht um die einstweilige Sicherung des Hauptanspruchs, der bei den fraglichen Patentverletzungsklagen i.d.R. der Unterlassungsanspruch ist, sondern darum einen möglichen Schadensersatzanspruch zu sichern. Dieser Schadensersatzanspruch umfasst dabei – ähnlich, nur unter umgekehrten Vorzeichen, wie im Deutschen Recht § 717 Abs. 2 ZPO - vor allem den Schaden, der durch die verzögerte Vollstreckung entsteht.

Aus diesen Gründen ist zum Ausgleich der Interessen von Anerkennungs-schuldner und Anerkennungsgläubiger eine obligatorische Sicherheitsleistung sinnvoll, die in der Höhe von den Gegebenheiten des Einzelfalls abhängig ist,

---

<sup>1122</sup>Dazu S. 156 ff.

aber insbesondere die Nachteile des Anerkennungsgläubigers an der - aus seiner Sicht - verzögerten Vollstreckung kompensieren sollte.

#### D. Zeitliche Obergrenze

Um dem Postulat der Rechtssicherheit<sup>1123</sup> Genüge zu tun, ist es sachgerecht, der Geltendmachung des Einwands des Rechtsmissbrauchs zeitliche Beschränkungen im Sinne einer Ausschlussfrist aufzuerlegen.

Eine solche Ausschlussfrist hat den Vorteil, dass sie die Spannungen<sup>1124</sup> zwischen dem Urteilsgläubiger, für den zumindest der Schein eines rechtmäßig erstrittenen Urteils streitet, und dem Urteilsschuldner, der sich auf die wahre materielle Rechtslage unter Berücksichtigung des zu missbilligenden Verhaltens des Urteilsgläubigers beruft, ausgleichen kann. Denn dann kann sowohl der Urteilsgläubiger, ob redlich oder nicht, als auch der Rechtsverkehr nach einer bestimmten und vorhersehbaren Zeit auf ein ergangenes und immerhin rechtskräftiges Urteil vertrauen<sup>1125</sup>, da es nicht mehr der Rechtsmissbrauchskontrolle unterzogen werden kann.

Bei der Bestimmung der Länge dieser Frist ist zu beachten, dass der, der das Recht missbraucht, nicht schutzwürdig ist. Die Einführung einer Frist kann vor allem den Justizapparat entlasten, der nicht mit Verfahren belastet wird, bei denen sich die Beweislage bereits durch den Ablauf einer erheblichen Zeitdauer massiv verschlechtert hat<sup>1126</sup>. Andererseits muss bei der Bestimmung einer solchen Ausschlussfrist beachtet werden, dass Ansprüche, über die rechtskräftig entschieden wurde, erst in geraumer Zeit verjähren<sup>1127</sup>. Der Schaden durch den Rechtsmissbrauch kann also im Falle eines Urteils über einen sehr langen Zeitraum wirken. Dieser Zeitraum muss nicht vollständig erfasst werden, denn

---

<sup>1123</sup>Vgl. für das Deutsche Recht z.B. BVerfG NJW 1982, 2425, 2426; für das europäische Recht z. B. EuGH v. 03.09.2009, Rs. C-2/08, Slg. I-7501,7520, (*Amministrazione dell'Economia e delle Finanze und Agenzia delle Entrate./Fallimento Olimpclub SrL*) Rn. 27 ff., wobei in Rn. 32 festgehalten wird, dass die Rechtskraft nicht den Schutz vor missbräulichen Verhaltensweisen verhindern dürfe.

<sup>1124</sup>Zur Gemengelage siehe z.B. BVerfG NJW 1982, 2425, 2426.

<sup>1125</sup>Vgl. auch die Ausschlussfrist für Restitutionsklagen des § 586 Abs. 2 S. 2 ZPO. Auch durch diese soll der Rechtsfrieden nach Zeitablauf hergestellt und verhindert werden, dass rechtskräftige Urteile zu lange in der Schwebe bleiben, siehe dazu MüKoZPO/Braun, § 586 Rn. 1.

<sup>1126</sup>Vgl. die Begründung zur Einführung des § 586 Abs. 2 S. 2 ZPO: Der Verdunklung der „einschlagenden Verhältnisse“ durch Zeitablauf (MüKoZPO/Braun, § 586 Rn. 1).

<sup>1127</sup>In Deutschland nach 30 Jahren, § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB.



ansonsten wäre die Ausschlussfrist faktisch keine und würde ihrem Zweck nicht gerecht. Aus diesem Grund ist eine Frist von zehn Jahren in Anlehnung an die Frist des § 199 Abs. 3 lit. a BGB angemessen.

#### E. Ergebnis

Um dem Rechtsmissbrauch bei der Geltendmachung des Rechtsmissbrauchsschutzes vorzubeugen, ist es erforderlich, dass die Möglichkeiten, sich gegen anzuerkennende Entscheidungen mittels Rechtsmissbrauchsargumenten wehren zu können, so weit wie möglich eingeschränkt werden.

