

Schriften zum Prozessrecht

Band 166

**Einflüsse des
Diskriminierungsverbots
und der Grundfreiheiten
der EG auf das nationale
Zivilprozessrecht**

Von

Kirsten Tönsfeuerborn



Duncker & Humblot · Berlin

KIRSTEN TÖNSFEUERBORN

Einflüsse des Diskriminierungsverbots
und der Grundfreiheiten der EG auf das
nationale Zivilprozessrecht

Schriften zum Prozessrecht

Band 166

Einflüsse des Diskriminierungsverbots und der Grundfreiheiten der EG auf das nationale Zivilprozessrecht

Von

Kirsten Tönsfeuerborn



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Tönsfeuerborn, Kirsten:

Einflüsse des Diskriminierungsverbots und der Grundfreiheiten der
EG auf das nationale Zivilprozessrecht / von Kirsten Tönsfeuerborn. –
Berlin : Duncker und Humblot, 2002

(Schriften zum Prozessrecht ; Bd. 166)

Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2000/2001

ISBN 3-428-10643-1

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0219

ISBN 3-428-10643-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☹

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2000/2001 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinem verehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Herbert Roth. Er gab durch seine wissenschaftlichen Beiträge zu diesem Problemfeld nicht nur den Anstoß zu dieser Arbeit, sondern unterstützte sie auch stets wohlwollend durch wichtige Hinweise und den größtmöglichen wissenschaftlichen Freiraum. Herrn Prof. Dr. Peter-Christian Müller-Graff gebührt mein Dank für die Erstattung des Zweitgutachtens.

Bedanken möchte ich mich auch bei meinen Lehrstuhlkolleginnen für das nette und produktive Arbeitsumfeld, insbesondere bei Anke Zimmermann für die Hilfe bei der Korrekturarbeit.

Dank schulde ich außerdem Imke Heuer und Markus Spieß für ihre wertvolle Unterstützung und unermüdliche Aufmunterung. Hervorzuheben sind schließlich meine Eltern, die die Entstehung dieser Arbeit ermöglicht haben.

Wiesbaden, im September 2001

Kirsten Tönsfeuerborn

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
§ 1 Grundfälle	19
§ 2 Problemstellung	21
I. Die Ansicht Manfred Wolfs	21
II. Der Ansatz Marcel Stormes	21
III. Folge: Eingriff in das Prinzip der lex fori	23
IV. Öffentliches Recht und Privatrecht	23
V. Bedeutung des Zivilprozessrechts	24
§ 3 Schnittstellen des Zivilprozessrechts mit dem Europarecht	26
I. Übereinkommen	26
1. Art. 293, 4. Spstr. EG	26
a) EuGVÜ	26
b) Insolvenzrecht	28
2. Europäische Politische Zusammenarbeit	28
3. Art. K des Maastrichter Vertrages	29
a) EheEuGVÜ	29
b) Zustellungsübereinkommen	30
II. Sekundäres Gemeinschaftsrecht	30
III. Europäische Menschenrechtskonvention	31

IV. EG-Vertrag als Quelle des primären Gemeinschaftsrechts	32
1. Diskriminierungsverbot	33
2. Grundfreiheiten	33
Erster Teil	
Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 Abs. 1 EG	34
<i>Erstes Kapitel</i>	
Die Entscheidungen des EuGH	35
§ 4 Mahnverfahren	35
I. Mahnverfahren in ausländischer Währung	35
II. Mahnverfahren mit Zustellung im Ausland	37
§ 5 Prozesskostensicherheit für Ausländer	38
§ 6 Auslandsvollstreckung als ausreichender Arrestgrund	41
<i>Zweites Kapitel</i>	
Der Tatbestand des Art. 12 Abs. 1 EG	43
§ 7 Anwendungsbereich des Vertrages	43
I. Keine Einwirkung des Gemeinschaftsrechts auf nationales Zivilprozessrecht? ..	43
1. Keine Kompetenz zur Einwirkung auf das Zivilprozessrecht	44
2. Kein genereller Ausschluss des Zivilprozessrechts aus dem Anwendungsbe- reich	44
II. Absolute Kriterien	45
III. Gemeinschaftsrechtliche Regelung des betroffenen Gebiets	46
1. Anspruch auf Gleichbehandlung	47
2. Beschränkung der Grundfreiheiten	48

Inhaltsverzeichnis	7
3. Konkreter Verfahrensgegenstand	50
4. Beschaffenheit des Zusammenhangs	50
a) Quantitative Einschränkung	50
b) Auswirkungen auf die Ausübung der Grundfreiheiten	51
IV. Kompetenzvorschriften	52
1. Spezielle Kompetenznormen	52
a) Art. 44 Abs. 2 lit. g EG	52
b) Art. 61 lit. c i.V.m. Art. 65 EG	53
2. Generalklauseln	53
V. Komplementärrecht	54
1. Einbeziehung des Komplementärrechts	54
2. Keine Einbeziehung des Komplementärrechts	55
VI. Ergebnis	56
§ 8 Unbeschadet besonderer Bestimmungen	57
I. Konkrete Betroffenheit mehrerer Grundfreiheiten	58
II. Potenzielle Betroffenheit mehrerer Grundfreiheiten	59
III. Allgemeiner oder spezifischer Bezug	59
IV. Mittelbare oder unmittelbare Betroffenheit einer Grundfreiheit	60
V. Stellungnahme	61
§ 9 Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit	62
I. Unmittelbare Diskriminierung	63
II. Mittelbare Diskriminierung	63
1. Beispiele aus der Rechtsprechung	63
2. Grenze der Gleichstellung	64
a) Besonderer grenzüberschreitender Bezug des Kriteriums	65
b) Finalität	65

c) Regelungsergebnis im Einzelfall	66
III. Beschränkungen durch Unterschiede der Rechtsordnungen	66
IV. Inländerdiskriminierungen	67
§ 10 Rechtfertigung	69
I. Unmittelbare Diskriminierungen	70
1. Absolutes Diskriminierungsverbot	70
2. Relatives Diskriminierungsverbot	71
3. Anforderungen an den rechtfertigenden Grund	72
4. Rechtfertigung im Fall des § 110 Abs. 1 S. 1 ZPO a.F.	73
II. Mittelbare Diskriminierungen	74
1. Rechtfertigung im Fall des § 688 Abs. 1 ZPO a.F.	75
2. Rechtfertigung im Fall des § 917 Abs. 2 ZPO a.F.	75
III. Ergebnis	77
§ 11 Verhältnismäßigkeit	78
§ 12 Rechtsfolge	78

Drittes Kapitel

Weiteres prozessuales Fremdenrecht	79
§ 13 Sicherheitsleistung gemäß § 108 ZPO i.V.m. § 239 BGB	81
I. Anwendbarkeit des § 239 BGB auf § 108 ZPO	81
II. Verstoß des § 239 BGB gegen das Diskriminierungsverbot	82
§ 14 Prozesskostenhilfe gemäß § 116 S. 1 Nr. 2 ZPO	85
§ 15 Zustellungsrecht	86

Inhaltsverzeichnis	9
I. Fiktive Inlandszustellung gemäß §§ 174 Abs. 2, 175 Abs. 1 S. 3 ZPO	86
1. Fingierter Zustellungszeitpunkt	87
2. Hinweispflicht	89
II. Die französische „remise au parquet“	90
III. Öffentliche Zustellung nach § 203 Abs. 2 ZPO	91
§ 16 Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO	92
§ 17 Echtheit ausländischer öffentlicher Urkunden gemäß § 438 ZPO	94
§ 18 Erfassung ausländischer Urteile von § 917 Abs. 2 ZPO n.F.	95
§ 19 Ergebnis zu Teil 1	95

Zweiter Teil

Unterschiede nationaler Zivilprozessrechte als Behinderung der Grundfreiheiten 97