Die Risikoverteilung zwischen Vollstreckungsschuldner und Vollstreckungsgläubiger läuft dabei darauf hinaus, dass der Vollstreckungsschuldner - als Gegengewicht zu der Möglichkeit, sich in gewissen Maßen über das System der automatischen Anerkennung zu stellen - mit sämtlichen Risiken zu belasten ist. Dies schließt die Pflicht zur Sicherheitsleistung ebenso ein, wie die Obliegenheit, den Rechtsmissbrauch zu früh wie möglich, aber auch nur maximal zehn Jahre, geltend zu machen.

### **7. Kapitel Schluss**

#### A. Zusammenfassung in Thesen

- Die Unterscheidung der einzelnen Rechtsmissbrauchskategorien, individueller Rechtsmissbrauch und institutioneller Rechtsmissbrauch, ist im europäischen Kontext nicht notwendig.<sup>1128</sup>
- Ein europäischer Rechtsmissbrauchstatbestand sollte ein subjektives Tatbestandsmerkmal aufweisen.<sup>1129</sup>
- Eine Kontrolle des Rechtsmissbrauchs sollte auf Ebene des Europäischen Rechts, nicht der nationalen Rechte, eingreifen.<sup>1130</sup>
- Eine Rechtsmissbrauchskontrolle ist auf allen Ebenen des Europäischen Rechts und in allen Verfahrensstadien geboten.<sup>1131</sup>

---

<sup>1128</sup>Siehe dazu S. 10 ff.

<sup>1129</sup>Siehe dazu S. 22 ff.

<sup>1130</sup>Siehe dazu S. 82 ff.

<sup>1131</sup>Siehe dazu S. 86 ff.

- Es ist ein neues System zur Bekämpfung von Rechtsmissbrauch erforderlich, da die bestehenden Mechanismen, die für die wenigen anerkannten Konstellationen ins Feld gebracht werden, Gefahr laufen, der Vereinheitlichung des europäischen Rechtsraums zum Opfer zu fallen. Insbesondere steht der ordre public-Vorbehalt ggf. in Zukunft wegen seiner Ausrichtung als Abwehr gegen ausländische Urteile nicht mehr zu Verfügung.<sup>1132</sup>
- Die Möglichkeiten de lege lata bieten nicht genügend (umfassenden) Schutz.<sup>1133</sup>
- Als Lösung eignet sich am besten eine Normierung des Rechtsmissbrauchs.<sup>1134</sup>
- Sinnvollerweise wird keine Konzeption eines Mitgliedsstaates direkt übernommen, um die Rechtsmissbrauchsdogmatik im Europäischen (Privat- und Zivilprozess-) Recht nicht zu stark durch einen Mitgliedsstaat beeinflussen zu lassen, damit sich ein europäisches, gemeinsames Verständnis vom Rechtsmissbrauch entwickeln kann<sup>1135</sup>.
- Diese Norm muss um wirksam sein zu können, das gesamte Europäische Zivilprozessrecht und evtl. auch die Regelungen in anderen Rechtsgebieten des Europäischen Rechts erfassen. Daher sollte der Standort der Norm zweckmäßigerweise nicht in einzelnen Verordnungen oder Richtlinien des Sekundärrechts sein, vielmehr muss eine Ebene über den Verordnungen und Richtlinien gesucht werden.<sup>1136</sup>
- Die Norm sollte die Möglichkeit der Geltendmachung des Rechtsmissbrauchs von einer automatischen Sicherheitsleistung des Vollstreckungsschuldners abhängig machen.<sup>1137</sup>
- Es ist zweckmäßig, eine Ausschlussfrist für die Geltendmachung des Rechtsmissbrauchseinwands vorzusehen.<sup>1138</sup>

---

<sup>1132</sup>Siehe dazu S. 110 ff.

<sup>1133</sup>Siehe dazu S. 158.

<sup>1134</sup>Siehe dazu S. 175 ff.

<sup>1135</sup>Siehe dazu S. 177 ff.

<sup>1136</sup>Siehe dazu S. 177 ff.

<sup>1137</sup>Siehe dazu S. 187 ff.

<sup>1138</sup>Siehe dazu S. 190 ff.

## B. Vorschlag der Norm

Rechte und Rechtspositionen, die missbraucht werden, bleiben, soweit der Rechtsmissbrauch reicht, unberücksichtigt. Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn eine Partei zumindest fahrlässig dem Zweck eines Rechts oder einer Rechtsposition zuwiderhandelt und der anderen Partei damit zumindest fahrlässig einen Schaden zufügt.

Rechtsmissbrauch ist unverzüglich nach Kenntnis der Umstände, die die Rechtsmissbräuchlichkeit begründen, geltend zu machen. Nach dem Ablauf von zehn Jahren ist das Berufen auf den Rechtsmissbrauch ausgeschlossen. Die Frist beginnt am Ende des Jahres, in dem der Rechtsmissbrauch begründet wurde.

Die Partei, die sich auf den Rechtsmissbrauch beruft, hat der anderen Partei Sicherheit zu leisten. Die Art und Höhe der Sicherheit steht dabei im Ermessen des erkennenden Gerichts.