Erstes Kapitel

Allgemeines 98

§ 20 Beschränkung der Untersuchung auf die Warenverkehrs- und die Dienstleistungsfreiheit	98
§ 21 Spannungsverhältnis	100
§ 22 Konsequenzen einer Einordnung des Zivilverfahrensrechts unter den Tatbestand der Grundfreiheiten	101
I. Vorteile der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten	101
II. Nachteile der Einbeziehung des Zivilprozessrechts in die Grundfreiheitenkontrolle	102

§ 23 Gerichtsstandvereinbarung	103
§ 24 Subsidiaritätsprinzip	105

Zweites Kapitel

Die Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 28 ff. EG	106
§ 25 Die Dassonville-Formel des EuGH	107
I. Mitgliedstaatliche Handelsregelung	108
II. Handelsbehinderung	109
1. Wirkungstechnik	109
2. Negative Beeinflussung der Einfuhren	111
a) Diskriminierungen	111
b) Sonstige Beschränkungen	112
aa) Keine Erfassung des Zivilprozessrechts	113
bb) Einfluss des Zivilprozessrechts auf den Warenverkehr	113
III. Eignung	114
IV. Kein Spürbarkeitserfordernis	115
V. Ergebnis	116
§ 26 Die Cassis de Dijon-Rechtsprechung	116
I. Unterschiedslos anwendbare Maßnahmen	117
II. Herkunftslandprinzip	117
1. Produktmodalitäten	118
2. Ausdehnung auf andere Regelungen	119
a) Regelungen mit protektionistischer Wirkung	119
b) Regelungen ohne protektionistische Wirkung	120

Inhaltsverzeichnis	11
3. Zivilprozessrecht	121
a) Keine protektionistische Wirkung	121
b) Berücksichtigung der Nachfolgerechtsprechung	122
c) Bedenken gegen die Anwendung des Herkunftslandprinzips auf das Zivilprozessrecht	123
aa) Lex fori-Prinzip	123
bb) Anwendung ausländischen Rechts anstelle bloßer Anerkennung	124
cc) Kollision von Rechten des Klägers mit denen des Beklagten	124
dd) Umgekehrte Diskriminierung	125
(1) Grundsätzliche Einbeziehung von Inländern	125
(2) Voraussetzung der Grenzüberschreitung	126
(3) Ergebnis	129
d) Ergebnis	129
III. Zwingende Erfordernisse	130
1. Einordnung des Merkmals	130
2. Kohärenz als Schutzinteresse des Zivilverfahrensrechts	131
IV. Ergebnis	133
§ 27 Das Urteil Keck	133
I. Produktbezogene Regelungen	135
II. Verkaufsmodalitäten	136
1. Unterschiedslose Anwendbarkeit	137
2. Rechtlich und tatsächlich gleiche Betroffenheit	137
3. Begriff der Verkaufsmodalität	138
III. Konsequenz für das Zivilverfahrensrecht: Erst-recht-Schluss	139
1. Quantitative Auswirkungen	140
2. Finalität	142
3. Spürbarkeit	143
4. Marktzugang	145

5. Protektionistische Wirkung	147
a) Produktmodalitäten	148
b) Verkaufsmodalitäten	149
c) Zivilprozessrecht	149
IV. Bewertung des Rechtsprechungswandels	150
1. Kritik am Protektionismuserfordernis	150
2. Bekenntnis zum unvollkommenen Binnenmarkt	151
V. Ergebnis	152
§ 28 Regelungen neben Produkt- und Verkaufsmodalitäten: Allgemeine Ordnungsvorschriften	153
I. Existenz einer weiteren Regelungsgruppe	153
II. Rechtsprechung des EuGH	154
1. Krantz	154
2. CMC Motorradcenter	156
3. Weitere Urteile	157
4. ED Srl. / Italo Fenocchio	158
III. Voraussetzungen für die fehlende Eignung zur Handelsbehinderung	160
1. Unterschiedslos geltende Regelung	160
2. Keine Finalität zur Regelung des Warenverkehrs	161
3. Auswirkungen zu ungewiss und zu mittelbar	161
a) Ungewissheit	162
b) Mittelbarkeit	162
c) Relativität der Begriffe	163
d) Dahinter stehende Erwägungen	163
aa) Fehlende feststellbare Kausalität	163
bb) Vorrang der Dienstleistungsfreiheit	164
cc) Keine protektionistische Wirkung	165
dd) Ergebnis	167

Inhaltsverzeichnis	13
4. Folge	167
IV. Charakterisierung als allgemeine Ordnungsvorschriften	168
V. Subsumtion des Zivilprozessrechts unter diese Rechtsprechung	169
1. Kausalität	169
2. Vorrang anderer Grundfreiheiten	170
3. Protektionistische Wirkung	170
VI. Ergebnis	170
§ 29 Vereinbarkeit der Ansätze für Verkaufsmodalitäten und allgemeine Ordnungsvorschriften	171
I. Gemeinsamkeiten beider Ansätze	171
II. Unterschiedliche Behandlung von allgemeinen Ordnungsvorschriften und Verkaufsmodalitäten	172
III. Prüfungsebene vor Unterscheidung zwischen Produkt- und Verkaufsmodalitäten?	172
1. Argumente für den Vorab-Ausschluss allgemeiner Ordnungsvorschriften aus dem Bereich der Maßnahmen gleicher Wirkung	172
2. Wirkungskriterium	173
IV. Prüfung der einfuhrbehindernden Wirkung	174
1. Prüfungskriterien	174
2. Indizielle Bedeutung der Regelungskategorien	175
§ 30 Ergebnis zur Warenverkehrsfreiheit	175
 <i>Drittes Kapitel</i> 	
Die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49, 50 EG	177
§ 31 Begriff der Dienstleistung	177
§ 32 Umfang des Verbotes	177

I. Diskriminierungen	177
II. Sonstige Beschränkungen	178
1. Prüfungsmaßstab	179
2. Kategorien von Beschränkungen	180
a) Unternehmensbezogene Beschränkungen	180
b) Produktbezogene Beschränkungen	181
c) Verkaufsbezogene Beschränkungen	181
d) Allgemeine Regelungen	184
§ 33 Bedeutung der Dienstleistungsfreiheit für das Zivilprozessrecht	185
I. Vertreter im Prozess als Dienstleistungserbringer	185
1. Rechtsprechung des EuGH	186
2. Einordnung als unternehmensbezogene Beschränkungen	188
3. Prüfungsmaßstab	189
4. Ergebnis	190
II. Rechtsstreitigkeiten durch grenzüberschreitende Dienstleistungen	190
1. Rechtsprechung des EuGH	190
2. Einordnung und Prüfungsmaßstab	191
§ 34 Ergebnis zur Dienstleistungsfreiheit	192
Gesamtergebnis und Ausblick	193
Literaturverzeichnis	196
Register der Entscheidungen des EuGH	212
Sachwortverzeichnis	217

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 09. 12. 1976 in der Fassung vom 17. 12. 1999
AJP/PJA	Aktuelle juristische Praxis / Pratique juridique actuelle
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVAG	Gesetz zur Ausführung zwischenstaatlicher Anerkennungs- und Vollstreckungsverträge in Zivil- und Handelssachen vom 30. 5. 1988
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BSG	Bundessozialgericht
Bsp.	Beispiel
Bull.	Bulletin
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CDE	Cahiers de droit européen
c.i.c.	culpa in contrahendo
CMLR	Common Market Law Review
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe (n)
Diss.	Dissertation
DM	Deutsche Mark
DRV	Deutsche Rentenversicherung

DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ebd.	ebenda
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. 09. 1994, zuletzt geändert am 20. 12. 1999
EG/EG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. 03. 1957 in der konsolidierten Fassung mit den Änderungen durch den Vertrag von Amsterdam vom 02. 10. 1997
Einl.	Einleitung
ELR	European Law Review
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
EPZ	Europäische Politische Zusammenarbeit
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechtezeitschrift
EuGVÜ	Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. 09. 1968
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWGV/EWG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. 03. 1957
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Entscheidungen zum europäischen Wirtschafts- und Steuerrecht
f. / ff.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb
Fn.	Fußnote
frz.	französisch
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GRUR	Zeitschrift für den gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Zeitschrift für den gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GS	Gedächtnisschrift
h.M.	herrschende Meinung
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber

HZÜ	Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handels- sachen vom 15. 11. 1965
i.d.F.	in der Fassung
i.E.	im Ergebnis
insbes.	insbesondere
Int.Comp.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IStR	Internationales Steuerrecht
i.V.m.	in Verbindung mit
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl	Juristische Blätter
JR	Juristische Rundschau
JurBüro	Das juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KOM	Dokumente der Kommission der Europäischen Gemeinschaft
KWG	Kreditwesengesetz vom 11. 7. 1985
LG	Landgericht
lit.	Litera / Buchstabe
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs; herausgegeben von Lin- denmaier, Möhring u. a. (Loseblattsammlung)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MünchKommBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchKommZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n.c.p.c.	Nouveau Code de procédure civil
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
o.g.	oben genannte (r/n)
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
ÖstZöRV	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht
PStG	Personenstandsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 08. 08. 1957, zuletzt geändert am 15. 07. 1999
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht

RBerG	Rechtsberatungsgesetz vom 13. 12. 1935 in der Fassung vom 19. 12. 1998
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RIW / AWD	Recht der internationalen Wirtschaft / Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
Rn.	Randnummer
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
Rs.	Rechtssache
s.	siehe
S.	Seite, Satz
Slg.	Sammlung
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte (r)
Spstr.	Spiegelstrich
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
s.u.	siehe unten
TranspR	Transportrecht
TzWrG	Gesetz über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden vom 20. 12. 1996
u. a.	und andere
UN	United Nations / Vereinte Nationen
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRHO	Rechtshilfeordnung für Zivilsachen
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International

Einleitung

§ 1 Grundfälle

I. Ein italienischer Verkäufer verklagt einen deutschen Käufer auf Zahlung des Kaufpreises für Warenlieferungen. Der deutsche Beklagte verlangt vor dem deutschen Zivilgericht von dem Italiener, wegen der Prozesskosten Sicherheit zu leisten. In § 110 Abs. 1 S. 1 ZPO a.F. war vorgesehen, dass Kläger vor deutschen Gerichten allein deshalb, weil sie nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, Prozesskostensicherheit leisten müssen. Verstößt eine solche Vorschrift gegen das gemeinschaftsrechtliche allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 (ex Art. 6)¹ Abs. 1 EG oder gegen die Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 28 (ex Art. 30) EG?

II. Ein britischer Verkäufer schließt mit einem deutschen Käufer einen Vertrag über die Lieferung von Waren.² Der Käufer verweigert nach Lieferung die Bezahlung mit der Begründung, der Vertrag sei nichtig. Der Verkäufer muss wegen Art. 5 Nr. 1³ oder Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ vor einem deutschen Gericht klagen, das aufgrund des Prinzips der *lex fori* deutsches Verfahrensrecht anwendet. § 286 der deutschen ZPO sieht vor, dass der Verkäufer bei der Klage auf Zahlung des Kaufpreises in Deutschland den Richter persönlich voll von der Wahrheit der behaupteten Tatsachen überzeugen muss.⁴ Das englische Recht hingegen begnügt sich grundsätzlich mit der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.⁵ Bei der Anwendung englischen Zivilprozessrechts hätte der Verkäufer also Vorteile gegenüber der Rechtsdurchsetzung in Deutschland unter Anwendung des deutschen Zivilprozessrechts, da er mit höheren Beweiskosten und höheren Ausfallrisiken rechnen muss. Stellt diese Erschwerung der Rechtsdurchsetzung gegenüber einem Prozess im Heimatstaat des Briten einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit aus Art. 28 EG dar, weil es sich um ein grenzüberschreitendes Warengeschäft im europäischen Binnenmarkt handelt? Besteht aufgrund der EG-Grundfreiheiten die Möglichkeit

¹ Im Folgenden werden nur die Normen des EG-Vertrages in der Fassung des Amsterdamer Vertrages zitiert, auch wenn nach den intertemporalen Vorschriften inhaltsgleiche Normen des EWG-Vertrages oder des EG-Vertrages in einer früheren Fassung zur Anwendung gelangten.

² Beispiel nach *Manfred Wolf*, in: *Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht*, 1992, S. 35, 60.

³ Wenn der Erfüllungsort der Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises in Deutschland liegt.

⁴ *Hartmann*, in: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, § 286, Rn. 16.

⁵ *Maassen*, *Beweismaßprobleme im Schadensersatzrecht*, 1975, S. 12, 43; *Coester-Waltjen*, *Internationales Beweisrecht*, 1983, S. 276, Rn. 358.

für den britischen Verkäufer, die Anwendung des für ihn günstigeren englischen Verfahrensrechts auch vor dem deutschen Gericht zu verlangen und damit das englische Zivilprozessrecht nach Deutschland zu importieren?

III. Ein französisches Unternehmen führt seine Prozesse in Frankreich grundsätzlich ohne Anwalt, da dies kostengünstiger ist und ein Anwaltszwang vor dem Tribunal d'Instance als erster Instanz und vor dem Tribunal de commerce unabhängig vom Streitwert nicht besteht.⁶ Falls die Durchsetzung eines Kaufpreisanspruchs in Höhe von mehr als 10.000,- DM gegenüber einem deutschen Abnehmer nur im Klageweg möglich ist, besteht in Deutschland vor dem Landgericht wegen des *lex fori*-Prinzips aufgrund von § 78 Abs. 1 ZPO, §§ 23 Abs. 1 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG Anwaltszwang. Durch die Pflicht zur Beauftragung eines Anwalts entstehen für das Unternehmen also gegenüber einem Verkauf in Frankreich zusätzliche Kosten, wenn es an einen deutschen Abnehmer verkauft hat und daraus ein Prozess vor einem deutschen Gericht entsteht.⁷ Kann das französische Unternehmen auf der Grundlage der Warenverkehrsfreiheit verlangen, so gestellt zu werden, als hätte es seine Waren innerhalb Frankreichs verkauft, also seinen Prozess in Deutschland unter Anwendung der französischen Regelungen ohne Anwalt durchführen?

Ähnliche Beispiele lassen sich in Bezug auf Unterschiede der Mitgliedstaaten im Kostenrecht – Gerichtsgebühren, Prozesskostensicherheit, Prozesskostenhilfe –, in den Anforderungen an die Prozessfähigkeit, bei Präklusionsvorschriften, in der Möglichkeit der Durchsetzung von Rechten im Mahnverfahren und im Vollstreckungsschutz,⁸ bei Vollstreckungsschutzvorschriften und bei der Berechnung prozessualer Fristen bilden.⁹ Auch die Verfahrensdauer oder die Regelungen der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln weichen in den Mitgliedstaaten erheblich voneinander ab und führen zu unterschiedlicher Dauer, Effizienz und unterschiedlichen Kosten der Verfahren in den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

Während der erste Fall (I) im Hinblick auf einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zu untersuchen sein wird (dazu Teil 1, §§ 4–19), verdeutlichen die Grundfälle II und III, in welchen Bereichen die Unterschiede der nationalen Zivilverfahrensrechte in Berührung mit den Beschränkungsverboten der Grundfreiheiten kommen können (dazu Teil 2, §§ 20–34).

⁶ Art. 827, 853 n.c.p.c.; Beispiel nach *Manfred Wolf*, in: *Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht*, 1992, S. 35, 48.

⁷ Die Zuständigkeit der deutschen Gerichte kann sich auch hier aus Art. 5 Nr. 1 oder Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ ergeben.

⁸ Dazu *Stürner/Stadler*, in: *Transnationales Prozessrecht*, S. 263, 270.

⁹ Vgl. ausführlich *Manfred Wolf*, in: *Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht*, 1992, S. 35, 38, 46 ff.

§ 2 Problemstellung

I. Die Ansicht Manfred Wolfs

Manfred Wolf stellte 1992 erstmals einen Zusammenhang zwischen den Unterschieden der mitgliedstaatlichen Zivilprozessordnungen und den Grundfreiheiten her. Unterschiedliche zivilprozessuale Regelungen könnten dazu führen, dass die Zivilprozesse in den Mitgliedstaaten unterschiedlich effektiv, lang und kostenaufwändig seien. Dadurch entstünden marktrelevante Störungen, da Zivilprozessnormen mit der Rechtsdurchsetzung im Bereich der Grundfreiheiten unmittelbar den Leistungsaustausch und seine Ergebnisse berührten.¹⁰ Ein vorausschauender Marktteilnehmer könnte deshalb den Handel mit Staaten vorziehen, in denen für ihn vermeintlich günstige zivilprozessuale Regelungen gelten. Wolf schlägt für derartige Fälle die Lösung über das Herkunftslandprinzip vor, wenn eine gemeinschaftskonforme Auslegung und auch die schlichte Außerachtlassung der nationalen Norm nicht möglich ist.¹¹ Danach kann sich eine Partei in einem Zivilprozess in einem anderen Mitgliedstaat grundsätzlich auf das Prozessrecht ihres Heimatstaates berufen, wenn dieses gegenüber dem Prozessrecht des Gerichtsstaates für sie günstiger ist. Unterschiedliche zivilprozessuale Regelungen der Mitgliedstaaten sollen danach nur aufrechterhalten werden, wenn sie durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls gerechtfertigt sind.¹² Dies ergebe sich aus den Grundfreiheiten in Verbindung mit Art. 10 (ex Art. 5) EG.¹³

II. Der Ansatz Marcel Stormes

Zustimmung erhält diese Auffassung in gewisser Weise von der von Marcel Storme geleiteten, 1987 ins Leben gerufenen Arbeitsgruppe, die sich unter Beteiligung je eines Prozessualisten jedes Mitgliedstaates an die Erarbeitung einer „EU-ZPO“ gewagt hat.¹⁴ Sie knüpft an eine Empfehlung des Ministerrats des Europarats in Straßburg aus dem Jahre 1984 an,¹⁵ die Thesen für ein künftiges europäisches Zivilprozessrecht mit gewissen Mindestanforderungen an ein faires und effektives Verfahren aufstellte.¹⁶ Die Notwendigkeit der Erarbeitung harmoni-

¹⁰ *Manfred Wolf*, in: Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht, 1992, S. 35, 38 f.

¹¹ *Manfred Wolf*, in: Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht, 1992, S. 35, 41 f.

¹² *Manfred Wolf*, in: Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht, 1992, S. 35, 40.

¹³ *Manfred Wolf*, in: Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht, 1992, S. 35, 43.

¹⁴ Vgl. *Storme*, Rapprochement du Droit Judiciaire de l'union européenne, Approximation of Judiciary Law in the European Union, 1994, S. 37 ff.; für den Weg zur Vereinheitlichung der Zivilprozessordnungen auch *ders.*, *RabelsZ* 56 (1992), S. 290 ff.; *ders.*, in: FS Drobnig, 1998, S. 177, 187 ff.; *Prütting*, Europa Institut Saarbrücken Nr. 271, 1992, S. 9, 21; *Walter*, *AJP/PJA* 1994, S. 425, 426.

¹⁵ Empfehlung Nr. R (84) 5 des Europäischen Ministerrats vom 28. 2. 1984, Straßburg 1984.